



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Primera de Decisión Oral

Sincelejo, veinticuatro (24) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2015-00245-01
DEMANDANTE: YENIS DEL ROSARIO CONTRERAS
LÁZARO
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 13 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

La señora **YENIS DEL ROSARIO CONTRERAS LÁZARO**, 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 la nulidad de la Resolución N° GNR- 386777 noviembre 4 de 2014, que negó la reliquidación de la pensión de vejez a la actora, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio a la adquisición de su status de pensionada y la nulidad del acto ficto o presunto, producto del silencio de la administración, ocurrido como consecuencia del recurso de apelación, impetrado contra la anterior resolución.

¹ Folios 44 - 45 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, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, anterior a la adquisición de su status de pensionada, en la suma de \$1.822.485.86, efectiva a partir del 11 de febrero de 2012.

1.2. Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora YENIS DEL ROSARIO CONTRERAS LÁZARO, laboró en la E.S.E. Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal - Sucre, en el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1978, al 22 de julio de 2004, en el cargo de auxiliar de enfermería.

Mediante Resolución No. GNR – 052462 de abril 4 de 2013, COLPENSIONES reconoció a favor de la actora pensión de vejez.

Inconforme con el valor de la mesada pensional reconocida, porque no le incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionada, la actora interpuso recurso de reposición contra la anterior resolución, el cual fue resuelto mediante Resolución No. GNR-189397 de julio 23 de 2013, que dispuso reliquidar la pensión de vejez, pero nuevamente, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Posteriormente, la accionante elevó nueva solicitud de reliquidación de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, siendo resuelta de forma desfavorable mediante Resolución No. GNR-386777 del 4 de noviembre de 2014.

² Folios 2 – 3, cuaderno de primera instancia

Contra el anterior acto, la actora interpuso recurso de apelación, sin que a la fecha, la entidad demandada hubiera dado respuesta a la petición, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo.

1.3. Contestación de la demanda³.

La **Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"**, se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que la pensión de vejez fue legal y debidamente reconocida. Frente a los hechos señaló, que en su mayoría se admitían; sin embargo, en lo que respectaba a la no inclusión de los factores salariales, indicó, que no eran hechos sino simple apreciaciones personales de la parte actora, toda vez, que la entidad reliquidó la prestación aplicándole la ley más favorable.

Como razones de defensa, expuso, que a la demandante se le reliquidó la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta un IBL de \$1.341.692, aplicándosele una tasa de reemplazo de 90%.

Así mismo, a dicha prestación se le realizó un estudio bajo los postulados de la Ley 33 de 1985 y la Ley 797 de 2003, por ser la actora beneficiaria del régimen de transición; encontrándose que al IBL arrojado, se le debía aplicar una tasa de reemplazo de 75% y 67% respectivamente, contrario al estudio realizado con el Decreto 758 de 1990, con el cual se aplicó una tasa de reemplazo de 90%; por ello, aplicando el principio de favorabilidad, se reconoció la prestación en base a esta última, teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

Manifestó, que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el IBL no era un aspecto de la transición, y por lo tanto, eran las reglas contenidas en el régimen general, las que debían observarse para determinar el monto pensional, con independencia del régimen especial al que perteneciera.

³ Folios 82 - 86, cuaderno de primera instancia.

Siendo así, sostuvo, que el IBL se establecía con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años (art. 36 de la 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 (art. 1º de la Ley 33/85).

Propuso las excepciones denominadas: inexistencia de las obligaciones reclamadas, improcedencia para reliquidar la pensión de vejez, y prescripción.

1.4. Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia datada 13 de julio de 2016, proferida en audiencia inicial, declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

A su vez, declaró la nulidad de los actos demandados y en consecuencia, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Yenis del Rosario Contreras Lázaro, en la suma de \$1.560.541,00, efectiva a partir del 11 de febrero de 2012.

Así mismo, ordenó a la entidad demandada pagar a la demandante, las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha de adquisición del status de pensionada.

Igualmente, ordenó a la entidad, realizar los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hubieren sido objeto de deducción legal.

Como fundamento de su decisión, el A-quo, señaló, que del texto de la Resolución No. GNR 052462 de abril 4 de 2013, no se evidenciaba cuáles eran los factores salariales que se tuvieron en cuenta como base para

⁴ Folios 100 - 106, cuaderno de primera instancia.

liquidar la pensión de vejez otorgada a la parte actora, pero se sustentó la decisión con base en la transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los últimos diez años previos al reconocimiento, por lo que se debía entender, que no se tuvo en cuenta todos los factores que devengó durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada, estos son, el sueldo, bonificación, prima semestral, prima de vacaciones, prima de navidad, domingo y festivo, recargo nocturno y horas extras; encontrándose la decisión de la administración, en contravía de lo dispuesto en el marco normativo y jurisprudencial analizado. Por lo tanto, la mesada pensional a cancelar no era de \$1.205.066, sino la suma de \$1.560.541.00.

1.5. El recurso⁵.

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

Argumentó, que no había lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. GNR 386777 de noviembre 4 de 2014, toda vez que a la demandante le fue reconocida la pensión conforme a las disposiciones contenidas en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta 1.356 semanas con un IBL de \$1.328.981 y una tasa de reemplazo de 90% en cuantía inicial de \$1.196.083.

Que tampoco había lugar a la declaratoria de la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, derivado del recurso de apelación de fecha 10 de diciembre de 2014, por cuanto éste fue resuelto mediante Resolución No. VPB 35298 de abril 20 de 2015.

Así mismo, sostuvo, que no había lugar a la reliquidación de la pensión, reiterando la posición de la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y en el Auto A-326 de 2014, frente al cálculo del IBL de conformidad con las reglas del sistema general de pensiones.

⁵ Folios 116 - 117, cuaderno de primera instancia.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 30 de septiembre de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de 13 de julio de 2016⁶.
- Mediante auto de 9 de noviembre de 2016, se ordenó el traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷. Durante dicho término, ni las partes, ni el Ministerio Público hicieron manifestación alguna.

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 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

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

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 señalado⁸:

“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).

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

⁸ Sentencia T-105 de 2012, con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

servicio y al monto de la prestación, por ser de la esencia del régimen de transición, el cual opera de pleno derecho.

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 a 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 2011⁹, 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

⁹ 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.

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 758 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, en la que se

destaca la sentencia de 24 de noviembre de 2016 del Consejo de Estado¹⁰, 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.

Precisó la Ata Corporación:

“... conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.

Como consecuencia de ello, debe insistir esta Sala que al señor LUIS EDUARDO DELGADO, (i) al ser beneficiario del régimen de transición y (ii) estar cobijado por el régimen pensional de la Ley 33 de 1985, su pensión habrá de liquidarse tal como lo indica la mencionada norma, es decir, una tasa de remplazo de 75% que habrá de aplicarse sobre el promedio salarial del último año de servicio, el cual habrá de incluir la totalidad de factores salariales devengados por el solicitante en ese último año”¹¹.

Concluyéndose, en últimas, que la pensión de jubilación se liquida **en**

¹⁰ Sala de lo Contencioso – Administrativo Sección Segunda Subsección A, Radicación Número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13) Actor: Luis Eduardo Delgado Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (Ugpp). C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

¹¹ Ibíd.

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 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”¹².

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, cuáles han sido los factores salariales no

¹² 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-.

tenidos en cuenta por el ente demandado, para alcanzar la reliquidación perseguida y la favorabilidad del régimen reclamado.

2.6.- Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, se tiene que se controvierte la legalidad de la Resolución N° GNR- 386777 de noviembre 4 de 2014, que negó la reliquidación de la pensión de vejez a la parte actora, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, a la adquisición de su status de pensionada y la nulidad del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo, que se originó, a causa de la no resolución del recurso de apelación impetrado contra la anterior resolución, radicado el 10 de diciembre de 2014.

Mediante sentencia proferida el día 13 de julio de 2016, el Juez de primera instancia, declaró la nulidad de los actos acusados y ordenó a COLPENSIONES, reliquidar la pensión de la señora YENIS DEL ROSARIO CONTRERAS LÁZARO, 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 se revoque la anterior decisión, señalando que a la demandante, le fue reconocida la pensión conforme a las disposiciones contenidas en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta 1.356 semanas con un IBL de \$1.328.981 y una tasa de reemplazo de 90% en cuantía inicial de \$1.196.083; ello, por ser más favorable frente a las tasas de reemplazo contenidas en las Leyes 33/85 (75%) y 797/03 (67,32%). Además considera, que conforme a la posición de la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, el IBL se establece con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos 10 años (art. 36 de la Ley 100/93) y no teniendo en cuenta lo devengado en el último año.

De igual forma, sostiene, que no había lugar a la declaratoria de la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado del recurso de apelación de fecha 10 de diciembre de 2014, interpuesto contra la Resolución N° GNR-386777 de noviembre 4 de 2014, por cuanto éste fue resuelto mediante Resolución No. VPB 35298 de abril 20 de 2015.

Frente a este último aspecto, de entrada se señala, que dicho argumento no es de recibo en esta instancia procesal, como quiera que dentro de los antecedentes administrativos allegados al plenario se advierte, que la Resolución No. VPB 35298 de abril 20 de 2015, expresa textualmente que resuelve un recurso de apelación contra la Resolución No. 52462 de abril 4 de 2013, dando lugar a considerar que lo afirmado por el recurrente no sea correcto.

En efecto, en su parte considerativa se lee:

“Que revisado el expediente pensional, se evidenció que el recurso de apelación incoado contra la Resolución No. 52462 de 2013, se encuentra pendiente de trámite, por lo tanto procede esta Vicepresidencia a desatarlo en el presente acto administrativo”

Y, en su parte resolutive se lee:

“ARTÍCULO PRIMERO: Modificar la Resolución No. 189397 de julio 23 de 2013, que modificó la Resolución No. 52462 de 04 de abril de 2013, conforme al recurso presentado por ... CONTRERAS LÁZARO YENIS DEL ROSARIO...”

ARTÍCULO SEGUNDO: Reliquidar la pensión de VEJEZ reconocida a favor del (a) señor (a) CONTRERAS LAZARO YENIS DEL ROSARIO...”

Conforme lo anterior, es claro que de la lectura de la citada resolución no se advierte que se esté resolviendo el recurso de apelación, que la actora interpuso el día 10 de diciembre de 2014 contra la Resolución N° GNR- 386777 noviembre 4 de 2014¹³, por lo que entiende esta Colegiatura, que sí se

¹³ Ver folios 52 – 57 del C.1

generó un acto ficto o presunto derivado de tal recurso y por ende, si había lugar a decidir sobre su legalidad.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que lo dicho por la entidad recurrente, en cuanto a que dicho recurso si fue resuelto mediante la citada resolución, lo cierto es, que el error de transcripción contenido en ella, no puede achacársele a la parte demandante, por cuanto dicho acto proviene de la misma entidad.

En ese orden de ideas, se continuará con el estudio del asunto, atendiendo a los actos administrativos demandados, a lo alegados por las partes y a lo decidido por el juez de primer grado.

Aclarado lo anterior y una vez verificado el caso puesto a consideración y el acervo probatorio recopilado de cara a la reliquidación pensional, 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, i) que el acto administrativo que reconoció la pensión de la señora YENIS DEL ROSARIO CONTRERAS LÁZARO y el acto que posteriormente modificó el anterior, no tuvieron en cuenta los factores salariales que en la demanda se echan de menos, y ii) que la confrontación del resultado obtenido con aquel previamente alcanzado, no permite establecer la favorabilidad alegada¹⁴, 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. GNR 052462 de abril 4 de 2013¹⁵, textualmente se señala:

“... para el cálculo del ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se aplicarán las siguientes reglas:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a

¹⁴ Debe tenerse en cuenta, que solo la operación aritmética en concreto, determina cuál tipo de liquidación pensional es más favorable para el caso.

¹⁵ Folios 15 – 20 del C. 1

la pensión, será el promedio de lo devengado o cotizado entre el tiempo que le hiciera falta desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de adquisición del derecho a la pensión, o el de todo el tiempo si este fuere superior.

Para los que les faltare menos de 10 años, el ingreso base de liquidación será calculado de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; es decir, el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos 10 años o el de toda la vida laboral si tuviera 1250 o más semanas actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según certificación expedida por el DANE.

Que para efectos de establecer el monto de liquidación de la presente prestación, se tendrá en cuenta el artículo 20 del Decreto 758 de 1990...

Que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 aprobado por el Acuerdo 758 del mismo año, establecen que la pensión se reconocerá reunidos los requisitos mínimos y será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda disfrutar de la misma;.../

Que... se procedió a realizar la liquidación de la prestación reconocida, la cual se resume de la siguiente manera:

IBL: 1,238.981 X 90.00 = 1,196,083”.

En dicha resolución, se indica que por favorabilidad, se aplica para el reconocimiento de la pensión de vejez, el Decreto 758 de 1990 – Régimen de transición mujer. Y que el disfrute de la pensión, sería a partir del 1º de abril de 2013.

Posteriormente, mediante Resolución No. GNR 189397 de julio 23 de 2013¹⁶, se modificó el anterior acto administrativo, en el sentido de aumentar la mesada pensional en la suma de \$1.205.066, efectiva a partir del 11 de febrero de 2012, fecha en que la actora cumplió 55 años de edad

Conforme a éste último acto administrativo, la liquidación de la pensión, se realizó con 1.369 semanas cotizadas, sobre un ingreso base de liquidación de \$1.338.962.00, al cual se le aplicaron, aparentemente, las reglas del Decreto 758 de 1990, desconociéndose procesalmente¹⁷, si tal cuantía

¹⁶ folios 22 - 24 del C.1

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

puede ser más favorable para los intereses de la demandante o si por el contrario, en las condiciones en que se encuentra, percibe un mayor ingreso.

Esto es así, pues, al plenario ni siquiera se allegó certificación de lo devengado por la actora en los últimos diez (10) años anteriores a la adquisición del status de pensionada, para efectuar las cuentas respectivas y verificar que lo reconocido por la entidad, en las citadas resoluciones, no se acompasa con la normatividad que se alega es favorable a la demandante, esto es, la Ley 33 de 1985.

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, ello no quedó demostrado. Ahora, cosa contraria, es que la liquidación pensional, efectuada por la entidad, 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.

Luego entonces, se revocará la decisión recurrida, por las razones aquí afirmadas, esto es, que la 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 Primera 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 13 de julio de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito 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. 0031/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA