



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, once (11) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2014-00165-01
DEMANDANTE: SONIA ESTHER MERCADO GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES “COLPENSIONES”
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 6 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **SONIA ESTHER MERCADO GÓMEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control subjetivo de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, con el objeto de que se declare, la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 106493 de diciembre 13 de 2011, mediante la cual, se reconoció la pensión de vejez a la actora y se declare la nulidad del acto ficto o presunto, ocasionado por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 19 de abril de 2012,

¹ Folios 1 – 2, del cuaderno de primera instancia.

radicado en la entidad el día 25 del mismo mes y año, a través del cual, se solicitó la reliquidación de la pensión de vejez.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita la actora, se ordene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión de vejez, de conformidad con la normatividad vigente al momento de adquirir su pensión, disponiéndose el pago de los intereses moratorios, de que trata el art. 141 de la ley 100 de 1993.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora **SONIA ESTHER MERCADO GÓMEZ**, prestó sus servicios al Estado, específicamente en el Hospital Regional II Nivel de Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, por más de 20 años, esto es, desde el 1º de enero de 1977, hasta el 15 de julio de 2004.

El Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 106493 de diciembre 13 de 2011, reconoció, a favor de la actora, pensión de vejez a partir del 17 de septiembre de 2011, sin la inclusión de todos los factores salariales, devengados al momento de adquirir su status de pensionada.

Se indicó, que la señora Sonia Esther Mercado Gómez, devengó, en su último año de servicios, **salario básico, bonificaciones, prima semestral, prima de navidad, prima de vacaciones, domingos y festivos, auxilio de transporte y auxilio de alimentación**, factores debidamente certificados por su ex empleado, de la siguiente manera:

Sueldo básico Factor fijo a junio del 2004	520.763
Bonificación por antigüedad	245.512(/12)
Prima de servicio	534.416(/12)

² Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

Prima de navidad	646.221(/12)
Prima de vacaciones	310.186(/12)
Domingos y festivos	1.964.136(/12)
Auxilio de alimentación	345.660(/12)
Auxilio de transporte	499.200(/12)
Promedio salarial	\$899.541

La señora Mercado Gómez, elevó ante la entidad demandada, solicitud de reliquidación de su pensión de vejez, el día 19 de abril de 2012, radicada ante la entidad, el 25 de abril de 2012, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda, se le hubiese resuelto la petición.

La demandante, presentó solicitud de conciliación extrajudicial, la cual se llevó a cabo el día 26 de noviembre de 2012, ante la Procuraduría 104 Judicial I para Asuntos Administrativos, declarándose fallida dicha diligencia.

Como **soporte jurídico** de su pretensión, alega como violadas, normas de orden constitucional: artículos 2, 6, 13, 25, 58 de la C. P.; legal: Ley 33 de 1985, artículo 1; Ley 100 de 1993, artículo 36; Ley 1437 de 2011, artículos 38, 64, 155, 156, 161, 162, 163, 165, 166; artículos 16, 21, 64, 65 del C.S.T., artículos 5, 50, 74 del C.P.L., jurisprudencial: Sentencias Corte constitucional: SU-120/2003, C-862/2003 Exp. D-6247; T-625/2004. Sentencia 0836 de 2008, radicación No. 25000-2325-0002003-07987-01 (0826/2008).

Concepto de la violación: Para la accionante, existe una violación de los presupuestos en comento, toda vez, que se le debió reconocer la pensión de jubilación, incluyéndole el promedio de todo lo devengado, al momento de adquirir el status de pensionada, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

1.3. Contestación de la demanda³.

La entidad demandada, luego de aceptar como ciertos algunos hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones, formulando como excepciones de mérito, las siguientes:

- **Falta de causa para demandar.** Arguye, que el ISS desató la pensión de la actora, de acuerdo al estatuto pensional, aplicando los artículos 36 de la Ley 100 de 1993 y 1° de la Ley 33 de 1985 y para el cálculo de su pensión de vejez, se le tuvo en cuenta 1338 semanas, válidamente cotizadas, con un ingreso base de liquidación de \$551.219, al cual se le aplicó el 90%, como lo contemplaba el Acuerdo 049 de 1990, sin encontrarse monto alguno por cancelarse.
- **Cobro de lo no debido.** Considera la entidad, que liquidó la pensión de vejez de la actora, de acuerdo a lo dispuesto en las normas antes citadas, no existiendo tardanza en su reconocimiento, ni en el pago de sus valores.
- **Buena fe.** Señala, que ha cancelado, oportunamente, las mesadas pensionales, por lo que solicita que en el evento de un fallo condenatorio, se le exonere de la sanción moratoria.
- **Prescripción** de todos aquellos derechos, que el transcurso del tiempo, los hizo fenecer por el no ejercicio oportuno de la acción.

1.3.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 6 de julio de 2015, proferida en audiencia inicial, resolvió declarar no probadas, las excepciones propuestas por la entidad demandada y declaró la nulidad del acto ficto, surgido por la no contestación de la petición elevada el día 25 de abril de 2012, ante el ISS.

³ Folio 56 - 63, cuaderno de Primera instancia.

⁴ Folios 112 vto. - 119 del cuaderno N° 1 de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó a COLPENSIONES, reliquidar la pensión de vejez de la señora Sonia Esther Mercado Pérez, en cuantía del 75% de la asignación más elevada, incluyendo la totalidad de los factores salariales, devengados durante el último año de prestación de servicios, como lo eran, la asignación básica, bonificación, prima semestral, dominicales y feriados, prima de navidad, prima de vacaciones, auxilio de alimentación y auxilio de transporte, de acuerdo a la Ley 33 de 1985.

Como argumento de su decisión, el A-quo, estimó, que para el 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el sistema pensional de la Ley 100 de 1993, la actora contaba con 37 años de edad, por lo que se encontraba cobijada por el régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la citada ley, siéndole entonces aplicable, el régimen pensional de la Ley 33 de 1985.

Así mismo señaló, que estaba probado el tiempo de servicios, prestado por la demandante, en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1977 hasta el 15 de julio de 2004, es decir, por más de veinte años.

1.4.- El recurso⁵.

Inconforme con la sentencia de primer grado, la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -**, la apeló, a fin que sea revisada y revocada en esta instancia.

Manifiesta en su recurso de alzada, que dentro del proceso, no quedó totalmente demostrado que la demandante, cumpliera con el requisito de 20 años de servicios como empleada pública, ya que no existía tal certificación dentro del plenario; y afirmó, que el juez de primera instancia, incurrió en error aritmético, al momento de contabilizar los tiempos de servicio, lo que le arrojaba un tiempo superior al demostrado.

⁵ Folios 124 – 127 del cuaderno de primera instancia.

Sostuvo, que con dicha condena, se le causaba un perjuicio a las arcas del Estado y a la sostenibilidad del sistema de seguridad social, pues, se estaba incluyendo en la liquidación de la prestación económica, factores salariales que la demandante, nunca reportó o cotizó sobre ellos.

Así, reiteró que no era procedente reliquidar la pensión, con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, dado que sobre ese monto, no se realizaron aportes al sistema general de pensiones, por lo tanto, no era procedente por vía judicial, realizar tal reconocimiento, al no cumplirse con la totalidad de los requisitos exigidos por la ley, para aplicar dicho régimen.

Finalmente, reiteró, que en el presente caso, no se había demostrado la calidad de empleada pública, hecho relevante para determinar si se debía aplicar o no la Ley 33 de 1985.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de agosto 26 de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de julio 6 de 2015⁶.

- Por auto de septiembre 18 de 2015, se ordenó el traslado de alegatos a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

- **La parte demandante**⁸: solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, toda vez que era beneficiaria del régimen de transición, consagrado en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, su pensión debía reliquidarse conforme a la Ley 33 de 1985, reconociendo los factores que por ley, le corresponden.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 13, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 20 – 29, cuaderno de segunda instancia.

- El **Ministerio Público**⁹: emitió concepto de fondo, solicitando se confirmara la sentencia de primera instancia, pues, la accionante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 37 años de edad, situación que la ubicaba dentro de las posibilidades de aplicación, del régimen pensional anterior, esto es, la Ley 33 de 1985, normativa que permite incluir en la liquidación de la pensión, todos los factores salariales que se devengaron en el último año de servicio.

Por lo anterior, indicó, que la entidad demandada, debía reliquidar la pensión de jubilación a la accionante, con base en el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el mismo periodo.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Vistos los extremos de la litis, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar:

¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante, de conformidad con la Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores salariales devengados, en el último año de servicios, por encontrarse cobijada en el régimen de transición?

⁹ Folios 30 – 36, cuaderno de segunda instancia.

Para soportar la anterior decisión, esta Sala considera prudente abordar el siguiente hilo conductor: i) El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral, ii) El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación de los empleados del sector público beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación, iii) De la carga de la prueba y iv) Caso en concreto.

2.2.1.- El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral.

El legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional, expidió la ley 100 de 1993, "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dicta otras disposiciones*", previendo que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos de aquellas personas, próximas a adquirir la prestación social en comento.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

"Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres".

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley..."

Como se observa, dicho artículo, permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la entrada en vigencia de la nueva normatividad, en

aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración que para el sector público territorial, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado¹⁰:

“El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

“La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento.”

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión” (Resaltado fuera de texto).

¹⁰ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, reiteradamente, ha sostenido que a los beneficiarios del régimen de transición, se les aplicará, integralmente, el régimen anterior, al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad, para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación, por ser de la esencia del régimen de transición, el cual opera de pleno derecho.

Es así, como se ha pronunciado¹¹:

“Conforme a la norma transcrita, quienes para el 1° de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación.

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior, ya que había cumplido - para esa fecha - más de 15 años de servicios al Estado y más de 40 años de edad.

(...)

Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en la disposición legal anterior, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993.

La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993”.

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos, una de las disposiciones aplicables, es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75%

¹¹ Sentencia de fecha 7 de junio de 2007, expediente: 76001-23-31-000-2002-01420-01 (5852-05) C. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

del ingreso base de liquidación y otra, es la de aquellos empleados que venían afiliados al I. S. S.

Sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición pensional, previsto en la Ley 100 de 1993, que hayan laborado en una entidad estatal afiliada al I.S.S., se cita la sentencia fechada 6 de octubre de 2011¹², proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se precisó:

“En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. Rad.: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). Actor: Raúl Antonio Ospino Vizcaíno, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones."

Anotándose, que tal principio de favorabilidad, a su vez, implica considerar el quantum pensional, a efectos de no vulnerar la condición más favorable del trabajador, siempre y cuando, claro está, se hayan probado los factores salariales que harían la diferencia.

2.2.2.- El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación, de los empleados del sector público, beneficiarios del Régimen de Transición - factores salariales de liquidación.

Una subregla de orden jurisprudencial, que ha hecho carrera, es que todos aquellos factores percibidos mientras persiste la relación laboral, deben ser considerados al momento de calcular el Ingreso Base de Liquidación (IBL), ya que responden al criterio de que es el pago percibido por un trabajo, bajo el concepto de salario.

La anterior postura, ha sido un esfuerzo de elaboración, que aunque inclinada a aquellos aspectos regulados por la ley 33 de 1985 y normatividad anterior, para la subregla en mención, resulta de relevancia, ya que deriva de una línea jurisprudencial sólida, en la que se destaca entre otras, la sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en donde además se concertó, que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe contener, a más de la asignación básica, aquellos conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, excluyéndose la taxatividad, que imperaba en ciertos fallos

judiciales sobre el tema.

En sentencia del 3 de febrero de 2011, expediente 0670-10. C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, el Honorable Consejo de Estado, recalcó:

“Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

*Entonces, 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 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.***

*Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación de su prestación **incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicio**, esto es, entre el 8 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998. (Negritas fuera del texto original)*

Siendo ello así, el accionante tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo”¹³.

¹³ Ver entre otras Consejo de Estado; Expediente 0516-08, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Expediente 0287-10. C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez; Expediente 1520-10. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Concluyéndose, en últimas, que la pensión de jubilación se liquida **en cuantía que el respectivo régimen señale, con el promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes**, pero si existieran factores, sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

2.2.3. De la carga prueba

Sobre la carga de la prueba, el Honorable Consejo de Estado ha señalado:

“Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como ‘onus prodandi, incumbit actori’ y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo ‘reus, in excipiendo, fit actor’. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C. Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia y esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración”¹⁴.

Apreciación que hoy, claramente, halla réplica en el art. 167 del C. G. del P., aplicable por remisión del art. 306 del CPACA, que expresamente señala:

“Artículo 167. Carga de la prueba.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 30 de junio de 2011. C. P.: DANIL ROJAS BETANCOURTH. Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836). Actor: CARMEN ELISA VELASQUEZ GRIJALBA Y OTROS. Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC-.

De ahí que en punto de asuntos como el tratado, entre otras cosas, resulta evidente, que debe probarse, entre otras cosas, cuáles han sido los factores salariales no tenidos en cuenta por el ente demandado, para alcanzar la reliquidación perseguida.

2.3.3.- Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, se tiene que se controvierte la legalidad de Resolución No. 106493 de diciembre 13 de 2011 y del acto ficto que se configuró por el silencio de la administración, frente a la petición formulada por la actora el día 19 de abril de 2012, mediante la cual, la señora **SONIA ESTHER MERCADO GÓMEZ**, solicitó al Instituto de Seguros Sociales I.S.S.¹⁵, la reliquidación de la pensión de jubilación.

Mediante sentencia proferida el día 6 de julio de 2015, el Juez de primera instancia, ordenó a **COLPENSIONES**, reliquidar la pensión de la señora **SONIA ESTHER MERCADO GÓMEZ**, con base en lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir, con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores salariales devengados y reajustándola anualmente, de conformidad con el I.P.C.

Por su parte, la entidad demandada, solicita en el recurso de apelación, se revoque la anterior decisión, considerando que dentro del proceso no quedó totalmente demostrado, que la demandante cumpliera con el requisito de 20 años de servicios como empleada pública, además, que no se había demostrado que ostentara tal calidad de empleada pública, hecho relevante, para determinar si se debía aplicar o no la Ley 33 de 1985.

Así mismo sostuvo, que no era procedente reliquidar la pensión, con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, dado que sobre ese monto, no se realizaron aportes al sistema general de pensiones, por lo tanto, no

¹⁵ Hoy COLPENSIONES.

era razonable por vía judicial, realizar tal reconocimiento, al no cumplirse con la totalidad de los requisitos legales, para aplicar dicho régimen.

Ahora bien, una vez verificado el caso puesto a consideración y el acervo probatorio recopilado, la Sala considera, que la decisión de primera instancia, debe ser revocada, toda vez que no se probó de manera fehaciente, lo que sería uno de los aspectos fáctico - normativos a considerar, esto es, que reconocida la pensión de la señora SONIA ESTHER MERCADO GÓMEZ, en tal acto administrativo, no se tuvieron en cuenta los factores salariales que en demanda se echan de menos, para luego sí, confrontar el resultado obtenido con aquel previamente alcanzado, a efectos de considerar la favorabilidad respectiva.

Al efecto, lo único probado en el expediente, es que en el último año de servicios, es decir, julio de 2003 a julio de 2004, la demandante recibió, además de la asignación básica, los siguientes factores salariales: **bonificación, prima semestral, prima de navidad, prima de vacaciones, dominicales y festivos, auxilio de alimentación y auxilio de transporte**¹⁶, más nunca se probó, cuáles fueron los factores salariales que tuvo en cuenta el ente demandado para calcular su pensión, pues, el acto administrativo peca de ambiguo sobre el tema, ofreciendo las dos posibilidades que señalaba la normatividad vigente, más no la aplicable al caso concreto.

Tan es así, que el acto administrativo que reconoce la pensión, esto es, resolución No. 106493 del 13 de diciembre de 2011 (folios 12 y 13), sobre lo anotado textualmente, señala:

“Que el ingreso Base de Liquidación, según lo dispuesto por la Dirección Jurídica Nacional y la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, mediante circular No. 588 del 26 de febrero de 2004, para las personas que les faltare más de 10 años, será calculado de conformidad con lo establecido en el art. 21 de la ley 100 de 1993, es decir, el promedio de lo devengado durante

¹⁶ Folio 16 C.1

los diez últimos años o el de toda la vida, si tuviere 1250 semanas o más cotizadas, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Que de conformidad con lo anteriormente expuesto, se procederá a conceder pensión de vejez al señor (a) SONIA ESTHER MERCADO GÓMEZ, toda vez que acredita los requisitos para acceder a ella, a partir del 17 de septiembre de 2011, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año..." (Subrayado fuera de texto).

Es decir, lo que se conoce, conforme tal acto administrativo, es que la liquidación de la pensión, se realizó con 1.381 semanas cotizadas, sobre un ingreso base de liquidación de \$812.570.00, al cual se le aplicó el 90%, sin saberse cuáles fueron los factores considerados o si estos, corresponden a los que aparecen a folios 17 y 18 del expediente.

En ese orden de ideas, atendiendo al asunto planteado, se tiene, que no puede afirmarse, tajantemente, que los factores pretendidos en reliquidación, se hayan o no tenido en cuenta, al momento de reconocer la correspondiente pensión de vejez, con el agravante de que, aventurarse a hacer cálculos propios sin tal información, es hacer cálculos que bien pueden resultar errados. Luego entonces, se revocará la decisión recurrida, pero por las razones aquí afirmadas¹⁷, esto es, que el demandante, no cumplió con la carga probatoria que le incumbía.

3.- CONDENA EN COSTAS - AMBAS INSTANCIAS.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y líquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el

¹⁷ Es pertinente reiterar en este punto, que al no hallarse probados los factores salariales que se tuvieron en cuenta al momento de liquidarse la pensión de vejez, mal se haría en estudiar si lo pedido resulta o no favorable a los intereses de la demandante, por lo que la Sala se releva en este aspecto. Y aun haciendo tal ejercicio, a todas luces, resulta más favorable a los intereses de la demandante, la pensión que actualmente percibe, dada la tasa de reemplazo utilizada.

Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

4.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 6 de julio de 2015, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Sincelejo, por las razones expuestas; en su lugar, **NIÉGUENSE** las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0040/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ