



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, treinta y uno (31) de Agosto de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2014-00091-01
DEMANDANTE: ROSALBA ISABEL PIÑA DE FIGUEROA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el **Recurso de Apelación** interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia datada 10 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

La señora **ROSALBA ISABEL PIÑA DE FIGUEROA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin que se declare: **a) la nulidad parcial** de la Resolución N° 001207 de septiembre 28 de 1999, que reconoció la pensión de vejez a la actora; **b) la nulidad absoluta** del acto ficto o presunto, ocasionado por el silencio administrativo, como consecuencia del derecho de petición de fecha 27 de abril de 2010, por medio del cual se solicitó la reliquidación de la pensión.

¹ Folio 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a **COLPENSIONES**, reconocerle y pagarle la reliquidación de su pensión, de conformidad con la normatividad vigente al momento de adquirir su pensión.

Igualmente, solicita se ordene a la entidad demandada le reconozca y pague los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el día 11 de julio de 1998.

1.2. Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora ROSALBA ISABEL PIÑA DE FIGUEROA, laboró en la E.S.E. Hospital Regional II Nivel de Sincelejo, por más de veinte años de servicio³, desde el 26 de noviembre de 1988, al 18 de abril de 1994 (sic).

El Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 001207 de septiembre 28 de 1999, reconoció a favor de la mencionada señora, pensión de vejez. La liquidación de la mesada pensional se basó en 526 semanas, con un ingreso base de liquidación de \$220.713.00; dicho IBL fue calculado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es decir, fue liquidada con el promedio de su vida laboral.

Manifiesta la demandante, que la pensión de vejez, no le fue liquidada con el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicio, en el cual devengó los siguientes: prima de navidad, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios y prima de vacaciones.

Mediante derecho de petición de fecha 27 de abril de 2010, radicado el día 3 de mayo del mismo año, la demandante solicitó a la entidad demandada,

² Folios 2 – 3, cuaderno de primera instancia

³ Es de anotarse, que efectivamente, la demandante laboró con aportes al Seguro Social desde el 2 de abril de 1984 y hasta el 1º de mayo de 1994 (folio 203).

la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado durante el último año de servicio.

Refiere la actora, que a la fecha, la entidad demandada no ha dado respuesta a la petición, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

La **Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”**, se opuso a las pretensiones de la demanda, por carecer de asidero jurídico que les permita ser procedentes. Frente a los hechos señaló, que en su mayoría no lo eran, tratándose de meras apreciaciones de la parte demandante.

Como razones de defensa, expuso, que la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, fue realizada conforme a derecho, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Adujo, que debía tenerse en cuenta el principio de inescindibilidad de la norma, que regía la interpretación de la ley, en virtud del cual, debía tomarse en su integridad el mandato, sin que sea permitido, jurídicamente, aplicar en cada caso concreto, aquello que sea favorable, de uno y otro régimen.

Indicó, que a la demandante se le liquidó la pensión, con una asignación pensional vitalicia del 75%, teniendo en cuenta el salario promedio que sirvió de base, para los aportes durante el último año de servicio.

Anotó, que si a la demandante se le concedió la pensión de jubilación de acuerdo al régimen de transición, que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de 1990, esta debía acogerse a lo

⁴ Folios 54 – 57, cuaderno de primera instancia.

señalado en dicha norma, con cada una de sus condiciones, sin que sea válido solicitar la aplicación de un beneficio consagrado en la Ley 33/85.

Propuso como excepciones las siguientes: imposibilidad de desconocer el principio de inescindibilidad contenido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, inexistencia de las obligaciones reclamadas y prescripción.

1.4. Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia datada 10 de diciembre de 2015, declaró la nulidad del acto ficto o presunto mediante el cual, se negó la reliquidación de pensión a la señora Rosalba Isabel Piña de Figueroa.

Como restablecimiento del derecho, ordenó a COLPENSIONES, reajustar la base de liquidación pensional considerada en la Resolución No. 001207 de 1999, para ser incluidos la totalidad de los factores salariales, devengados en el último año de servicios, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Así mismo, se condenó a COLPENSIONES, a pagar a la demandante la suma que resulte, de restar los valores que arrojen las operaciones aritméticas, después de contabilizar todos los factores que constituían salario, del monto que efectivamente ya se le hubiera cancelado.

Se decretó la prescripción trienal de las mesadas a reajustar, causadas con anterioridad al 4 de abril de 2011.

Como fundamento de su decisión, el A-quo, señaló, que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, la demandante contaba con más de 35 años de edad, por lo que era beneficiaria del régimen de transición,

⁵ Folios 261 – 283, cuaderno de primera instancia.

previsto en el artículo 36 de la citada normatividad, por lo tanto, le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985.

Indicó, que a la actora se le reconoció pensión de jubilación, incluyendo la asignación mensual, la bonificación por servicio prestado y el incremento por antigüedad. Y de acuerdo con el certificado de salario, la demandante devengaba para los años 2002 y 2003 los siguientes factores salariales: bonificación por servicio prestado, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicio y prima de vacaciones.

Por lo anterior, estimó la falladora de primera instancia, que en la resolución demandada, se respetó lo concerniente al monto de la pensión (75%), pero no el cálculo del IBL, esto es, la inclusión de todos los factores salariales, que devengó la demandante durante el último año de servicio.

1.5. El recurso⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la entidad demandada la apeló, a fin de que sea revocada en esta instancia.

Argumentó, que a la demandante, le tuvieron en cuenta los requisitos del artículo 12 de la Ley 33 de 1985, norma que exigía para el derecho a la pensión, acreditar mínimo 20 años de servicios como funcionario público y 55 años de edad, reconociendo un 75% del IBL, como monto de la pensión, por encontrarse arropada por el régimen de transición.

Indicó, que el IBL se establecía de conformidad con las reglas del sistema general de pensiones (Ley 100/93), es decir, con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador, durante los 10 últimos años (artículo 36 Ley 100/93) o en el tiempo que hacía falta para adquirir el derecho a la pensión, si este fuera menor y no, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 19 de la Ley 33/85).

⁶ Folios 290 – 291, cuaderno de primera instancia.

Señaló, que la Honorable Corte Constitucional en Sala Plena, concluyó, que el ingreso base de liquidación, no era un aspecto de la transición y por lo tanto, eran las reglas contenidas en el Régimen General, las que debían aplicarse para establecer el monto pensional, con independencia del Régimen Especial al que perteneciera.

De otro lado, resaltó, que mediante auto A-326 de 2014, proferido por la Corte Constitucional, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la Sentencia T-078 del mismo año, la Sala, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establecida en el fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez se analizó el IBL, en el sentido que el modo de promediar la base de liquidación, no podía ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición, solo comprendía los conceptos de edad, monto y semanas cotizadas y excluía el promedio de liquidación.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 11 de abril de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 10 de diciembre de 2015⁷.
- Mediante auto de 12 de mayo de 2016, se ordenó el traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.
- **La parte demandada**⁹: Reiteró lo expuesto en el escrito de apelación, y solicitó se revocara la sentencia de primera instancia.

La parte demandante: no presentó alegatos en esta instancia procesal.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 13, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 20 - 21, cuaderno de segunda instancia.

El Ministerio Público: No emitió concepto de fondo.

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 del demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

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.

2.3. 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:

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

“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).

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 1º 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,

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.

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% 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).

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.

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.

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.

2.4. 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 sub regla 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, aunque inclinada a aquellos aspectos regulados por la ley 33 de 1985 y normatividad anterior, para la sub regla 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. (Negrillas 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 quo¹³.

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.

2.5. 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

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.

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...”

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 y la favorabilidad del régimen reclamado.

2.3.3.- Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, se tiene que se controvierte la legalidad parcial de la resolución No. 0012007 del 28 de septiembre de 1999 y del acto ficto, que se configuró por el silencio de la administración, frente a la petición formulada por la parte actora el día 27 de abril de 2010, radicado el día 3 de mayo del mismo año, mediante la cual, la señora **ROSALBA ISABEL PIÑA DE FIGUEROA**, solicitó al Instituto de Seguros Sociales I.S.S.¹⁵, la reliquidación de la pensión de jubilación.

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.

¹⁵ Hoy COLPENSIONES.

Mediante sentencia proferida el día 10 de diciembre de 2015, la Juez de primera instancia, ordenó a **COLPENSIONES**, reliquidar la pensión de la señora **ROSALBA ISABEL PIÑA DE FIGUEROA**, 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, en resumen, que no es posible escindir el régimen pensional que se le aplicó a la accionante, que no es otro que el contemplado en el acuerdo 049 de 1990.

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 ROSALBA ISABEL PIÑA DE FIGUEROA y que (i) no se tuvieron en cuenta los factores salariales que en demanda se echan de menos, la (ii) confrontación del resultado obtenido con aquel previamente alcanzado, no permite establecer la favorabilidad alegada¹⁶, amén de cumplir los requisitos del régimen que se predica como favorable.

Al efecto, en el acto administrativo que reconoce la pensión, esto es, resolución No. 001207 del 28 de septiembre de 1999 (folio 10), textualmente se señala:

“Que según lo dispuesto en el art. 36 de la ley 100 de 1993, el régimen de transición se aplica a quienes al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema general de pensiones tenían 35 años la mujer o 40 años el hombre o 15 años de servicios cotizados, siempre y cuando al 31 de marzo de 1994 estuvieren afiliados a un

¹⁶ Debe tenerse en cuenta, que solo la operación aritmética en concreto, determina cuál tipo de liquidación pensional es más favorable y para el caso.

determinado régimen prestacional para reconocer la pensión con la edad, tiempo y monto en él establecida.

Que el régimen aplicable en transición para los afiliados al ISS exige tener 60 años o más de edad el hombre o 55 la mujer y 500 semanas pagadas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad o 100 semanas cotizadas en cualquier época, para adquirir el derecho a la pensión, según lo dispuesto por el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año.

Que en el caso concreto del peticionario (sic), se cumplen las condiciones anteriormente indicadas para ser beneficiario del régimen de transición y cumple los requisitos de edad y semanas exigidos para adquirir el pretendido derecho, razón por la cual, se concluye que es procedente acceder a su reconocimiento...

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO:... La liquidación se basó en 526 semanas cotizadas, con ingreso base de liquidación \$ 220.713.00..."

Es decir, lo que se conoce, conforme tal acto administrativo, es que la liquidación de la pensión, se realizó con 526 semanas cotizadas, sobre un ingreso base de liquidación de \$220.713.00, al cual se le aplicaron, aparentemente, las reglas del art. 20.II del Acuerdo 049 de 1990, desconociéndose procesalmente¹⁷, si tal cuantía puede ser más favorable para los intereses de la demandante (elemento dos) o si por el contrario, en las condiciones en que se encuentra, percibe un mayor ingreso.

Esto es así, pues, efectuadas las cuentas respectivas, lo pedido no se acompasa con la que debe ser favorable para la demandante. Para mayor claridad, téngase en cuenta el cuadro siguiente, en el que se describe la liquidación pensional, con fundamento en la ley 33 de 1985, incluyéndose las prestaciones de rigor:

FACTOR SALARIAL	1993 (18 de abril a 31 de diciembre)	Año 1994 (01 de enero a 18 de abril)
Sueldo básico	90.190	157.300
Otros factores salariales	5.631	19.663

¹⁷ Debe recordarse que la carga de la prueba debe ser asumida por el interesado.

Prima de Junio	9.169	0
Vacaciones	3.006	0
Prima de navidad	10.597	0
Totales	118.593	176.963
DÍAS LABORADOS	257	103
TOTAL DEVENGADO ANUAL	1.015.949.91	607.571
INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	135.293.43	0

ING. BASE	135.293.43
PORCENTAJE PENSIÓN	75%
VALOR PENSIÓN	101.470.07

* Fuente: Contadora Tribunal Administrativo de Sucre y documentos, obrantes en el expediente.

Información que cotejada con lo anotado en la resolución No. 001207 del 28 de septiembre de 1999, no permite alcanzar la conclusión del demandante, pues, el acto administrativo que reconoció la pensión de la demandante, parte de un IBL, que alcanza los \$ 220.713.00 y no los \$135.293.43, que se señalan para la ley 33 de 1985, otorgándose el criterio de favorabilidad en pro de la aplicación del acuerdo 049 de 1990.

En ese orden de ideas, atendiendo al asunto planteado, se tiene, que no puede afirmarse, tajantemente, que la presencia de los factores pretendidos en reliquidación, favorezcan a la demandante, pues, como se ha visto ocurre todo lo contrario. Ahora, cosa contraria, es que la liquidación pensional, efectuada con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, haya sido, aparentemente, mal efectuada o que la misma, no haya acogido las reglas propias de los asuntos pensionales que rige, tema que no puede ser abordado por esta Sala, en tanto, no es objeto de pretensión.

A parte de lo anterior, si lo aportado alcanza las 526 semanas (3682 días o 10.22 años), resulta evidente que la accionante, no cumple con el elemento tiempo de servicios -20 años- que trae la ley 33 de 1985, lo que igualmente hace nugatorias las pretensiones.

Luego entonces, se revocará la decisión recurrida, pero por las razones aquí afirmadas, esto es, que el demandante, no cumplió con la carga probatoria que le incumbía, tendiente a establecer la mayor favorabilidad de sus pretensiones, en los términos indicados.

3.- CONDENA EN COSTAS – AMBAS INSTANCIAS.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

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 10 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Segundo 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.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00142/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA