



Cartagena de Indias D. T. y C., seis (06) de abril de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2015-00272-01
Demandante	CARMELO DURANTE GULFO
Demandado	COLPENSIONES
Tema:	Reliquidación pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1 Pretensiones.

"PRIMERA.- Que se declare la nulidad del Acto ficto o Presunto, como consecuencia del derecho de petición de fecha 10 de octubre del 2013 y recibido por Colpensiones el día 14 de marzo del 2014 bajo el No. 2014-2126521, a través del cual se solicitó a la entidad convocada la reliquidación de la pensión vitalicia de vejez a el señor CARMELO DURANTE GULFO, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados por la convocante en el último año de servicio a la adquisición del estatus de pensionada.

SEGUNDA.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicito se condene a la entidad convocada COLPENSIONES, representado legalmente por su Director MAURICIO GONZÁLEZ, para que reconozca y ordene el pago de la RELIQUIDACIÓN de su pensión de jubilación al señor CARMELO DURANTE GULFO, con la inclusión de todos los factores devengados por el convocante en el último año de servicio anterior a la adquisición de su estatus de pensionado en la cuantía de su mesada pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio de \$874.539.30 efectiva a partir del día 27 de septiembre de 1998. Fecha en la cual cumplió su status de pensionado.



TERCERA.-Que se condene a la entidad COLPENSIONES, a pagar al demandante señor CARMELO DURANTE GULFO las mesadas adicionales correspondientes a os (sic) meses de junio y diciembre de cada año desde la fecha en que adquirió su status de pensionado.

CUARTA.- Que se condene a la entidad COLPENSIONES, a pagar al demandante señor CARMELO DURANTE GULFO la indexación sobre la primera mesada pensional de conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, calculada desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando el pago se verifique.

QUINTA.- Que se condene a la entidad COLPENSIONES, a pagar al convocante señor CARMELO DURANTE GULFO, a los ajuste de conformidad con la ley 1437 de 2011."

1.2 Hechos

Se resumen así:

- Que el demandante prestó sus servicios al Estado Colombiano en el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena, por más de 20 años de servicio.
- Que el demandante elevó solicitud de reconocimiento pensional, el día 27 de septiembre de 2002, la cual fue resuelta de forma favorable mediante Resolución No. 000428 del 18 de marzo de 2003, efectiva a partir del 27 de septiembre de 1998, pero sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.
- Ante lo anterior, el demandante presentó solicitud de reliquidación pensional, el día 10 de octubre del 2013, radicado ante la accionada el 14 de marzo de 2014 bajo el número 2014-2126521, el cual no fue contestado por dicho ente.
- El día 24 de noviembre de 2014 se llevó a cabo diligencia de Conciliación Extrajudicial ante la Procuraduría Administrativa 130 Judicial II de Cartagena, declarándose fallida la misma.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Artículos 1º, 6º, 7º, 12, 25, 26 y 42 de la Constitución Política.
- Ley 33 de 1985.
- Ley 62 de 1985.



- Decreto 1045 de 1978.
- Ley 4ª de 1966.
- Decreto 1743 de 1966.
- Ley 6ª de 1945.
- Ley 100 de 1993, artículo 36.

Se aduce en síntesis que la entidad no tiene fundamento en la negación de la reliquidación de la pensión, pues de conformidad con el Decreto 1045 de 1978 modificado por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, son factores salariales con connotación jurídica para la liquidación, la asignación básica, subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones.

Que la Ley 33 de 1985, dispuso que la pensión de los empleados oficiales fuera igual en un 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año de servicio; modificando así el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 que disponía que la pensión sería equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

Que la precisión final del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, respecto a que en todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidaran sobre los mismos factores que haya servido de base para calcular los aportes, significa que aun cuando se trate de una pensión del régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, sino se cumple por algún motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión de determinado factor sino que al momento del reconocimiento, la entidad deberá hacer los descuentos correspondientes.

Que la accionada al momento de efectuar la liquidación de la pensión del actor, confundió los términos de asignación mensual por asignación básica, conceptos que difieren, pues la asignación básica, es la retribución económica que devenga el trabajador como contraprestación de los servicios prestados en un determinado tiempo y la asignación mensual es el conjunto de emolumentos que el trabajador recibe por su trabajo, en un periodo de tiempo determinado.

Que el salario es factor esencial para el reconocimiento de la pensión, y que sus tasaciones son imprescriptibles como lo es el derecho mismo a la pensión y por



tanto cualquier factor salarial que se hubiese omitido al determinar la liquidación de la prestación puede reclamarse en cualquier tiempo.

2. Sentencia de Primera Instancia (fs. 79-96)

En sentencia de treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda, al considerar que el monto de la prestación pensional reconocida al demandante, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debió ser liquidado de acuerdo con las previsiones del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad.

De esa manera, aduce que la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado ha sido desvirtuada, configurándose la causal de nulidad prevista en el artículo 137 del CPACA, consistente en violación de norma superior, advirtiendo que se vulneró el derecho del demandante a que se reliquide la pensión de jubilación conforme a lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta, señaló que en tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 4 de agosto de 2010, se concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio; para lo cual dispuso el A quo que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes y si los mismos no han sido objeto de descuentos, se debe ordenar a la caja de previsión que efectué los mismos.

Que en la actualidad se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo No. 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones.

De esa medida, ordenó a la entidad accionada reliquidar la pensión de vejez del demandante, a partir del 16 de septiembre de 1993, fecha en que comenzó su disfrute efectivo, incluyendo para su cálculo el 75% de todos los factores devengados durante el último año de prestación del servicio.

Finalmente, declaró la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de abril de 2012 y condenó en costas a la accionada.



3. Recurso de Apelación (fs. 102-103)

La Administradora Colombina de Pensiones –Colpensiones, a través de apoderado presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia señalando que, lo pretendido por el demandante es la reliquidación pensional, elevando su tasa de reemplazo al 75%, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados.

Que se opone a lo pretendido por el demandante, por cuanto los servidores del Sena, de conformidad con lo establecido en el artículo 126 del Decreto 2464 de 1970, tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público, establece la ley.

Que para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación a los servidores del Sena, le son aplicables las normas del Decreto 3135 de 1968, sustituidos por la Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1º prevé que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Aduce que, en virtud de lo anterior, conforme al artículo 127 del Decreto 2464 de 1970 y el artículo 35 del Decreto 1014 de 1978, los servidores del Sena, continuaron afiliados al Instituto de Seguros Sociales, que de conformidad al artículo 1º de la Ley 90 de 1946 cubre los riesgos de vejez, reemplazando la pensión de jubilación que se adquiere cuando se reúnan los requisitos señalados en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

Que no obstante que los servidores del Sena, se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, dicho establecimiento tiene la obligación legal de reconocer a sus servidores la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos de ley.

Y, que el ISS, asume el riesgo de vejez, sustituye al Sena en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y en consecuencia el goce de la pensión de jubilación es estos casos es incompatible con la pensión de vejez.

Finalmente, concluye que resulta improcedente reliquidar la prestación reconocida con base en una normatividad que solo podía ser aplicada por el Sena, el cual es la Ley 33 de 1985.



4. Trámite procesal de segunda instancia

Mediante providencia de fecha primero (1º) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)¹, se admitió el recurso de apelación de la parte demandada y, posteriormente, por auto del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto².

6. Alegaciones

6.1 De la parte accionante³

No describió el traslado en el curso de la segunda instancia.

6.2 De la parte accionada⁴

En el escrito de alegaciones que presentó, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. (Fs. 10 y 11)

7. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

¹ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

² Folio 8, cuaderno de 2da instancia.

³ Folios 16 a 18, cuaderno 2.

⁴ Folios 10 a 15, cuaderno 2.





2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) Antes de entrar a estudiar la providencia objeto de apelación, deberá la Sala determinar *¿Si en el presente asunto el acto administrativo acusado está plenamente individualizado, o se configura la denominada proposición jurídica incompleta que da como consecuencia el fallo inhibitorio?*

ii) En caso de no ser procedente el anterior problema jurídico, se deberá determinar *¿si la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, debe reliquidar la pensión de jubilación del demandante, incluyendo en el ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio?*

3. Tesis

La Sala revocará en su integridad la sentencia apelada, en cuanto ordenó la reliquidación pensional con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985 y 62 de la misma anualidad, y en su defecto, se inhibirá para proferir un fallo de fondo, al no ser enjuiciable el acto administrativo acusado, por no haberse individualizado el mismo y no haberse concluido el requisito de procedibilidad dispuesto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1 Del régimen prestacional de los servidores del SENA.

De conformidad con los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público por lo que tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas en la ley para esta clase de funcionarios.

Mediante el Decreto 2464 de 1970 se aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en el que se determinó que su personal tiene



derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la Rama Ejecutiva del poder público establece la ley. En lo pertinente, dispuso:

"Art. 126: Los empleados del SENA tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la ley."

"Art. 127: Seguro Social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA continuaran afiliados al Instituto de Seguros Sociales -I.C.S.S."

En los lugares donde no haya servicios de dicho Instituto, las prestaciones a cargo del mismo serán asumidas directamente por el SENA en relación con sus empleados o trabajadores no afiliados al I.C.S.S."

El SENA pagará a sus empleados y trabajadores los tres (3) primeros días de incapacidad que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no reconoce, siempre y cuando la incapacidad total en cada caso sea mayor de tres (3) días. Además el SENA completará el salario que el Seguro paga durante la incapacidad, hasta la totalidad del sueldo asignado al empleado o trabajador. El salario durante la incapacidad lo pagará el SENA, cediendo el empleado o trabajador su derecho al SENA para que repita contra el Seguro Social."

A su vez el artículo 35 del Decreto Ley 1014 de 1978, modificado por el artículo 16 del Decreto Ley 415 de 1979 estableció:

"El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándoles a una entidad asistencial o de previsión."

Dichos empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en el parágrafo siguiente."

Aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados por enfermedad, devengarán durante la incapacidad y proporcionalmente a ésta, una suma equivalente al sueldo asignado al cargo. Entiéndase en este caso que el empleado cede su derecho al SENA para que efectúe el cobro de la incapacidad ante la entidad asistencial o de previsión."

El SENA asumirá directamente o contratará con una o varias entidades públicas o privadas especializadas en seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados de la entidad."

Las modalidades y cuantía de este servicio se establecerán por Acuerdo del Consejo Directivo Nacional, así como los aportes del SENA para cada uno de sus empleados."

Con la prestación de este servicio de salud para la familia de los empleados, éstos y la entidad quedarán exentos de cotizaciones al ISS para cubrir riesgos similares."

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de seguridad industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y mental del empleado."

El Consejo Directivo Nacional de la entidad, reglamentará las normas internas sobre este aspecto."

De la normatividad transcrita se concluye que los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma "general" establece la ley para



los miembros de la Rama Ejecutiva. En consecuencia, desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables las Leyes 6ª de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia.

Luego, los empleados del SENA continuaron afiliados al I.S.S., lo cual no obsta para que su régimen prestacional sea el general de la Rama Ejecutiva al tenor del artículo 126 del Decreto 2464 de 1970.

El Decreto 1748 de 1995, Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, al referirse a los empleadores del sector público afiliados al ISS, dispuso lo siguiente:

"Artículo 45. Empleadores del sector público afiliados al ISS.

Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el Artículo 5º del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B."

La norma a la que se remite la disposición anterior, esto es, el Decreto 813 de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece en su artículo 45, lo siguiente:

"Artículo 5. Transición de las pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

(...)

PARÁGRAFO. Lo previsto en este artículo sólo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador. (...)"

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "A" en providencia de 11 de febrero de 2015, dentro del proceso radicado No: 05001-23-31-000-2011-01524-01 (2947-2013) sostuvo:

"Además, el artículo 35 del Decreto 1014 de 1978 ordena la continuidad de afiliación del personal del SENA al I.S.S. sin modificar lo pertinente al régimen de la pensión de jubilación determinado en el artículo 126 del Decreto 2464 de 1970, pues solo modificó



otras prestaciones. Así el SENA garantizaría a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión (sin determinar que sería el I.S.S.); además, que los empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en su parágrafo que se refiere a funcionarios que se encuentran incapacitados por enfermedad.

A pesar de que los empleados públicos del SENA se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, esta entidad descentralizada nacional tiene la obligación convencional transitoria de reconocer a sus funcionarios la pensión de jubilación al cumplimiento de los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general, dado que el I.S.S. inicialmente no les hace dicho reconocimiento debido a que sus requisitos pensionales son superiores a los establecidos normalmente para los servidores públicos y porque la circunstancia excepcional de su afiliación al I.S.S. no puede de ninguna manera constituirse en un impedimento u obstáculo para el disfrute de su derecho adquirido frente a la ley."

Lo anterior significa que quien inicialmente asume la obligación pensional de sus trabajadores es el SENA, y cuando se satisfacen los requisitos exigidos por el I.S.S. o quien haga sus veces, éste asume su obligación y el SENA cesará en el pago de dicha prestación, salvo algunas situaciones especiales. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación.

No obstante puede ocurrir que cuando el I.S.S. o quien haga sus veces, reconoce la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tienen derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el SENA debe cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida.

4.2 Régimen pensional aplicable al caso concreto

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

"ARTÍCULO 1o. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.





Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARÁGRAFO 3o. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcularlos aportes".

5. Caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente, mediante certificación expedida por el Jefe de Recursos Humanos del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, Regional Bolívar y Sucre de fecha 30 de noviembre de 1992, que el señor CARMELO DE JESÚS DURANTE GULFO, prestó sus servicios a dicho ente, desde el 19 de agosto de 1971 hasta el 29 de noviembre de 1992, desempeñando funciones de Profesional Grado 04 –Grupo Desarrollo Empresarial, con un tiempo de servicio de 21 años, 3 meses y 11 días (f. 20).



Así mismo se acredita con dicha certificación que el demandante durante el último año de servicio, comprendido entre el 30 de noviembre de 1991 hasta el 30 de noviembre de 1992, devengó los siguientes factores salariales: (i) asignación básica; (ii) subsidio de alimentación; (iii) prima de vacaciones; (iv) bonificación por servicios prestados; (v) prima de servicios y; (vi) prima de navidad. (Fs. 20-22)⁵

5.1.2. Que al señor CARMELO DE JESÚS DURANTE GULFO, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución N° 000428 del 18 de marzo de 2003, expedida por el extinto Instituto de Seguro Social –ISS, para lo cual se tuvo en cuenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, efectiva a partir del 16 de septiembre de 1993, pero pagadera a partir del 27 de septiembre de 1998 por prescripción. (Fs. 23-24)⁶

5.1.3. Que de acuerdo con la partida de bautismo anexa al expediente administrativo laboral (f. 64)⁷, el señor CARMELO DE JESÚS DURANTE GULFO, nació el 16 de septiembre de 1933, información esta que se corrobora con la copia de su cédula de ciudadanía (f. 19) y el acto administrativo de reconocimiento pensional (f. 23); por lo que adquirió el **estatus jurídico de pensionado el 19 de agosto de 1991**; esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, motivo por el cual se le aplica en su integridad la ley anterior a esta, no siendo por tanto aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la citada disposición.

Como consecuencia de lo anterior, su pensión de jubilación, se rige por la normatividad anterior a dicha ley, es decir, la Ley 33 de 1985, que prescribe los requisitos de 55 años de edad y 20 años de servicio, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el tiempo base de liquidación.

5.1.4. Que a través de Resolución No. 0096 del 25 de enero de 1993, el Sena, reconoció al demandante pensión mensual vitalicia de jubilación, por valor de \$287.261, pagadera a partir del 30 de noviembre de 1992, para lo cual se tuvo en cuenta el 75% de los factores contemplados en el Decreto 1045 de 1978⁸.

⁵ Véase igualmente expediente administrativo laboral (f. 64).

⁶ Véase igualmente expediente administrativo laboral (f. 64).

⁷ Expediente que se allega en medio magnético.

⁸ Véase igualmente expediente administrativo laboral (f. 64).





5.1.5. Que el demandante presentó solicitud de reliquidación pensional el día 14 de marzo de 2014, la cual fu radicada ante Colpensiones, en la misma fecha bajo el número 2014_2126521, a efectos de que le fuera incluido en su liquidación pensional la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio (fs. 14-16).

5.1.6. A través de Resolución No. GNR 319474 del 12 de septiembre de 2014, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, negó la reliquidación pensional solicitada por el demandante, la cual fue notificada al demandante el día 7 de octubre de 2014⁹.

5.1.7. El día 17 de octubre de 2014, se presentó recurso de reposición en subsidio apelación, contra la Resolución No. GNR 319474 del 12 de septiembre de 2014¹⁰.

5.1.8. Mediante Resolución No. GNR 42301 del 23 de febrero de 2015, Colpensiones, resolvió entre otros aspectos, rechazar por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 319474 del 12 de septiembre de 2014; resolución que fue notificada al demandante el día 8 de abril de 2015¹¹.

5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el *sub judice*, se solicita la nulidad del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo de la entidad, al no dar respuesta a la petición de reliquidación pensional con base en el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, tal y como lo establece la Ley 33 de 1985; solicitud que fue radicada ante la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, el día 14 de marzo de 2014 bajo el número 2014_2126521 (fs. 14-15).

El A quo, en el fallo apelado, procedió a declarar la nulidad del acto ficto o presunto, producto de la no contestación de la petición del 14 de marzo de 2014, y a título de restablecimiento del derecho, ordenó la reliquidación pensional pretendida, con base en el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, de acuerdo a lo

⁹ Véase expediente administrativo laboral (f. 64).

¹⁰ Véase expediente administrativo laboral (f. 64).

¹¹ Véase expediente administrativo laboral (f. 64).



establecido en la Ley 33 de 1985 y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, sobre la materia.

Ahora bien, revisado el expediente advierte la Sala que, en el *sub examine*, la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a través de la Resolución No. GNR 319474 del 12 de septiembre de 2014, negó la reliquidación pensional con base en el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, solicitada por el demandante; acto administrativo este que fue notificado al demandante el día 7 de octubre de 2014¹².

Del mismo modo, en el contenido de la Resolución No. GNR 319474 del 12 de septiembre de 2014, la entidad advierte que se le da respuesta a la petición del 14 de marzo de 2014 radicada bajo el número 2014_2126521 por el señor Carmelo Durante Gulfo.

De otro lado, se acreditó con la Resolución No. GNR 42301 de 23 de febrero de 2015, que Colpensiones, resolvió entre otros aspectos, rechazar por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución GNR 319474 del 12 de septiembre de 2014; resolución que fue notificada al demandante el día 8 de abril de 2015¹³.

Ante lo anterior, precisa la Sala, que al acudir ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, deberá demandarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la Administración frente a una situación jurídica particular, es decir, la que afecta de manera concreta el derecho subjetivo, junto con aquellas decisiones que en vía gubernativa constituyan una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone necesariamente la órbita de decisión del Juez frente a una pretensión anulatoria, precisamente por la identidad y unidad de su contenido y de sus efectos jurídicos.

La inobservancia de lo expuesto vicia sustancialmente el contenido de la pretensión anulatoria en el marco del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del Juez frente al litigio propuesto, tornando procedente la declaración inhibitoria al respecto.

¹² Véase expediente administrativo laboral (f. 64).

¹³ Véase expediente administrativo laboral (f. 64).





Ha precisado el Consejo de Estado que a nivel del petitum la situación en mención se suscita en dos casos de ocurrencia alternativa o sumada a saber: i) Cuando el acto acusado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi, o ii) Cuando el acto demandado no es autónomo por encontrarse en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o su eficacia, eventos en los que como se expresó resulta imposible emitir una decisión de fondo para el Juez.¹⁴

Analizado lo anterior, es claro para la Sala que el demandante, demandó un acto ficto, cuando es claro que la entidad se había pronunciado de forma expresa sobre la petición de reliquidación pensional radicada ante Colpensiones, el día 14 de marzo de 2014 bajo el número 2014_2126521, y de la cual se notificó personalmente el demandante; no cumpliéndose de esta manera con lo dispuesto en el artículo 163 del CPACA, que señala que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo éste se debe individualizar con toda precisión.

Así mismo, se desconoce el inciso primero del numeral segundo del artículo 161 *ibídem*, en lo que respecta a la conclusión del procedimiento en sede administrativa, pues a través de la Resolución GNR 319474 del 12 de septiembre de 2014, notificada al demandante el día 7 de octubre de 2014, se rechazó por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto contra aquella.

Así las cosas, y siendo necesario que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular se ejerzan y decidan los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, a efectos de hacer enjuiciables los mismos ante esta jurisdicción y, que en el caso en concreto no se cumplió con dicha exigencia legal, esta Sala de Decisión revocará el fallo de primera instancia y se inhibirá para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

5.4. Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte vencida, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia del 18 de mayo de 2011, Radicado interno No. 1282-10, C.P. DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.



En el caso en concreto, la sala se inhibirá para fallar de fondo la demanda en referencia, motivo por el cual no es procedente la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de fecha treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor CARMELO DURANTE GULFO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: INHIBIRSE para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor CARMELO DURANTE GULFO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

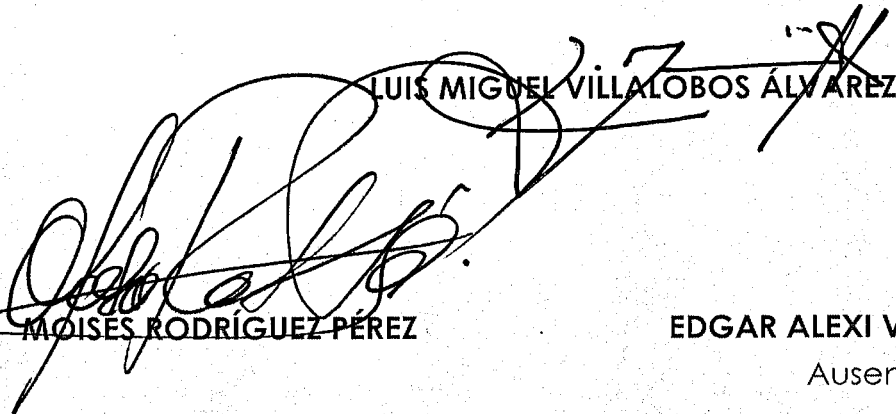
TERCERO: Sin condena en costas en ambas instancias.

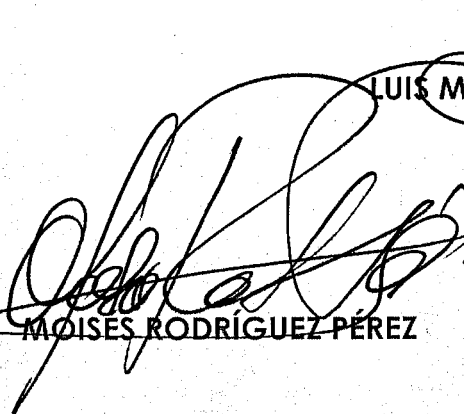
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. ____

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


MOÍSES RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Ausente con permiso