



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Reliquidación de la pensión de jubilación de un ex-funcionario del extinto Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", relacionado con la inclusión de factores salariales a la base de liquidación de dicha prestación social.

Demandante: LUZ MARINA BOTIA FORERO

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
"COLPENSIONES"

Radicación: 85001-33-33-002-2015-00090-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

LUZ MARINA BOTIA FORERO a través de apoderado judicial demanda a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", solicitando a esta jurisdicción que mediante el trámite contencioso administrativo se acceda a sus pedimentos que se contraen a la revisión y/o reliquidación de su pensión de jubilación por la no inclusión de algunos factores salariales de parte de la demandada, lo que considera no ajustado a derecho.

PRETENSIONES:

Plantea textualmente entre otras, las siguientes:

"DECLARACIONES

1. SE DECLARE LA NULIDAD PARCIAL de la resolución No. GNR- 155710 del 27 de junio de 2013, proferida por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por medio de la cual se concedió la pensión de jubilación a mi poderdante señora **LUZ MARINA BOTIA FORERO**, a razón que no se tuvo el total de tiempo de servicio, y los conceptos que integran el salario, y él, el salario promedio devengado durante el último año de servicios al momento del retiro, conforme lo preceptúa, el Decreto Ley No. 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 artículo 1º, el artículo 14º de la Ley 100 de 1993.

2. SE DECLARE LA NULIDAD de la resolución No. GNR- 159932 del 07 de mayo de 2014, proferida por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación a mi poderdante señora **LUZ MARINA BOTIA FORERO**, a razón que no se tuvo el total de tiempo de servicio y los conceptos que integran el salario, y él, el salario promedio devengado durante el último año de servicios al momento del retiro, conforme lo preceptúa, el Decreto Ley No. 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 artículo 1º, el artículo 14º de la Ley 100 de 1993.

3. SE DECLARE el acto ficto o presunto por el silencio administrativo que guardó la entidad accionada, al no dar respuesta a la solicitud de la pensión de jubilación interpuesto el día 25 de agosto de 2014, en contra de la resolución No. GNR- 155710 del 27 de junio de 2013.

CONDENAS

Que como consecuencia de las declaraciones formuladas se disponga el restablecimiento del derecho, esto es, se condene a la demandada la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, al **RECONOCIMIENTO y PAGO** de:

Principales:

1. La **RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN**, a mi representada **LUZ MARINA BOTIA FORERO**, teniendo en cuenta lo contemplado en la Ley 33 de 1985 artículo 1º y por lo tanto se liquide la pensión con el 75% con el promedio de los factores salariales devengados durante su último año de servicios conforme lo preceptúa, el Decreto Ley No. 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 artículo 1º, el artículo 14º de la Ley 100 de 1993, efectiva a partir del 1º de julio de 2013.
2. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se obligue a dar cumplimiento a la Sentencia, en los términos establecidos en el artículo 192 de C.P.C.A., igualmente se reconozca intereses de qué habla el art. 192 ibídem.
3. Como tales diferencias pensionales no han sido pagadas oportunamente por la Entidad demandada, solicito al Despacho se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, al pago de la **INDEXACION o CORRECCIÓN MONETARIA** que existe por haber transcurrido un tiempo a través del cual el valor que debería haberse cancelado no tiene en el momento de su pago el mismo valor intrínseco que tenía cuando debía ser solucionada dicha obligación, es decir, se efectúen los ajustes de valor de que trata el Art. 178 del C.C.A.

4. Que se **DISPONGA** el pago de las sumas de dinero debidas con cargo a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** en forma indexada, para lo cual la Entidad demandada deberá aplicar la siguiente formula, generalmente aceptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado.

$$R = \frac{RH \times \text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

5. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada."

ANTECEDENTES:

Narra la demanda en sus hechos que la señora Luz Marina Botia Forero, nació el 10 de Julio de 1956, cumpliendo los 55 años de edad, el 10 de Julio de 2011; advierte que laboró al servicio del Estado en el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", desde el día 23 de Enero de 1980 hasta el día 23 de Julio de 2013.

Refiere que al reunir los requisitos de ley le fue concedida pensión de vejez por parte de COLPENSIONES a través de la Resolución No. GNR- 155710 del 27 de Junio de 2013.

Sostiene que el día 21 de agosto de 2013, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, contra la resolución No. GNR-155710 del 27 de Junio de 2013, toda vez que no se tuvo en cuenta todos los conceptos que integran el salario, sobre el salario promedio devengado durante el último año de servicios conforme lo preceptúa, el Decreto Ley No. 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 artículo 1º, el artículo 14º de la Ley 100 de 1993.

Como respuesta a dichos recursos, COLPENSIONES profirió la Resolución No. 159932 del 7 de Mayo de 2014, confirmó la Resolución No. GNR- 155710 del 27 de Junio de 2013, en el sentido de negar la reliquidación de la pensión de jubilación.

Posteriormente aduce que a través de apoderada judicial impetra una nueva solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación el día 25 de Agosto de 2014, ante COLPENSIONES, con el fin de obtener el pago y reconocimiento de la pensión de jubilación con todos los conceptos que integran el salario, sobre el salario promedio devengado durante el último año de servicios conforme lo preceptúa, el Decreto Ley No. 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 artículo 1º, el artículo 14º de la Ley 100 de 1993; petición que al parecer no fue resuelta por la entidad requerida.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Manifiesta en este apartado la parte demandante, las siguientes consideraciones:

*"La señora **LUZ MARINA BOTIA FORERO**, según certificación expedida por el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS**, desde el día 23 de enero de 1980 hasta el día 23 de julio de 2013, se le descontó para riesgos de I.V.M. prima de antigüedad, Prima de Riesgo subsidio de transporte, prima de alimentación, bonificación por servicios prestados, prima semestral, prima vacacional, prima de navidad y bonificación especial, viáticos horas extras y demás conceptos que integran el salario, conforme al IPC certificado por el DANE.*

*Garantizando así La consagración del régimen de transición en el artículo 36 de la ley 100/ 1993, es respaldada (**justificación constitucional**) por la necesidad de la protección y garantía de **los principios constitucionales de los derechos adquiridos y el de favorabilidad en materia laboral** (arts. 53 y 58 de C.N., arts. 11 de las leyes 100/93 y la ley 33 de 1985 artículo 1º.*

No se puede aplicar el acto legislativo 01 de 2005, ni la ley 797 del 2003, por chocar abiertamente con los artículos 53 y 58 de la constitución política nacional, más aun cuando la causante para el 01 de abril del año 1994 acreditaba más de 750 semanas cotizadas y 35 años de edad, constituyéndose la aplicación del artículo 21 de la ley 100 de 1993, una clara violación del principio de la favorabilidad y los derechos adquiridos.

(...)

Bajo la anterior consideración, se aprecia que la Ley 33 de 1985, es el régimen general aplicable íntegramente a los empleados oficiales del orden nacional, por lo tanto es esta la normatividad aplicable al caso concreto.

(...)

***El decreto Ley No. 1045 de 1978, consagratorio de normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional**, con claridad señaló los **FACTORES SALARIALES** para el reconocimiento de la pensión de jubilación. De esta manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se continuó reconociendo pero sobre los **FACTORES** señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978*

(...)

(...)

Por lo anterior queda claro que para liquidar la pensión de jubilación según este régimen, se tiene en cuenta el porcentaje del setenta y cinco por ciento (75%) del

salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."

ACTUACIÓN PROCESAL

-. La demanda que dio origen al proceso contencioso administrativo fue presentada ante la Oficina de Apoyo de Servicios Judiciales de Yopal, el 22 de Diciembre de 2014, como consta a folio 1 del cuaderno principal.

-. Sometida a reparto el 19 de Enero de 2015 (fl. 70 c.1.), correspondió a este Juzgado y fue entregada en la Secretaría el 21 del mismo mes y año, para luego ser ingresada al Despacho para proveer el día 25 de Febrero de 2015 (fl. 71 c.1).

-. Mediante proveído del 17 de Abril de 2015 (fls. 72 y vto.) al considerar que se reunían los requisitos mínimos exigidos, se dispuso ADMITIR la demanda, ordenando las notificaciones y traslados de rigor conforme al CPACA.

-. Verificada la notificación personal (artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P.) del auto admisorio, se constata que "COLPENSIONES" procedió a **contestar la demanda** (fls. 90 a 101 c.1.), realizando pronunciamiento sobre los hechos de la misma, aludiendo que unos son ciertos, otro parcialmente y otro que no constituye como tal un hecho; seguidamente se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que la demandada cumplió con la normatividad vigente para el reconocimiento de la pensión de vejez de LUZ MARINA BOTIA FORERO, en consonancia con las siguientes acotaciones:

"Se precisa en principio, que para definir objetivamente la favorabilidad en cada caso es menester preestablecer los factores que se implican en cada método de liquidación, inherentes a los dos sistemas generales, es decir, tanto los que se aplican de conformidad con la Ley 33 de 1985 como los que deben observarse frente a las dos reglas de liquidación contenidas en el inciso 3º de la Ley 100 de 1993.

Del análisis jurisprudencial se observa al respecto, que para efectuar la liquidación pensional de los beneficiarios del régimen de transición bajo las reglas anteriormente mencionadas, se han tenido en cuenta constantemente la totalidad de sumas percibidas por el empleado como retribución por sus servicios, incluyendo dentro de dicho concepto prestaciones como la prima de navidad, la prima de vacaciones y de servicios, tesis que en el sub examine acogió el a quo al ordenar la liquidación pensional sobre todas las sumas devengadas por el actor en el último año de servicios.

Lo primero que se advierte al respecto es que por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los **factores salariales** definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador lo ha habilitado, como se evidencia en algunos regímenes especiales en los que se incluyen en la liquidación pensional la totalidad de sumas percibidas por el empleado en el último año de servicios.

Lo anterior, impone además distinguir el concepto de "factor salarial" del concepto amplio y general de "elemento salarial". Para tal efecto, se observará el planteamiento expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, bajo el análisis de constitucionalidad del numeral 3º del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, mediante el cual el Legislativo le concedió facultades extraordinarias al Ejecutivo para fijar el procedimiento, requisitos y criterios para la asignación de la prima técnica, "sin que constituya factor salarial".
(...)

De acuerdo con lo expuesto por las dos altas Cortes, se considera que no existe ningún precepto constitucional que impida al Legislador disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, es decir, sólo con algunos elementos salariales que constituirán factor de liquidación de una prestación determinada, facultad que le compete legítimamente en desarrollo de la Constitución.

Sin duda, no se puede pretender la utilización de este mecanismo legal (Nulidad y Restablecimiento del Derecho), para que a costa del desconocimiento del principio de la legalidad, se busque el reconocimiento y pago de erogaciones adicionales a las que se tiene derecho. **Admitir la tesis del accionante, será admitir que por encima de los postulados constitucionales y base pilar de nuestro ordenamiento se debe acceder a pretensiones sin sustento legal ni fáctico, pues estas obedecen a solicitudes meramente oportunistas del actor.** No se puede de ninguna manera acolitar la búsqueda de provecho alguno, distinto a lo expresamente señalado en la ley la doctrina y la jurisprudencia."

Otras actuaciones:

.- Auto fechado 28 de Agosto de 2015 (fls. 105 y vto. c.1.), mediante el cual se tuvo por contestada la demanda por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – "COLPENSIONES", se reconoció personería jurídica a su apoderado judicial y finalmente se convoca a las partes y al Ministerio Público a diligencia de *Audiencia Inicial*.

El día 22 de Enero de 2016 (fls. 108 a 110 c.1.), se realizó ***Audiencia Inicial*** en la cual se trató el tema de Saneamiento del Proceso, etapa dentro de la cual el Despacho adoptó la decisión de declarar probada oficiosamente la excepción denominada "*Ineptitud de la Demanda por Falta de Requisitos Formales*" (numeral 5º del art. 100 del C.G.P.), situación

prevista también como requisito de procedibilidad del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en el artículo 161 numeral 2º del CPACA, por la omisión en la interposición del recurso obligatorio en contra del acto administrativo cuestionado; en consecuencia de lo anterior, se declaró igualmente terminado el presente proceso; disposición que fue apelada por el apoderado de la parte actora,alzada que al reunir los requisitos legales fue concedido ante el H. Tribunal Administrativo de Casanare.

Por proveído del 29 de Abril de 2016 (fl. 113 c.1.), se dio cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Casanare, que en providencia del 29 de Marzo de 2016, revocó parcialmente la decisión adoptada por el Despacho en la Audiencia Inicial, que para una mayor claridad se citara textualmente, lo adoptado por el superior jerárquico, así:

"1º REVOCAR el auto proferido el 22 de enero de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal, por medio del cual de oficio declaró probada la excepción denominada "ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales" y terminado el proceso, por lo expuesto en la motivación.

En su lugar, se DISPONE:

1.1 DECLARAR probada la excepción de inepta demanda por omisión del requisito de procedibilidad de agotamiento de vía gubernativa en lo que atañe a las pretensiones contra la Resolución GNR 155710 de 2013 expedida por COLPENSIONES, las cuales quedarán excluidas del litigio a partir de ejecutoria de este auto.

1.2 ORDENAR la continuidad del proceso en cuanto concierna a las pretensiones relativas a la petición de reliquidación de la pensión reconocida mediante Resolución GNR 155710 de 2013 expedida por COLPENSIONES, introducida el 25 de agosto de 2014, así como al acto ficto desestimatorio de dicha solicitud. (Subraya y Negrilla del Despacho)

El día 4 de Agosto de 2016 se llevó a cabo la Reanudación de la **Audiencia Inicial** (fls. 116 a 119 c.1.), donde se trataron los siguientes temas: Saneamiento del proceso, procedencia de la conciliación, fijación del litigio, decreto de pruebas y fijación de fecha y hora para Audiencia de pruebas; seguidamente, se adoptó la decisión de prescindir de la Audiencia de Pruebas establecida en el artículo 181 del CPACA e igualmente acorde con la prerrogativa estatuida en el inciso final de la aludida norma, se ordenó a las partes presentar por

escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiendo a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

SÍNTESIS DE ALEGATOS:

De la parte actora: (fls. 122 - 128 c.1).

A través de apoderado judicial se hace presente en esta etapa procesal, manifestando que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, al encontrarse desvirtuada la presunción de legalidad del acto ficto demandado, señalando lo siguiente:

"Referente al acto ficto radicado el día 25 de agosto de 2015: *considero que el recurso se ajusta a las normas legales toda vez que no fue resuelto dentro del término de ley. Toda vez que la resolución No. GNR 436011 del 22 de diciembre de 2015, que ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación fue notificada el día 16 de enero de 2016, además no incluyó el total de los factores salariales conforme al decreto 1045 de 1978 artículo 45.*

Referente a la reliquidación de la pensión de jubilación: *Tal y como se señaló en la demanda inicial, es importante resaltar que la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, ha venido aceptando la aplicación de la Ley Laboral y de la Seguridad Social en forma **retrospectiva**, en virtud del principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, en armonía con los principios generales del derecho de justicia y de equidad, tal y como se expone a continuación:*

*Así las cosas, al demostrarse su condición de beneficiaria del Régimen de transición y al laborar por más de veinte años como funcionaria del DAS, como consta en las certificaciones que obran en el expediente, las normas aplicables al caso concreto son las establecidas ley 33 de 1985 y el decreto 1045 de 1978 **Ley 1933 de 1989.**, 1835 de 1994, y por tanto, para efectos de liquidar la pensión solicitada, se debe aplicar el 75% de los salarios devengados por el funcionario durante el año anterior al retiro. Como auxiliar de servicio.*

*Garantizando así La consagración del régimen de transición en el artículo 36 de la ley 100/1993, es respaldada (**justificación constitucional**) por la necesidad de la protección y garantía de **los principios constitucionales de los derechos adquiridos y el de favorabilidad en materia laboral** (arts. 53 y 58 de C.N., arts. 11 de las leyes 100/93 y la ley 33 de 1985 artículo 1º.*

No se puede aplicar el acto legislativo 01 de 2005, ley 797 del 2003, ni la sentencia 253 de la Honorable Corte Constitucional por chocar abiertamente con los artículos 53 y 58 de la constitución política nacional, más aun cuando la causante para el 01 de abril del año 1994 acreditaba más de 750 semanas cotizadas y 35 años de edad, constituyéndose la aplicación del artículo 21 de

la ley 100 de 1993, una clara violación del principio de la favorabilidad y los derechos adquiridos.

(...)

Así las cosas, con las sentencias traídas a colación, se tiene que es imposible desvertebrar el efecto de la causa, y por consiguiente no se puede afirmar, que el porcentaje corresponderá a un régimen especial y la base reguladora a lo señalado en la Ley 100 de 1993, ya que no puede haber exclusión de beneficios en el caso de regímenes especiales porque sí la norma señala varios aspectos beneficiosos, no se puede decir que unos se aplican y otros no, por lo tanto, dicho proceder afecta el **carácter inescindible de las normas** y viola los principios constitucionales como el de la **favorabilidad y la condición más beneficiosa**, lo cual afecta el **debido proceso**."

De la parte demandada - COLPENSIONES: (fls. 129 y 130).

Mediante apoderado judicial se allegan los respectivos alegatos de conclusión, precisando que de forma confusa dicho togado hace mención a actos administrativos de los cuales no se discute su legalidad en el presente proceso; sin embargo, del mencionado escrito se destaca del tema que nos compete, lo siguiente:

"(...) debe tener en cuenta el demandante que respecto de la liquidación de las pensiones que se encuentran en transición, la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, dispuso: A este respecto la Sala Plena encontró que la 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 ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, 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 referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición sólo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación" Conforme a lo expuesto, actualmente para efectuar la liquidación de las prestaciones que se encuentra en transición, se tomará en cuenta del régimen anterior la edad, el tiempo y el monto, entendido ése como la tasa de reemplazo, sin embargo para el cálculo del IBL, se tomará lo dispuesto en inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 de la Ley 100 de 1993."

El señor agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho, guardó silencio en esta importante etapa.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 ibídem), teniendo en cuenta que las excepciones denominadas de fondo o merito, son medios de defensa que buscan que el acto controvertido permanezca incólume en el ordenamiento jurídico, por lo cual en el decurso de esta providencia expresa o tácitamente se decantará al aspecto.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

Problema Jurídico planteado:

Acorde con los lineamientos trazados por el Tribunal Administrativo de Casanare¹, el presente litigio se ciñe a determinar si el acto administrativo ficto o presunto producto del silencio negativo de la administración, respecto del derecho petición radicado por la actora en COLPENSIONES el 25 de Agosto de 2014, se encuentra viciado de nulidad, en lo concerniente a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de VEJEZ otorgada a la ex servidora LUZ

¹ Proveído del 29 de Marzo de 2016, mediante el cual se revocó parcialmente lo decidido por este Despacho en Audiencia Inicial celebrada el 22 de Enero de 2016.

MARINA BOTÍA FORERO mediante la resolución No. GNR 155710 del 27 de junio de 2013 expedida por la entidad mencionada; o si por el contrario dicho acto administrativo se encuentra acorde con la normatividad vigente que regula dicha materia y procedimiento.

Probanzas arrimadas al expediente que constituyen la verdad procesal:

.- Copia de la Resolución No. GNR 155710 del 27 de Junio de 2013, expedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – “COLPENSIONES”-, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez a la señora LUZ MARINA BOTIA FORERO (fls. 18 al 20 c.1.).

.- Copia de la Resolución No. GNR 159932 del 7 de Mayo de 2014, expedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – “COLPENSIONES”-, por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución No. 155710 del 27 de Junio de 2013, incoado por la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO (fls. 22 al 24 c.1.).

.- Memorial con fecha de radicado 25 de Agosto de 2014 (consecutivo 2014-6918063), suscrito por el apoderado judicial de la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO (fls. 30 a 38 c.1.), mediante la cual solicita la reliquidación de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

.- Copia de certificación de fecha 19 de Mayo de 2014 (fl. 40 c.1.), expedida por el Subdirector de Talento Humano (E) del Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de Supresión, donde consta lo siguiente:

*“Que la señora **LUZ MARINA BOTIA FORERO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía Nro. **24.226.061**, laboró en esta entidad desde el **23 de enero de 1980 hasta el 23 de julio de 2013**, desempeñando como último cargo **AUXILIAR DE SERVICIOS 325-04**, asignado al Grupo de Trabajo Oriental con jurisdicción en Casanare, en calidad de **EMPLEADO PÚBLICO** mediante relación legal y reglamentaria de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2400/68; con una asignación mensual de **\$ 1.019.616,00**, (UN MILLON*

*DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS DIECISEIS PESO MCTE *****)*, Igualmente devengaba una Prima Especial de Riesgo del **15,00%**, sobre la Asignación Básica Mensual."

.- Copia del Formato No. 1 – Certificado de Información Laboral de fecha 19 de Mayo de 2014, expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" en Proceso de Supresión (fls. 41 c.1.), correspondiente a la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO, donde consta el periodo de vinculación laboral con dicha entidad comprendido desde el 23 de Enero de 1980 hasta el 27 de Julio de 2013; así mismo, se discrimina los periodos de aportes y las entidades o fondos a las cuales se realizaron, así: i) Del 23 de Enero de 1980 a 30 de Junio de 2009, se cotizó a CAJANAL E.I.C.E.; ii) Del 1º de Julio de 2009 al 30 de Septiembre de 2012, se cotizó al Instituto de Seguro Social; y iii) Del 1º de Octubre de 2012 al 23 de Julio de 2013, cotizó a la Administradora Colombiana de Pensiones – "COLPENSIONES".

.- Copia del Formato No. 2 – Certificación de Salario Base de fecha 19 de Mayo de 2014, expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" en Proceso de Supresión, correspondiente a la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO (fls. 42 c.1.).

.- Copia del Formato No. 3 (B) – Certificación de Salarios Mes a Mes de fecha 19 de Mayo de 2014, expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" en Proceso de Supresión (fls. 43 a 53 c.1.), correspondiente a la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO y donde consta los factores salariales sobre los cuales se cotizó o debió cotizar en los años 2003 a 2013, discriminados en meses.

.- Certificación salarial y prestacional de fecha 19 de Mayo de 2014, expedidos por el Subdirector de Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" en Proceso de Supresión (fls. 54 a 64 c.1.), correspondientes a la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO, donde obran los haberes causados por dicha funcionaria desde el 1º de Enero de 2003 hasta el 23 de Julio de 2013 (discriminados por meses).

.- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Marina Botia Forero (fl. 66 c.1.).

.- Se allega CD contentivo del expediente administrativo de la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO, aportado por el apoderado judicial de "COLPENSIONES" (fl. 102 c.1.).

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si la demandante tiene derecho a que la demandada le reliquide su pensión de vejez que reclama, con factores diferentes a los que incluyó en los actos administrativos acusados.

Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad del acto administrativo ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo configurado respecto de la petición de fecha 25 de Agosto de 2014, incoada por el apoderado judicial de la señora Luz Marina Botía Forero ante "COLPENSIONES" (por medio del cual solicita la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Luz Marina Botía Forero), en este sentido es preciso resaltar que la entidad demandada no desvirtuó la configuración del silencio administrativo negativo, es más tal y como lo discerniera el Tribunal Administrativo de Casanare al resolver un recurso de apelación dentro del presente proceso, destacó que revisado el expediente administrativo aportado por la entidad demandada, no se evidenció pronunciamiento alguno por parte de esa entidad, con posterioridad al 25 de Agosto de 2014, de lo cual se infiere que la aludida solicitud no fue resuelta; bajo dichos presupuestos, se dará por cierto la existencia del acto ficto y en consecuencia se continuará con el análisis de fondo del presente asunto.

Teniendo en cuenta que el motivo de inconformidad alegado por el demandante a lo largo de este proceso, versa sobre la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales

devengados el último año de servicios, se impone para este Estrado Judicial el estudio de las normas que gobiernan el reconocimiento y liquidación de esta prestación social, en este sentido es pertinente determinar con toda claridad cuál es el régimen aplicable al caso en concreto, ya que la entidad demandada dentro del acto de reconocimiento de la pensión de vejez de la accionante aplicó el régimen de prima media con prestación definida, descartando la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; mientras que la parte actora sostiene por el contrario que reunió todos los requisitos para hacerse acreedora a dicho régimen de transición.

Ahora bien, en aras de dirimir dicha controversia es preciso traer a colación lo normado en la mencionada Ley 100 de 1993, que en su artículo 36 señaló:

ARTICULO. 36.- 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. (Subraya y Negrilla del Despacho)*

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hicieren falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco

(35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARAGRAFO.- *Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."*

En aplicación a dicho postulado y teniendo en cuenta el acervo probatorio obrante en el expediente se destaca que la demandante a primero (1º) de Abril de 1994, efectivamente contaba con más 35 años de edad (fecha de nacimiento 10 de Julio de 1956), aunque no contaba con el tiempo de servicio exigido; sin embargo, la norma sólo exige el cumplimiento de alguno de los dos requisitos, razón más que suficiente para afirmar que la hoy demandante tiene todo el derecho a estar amparada por el régimen de transición ya aducido, con la prerrogativa de que se le aplicara el régimen anterior al cual se encontraba afiliada.

En este sentido, se procederá con el análisis pertinente respecto de la normatividad especial que regulaba el régimen pensional de la mencionada ciudadana.

Régimen prestacional de servidores del extinto "DAS"

El Departamento Administrativo de Seguridad "D.A.S" tenía un régimen de carrera especial previsto en los decretos 2146 y 2147 de 1989, que fueron expedidos con base en facultades extraordinarias que se le dio al Presidente de la República por medio de la ley 43 de 1988; por otro lado, el decreto 1047 de 1978, en concordancia con el decreto 1933 de 1989, establecieron un régimen especial en materia pensional para algunos de los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, tal como se verá a continuación:

El artículo 1º del decreto 1047 de 1978 señala:

"Los empleados públicos que ejerzan por veinte años continuos o discontinuos las funciones de dactiloscopista en el Departamento Administrativo de Seguridad, y que hayan aprobado el curso de formación de dactiloscopia impartido por el instituto correspondiente de dicho Departamento, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación cualquiera sea su edad."

A su vez, el artículo 1º del decreto 1933 de 1989 dispone:

"Norma General. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece." (Subraya del Despacho)

En este sentido el mencionado Decreto 1933 de 1989, en su artículo 10º y 18º establece:

"Artículo 10. Pensión de jubilación. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad."

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido, en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto Ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de Detectives en sus distintos grados y denominaciones.

(...)

Artículo 18. Factores para la Liquidación de Cesantía y Pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;
- e) El subsidio de alimentación;
- f) El auxilio de transporte;
- g) La prima de navidad;
- h) Los gastos de representación;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;
- j) La prima de vacaciones."

Por su parte el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 disponía:

"PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio."

En el año de 1985, con la expedición de la ley 33 que en su artículo 25, derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias, se conservó el porcentaje del valor pensional en el 75% del promedio del último año de servicios, pero se modificó la edad para otorgar las pensiones generales y los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, ya que ordenó que el monto de dicho porcentaje de la asignación se calcula sobre **"el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios"**. Sin embargo, esta normatividad exceptuó, en el inciso 2° de su artículo 1° a los empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Reza así el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985:

"... 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 aquéllos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones."

Con la expedición de la ley 62 de 1985 quedó incólume el artículo 1º de la ley 33 del mismo año, ya que dicha preceptiva sólo modificó el artículo 3º de esta última.

Por esta razón, desde ahora se deduce que las pretensiones de la demanda se declararán prósperas parcialmente, si se tiene en cuenta que la pensión mensual vitalicia de jubilación de la demandante debe liquidarse sobre todos los factores salariales devengados por la servidora el último año de servicios, contemplados en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989 transcrito anteriormente.

Precedentes sobre el régimen de pensiones del DAS

Sobre el tema, el Tribunal Administrativo de Casanare con ponencia del Magistrado Néstor Trujillo González se pronunció en sentencia del 8 de junio de 2006, Demandante: Corredor Patarroyo Joaquín, Demandado: CAJANAL, en donde en su parte sustancial, precisó:

"Salta a la vista que tanto los factores definidos en el Decreto 1933 de 1989, como el sistema de Ley 33 son diferentes al que consagró la Ley 100 de 1993 en el Art. 36; pues siguiendo la lectura de CAJANAL, la aplicación literal del precepto de transición llevaría a tomar en cuenta como ingreso base de liquidación el promedio de los devengados por el servidor público desde el 1º de abril de 1994 hasta cuando se produjo el retiro del servicio o se causó el derecho a la pensión, cuando ese lapso es inferior a 10 años, con las actualizaciones por variación del IPC allí dispuestas.

Las diferencias estriban tanto en el periodo de servicio a considerar, como en los emolumentos laborales incluidos como factores de liquidación. En lo último, es también nítida la distinción con los previstos en el Decreto 1933 de 1989, más favorable al trabajador (...)".

A pesar que con el paso de los años persistían algunas dudas respecto a los factores salariales que debían tenerse en cuenta a servidores del extinto DAS – en especial lo relacionado a la prima de riesgo, tema bastante álgido por la divergencia de criterios que se manejaban al respecto-, el máximo organismo de lo contencioso administrativo del país, Sección Segunda, con ponencia del Consejero GERARDO ARENAS MONSALVE, en sentencia del **1º de agosto de 2013**, en el radicado No. 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11), Actor: Héctor Enrique

Duque Blanco, Ddo: Cajanal, **UNIFICÓ** criterios sobre la materia que hoy nos ocupa, e ilustró:

"...

En efecto, la Sala reitera en esta oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales⁹, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991¹⁰ estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: "Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo¹¹".

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y

liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

...

Bajo este supuesto, y advirtiendo que según las certificaciones expedidas por el Grupo Administrativo, Financiero y de Talento Humano del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, visibles a folios 33 y 35 del expediente, el señor Héctor Enrique Duque Blanco en el último año de servicio devengó como factores salariales: "asignación básica; incremento por antigüedad; **prima especial de riesgo**; prima técnica; **prima especial de servicios** y navidad; bonificación por servicios; prima de vacaciones; prima de instalación y **prima de clima**.". , debe decirse que le asiste la razón a la parte demandante en cuanto afirma que tanto la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, como el Tribunal en la sentencia apelada omitieron incluir como factor salarial computable en el ingreso base de liquidación, IBL, de la prestación pensional que viene percibiendo: la prima de servicios, de clima y especial de riesgo, toda vez que, como quedó visto, si fueron devengadas por éste durante el último años en que prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

En consideración a las razones que anteceden, la Sala adicionará la sentencia apelada en el entendido de que el ingreso base de liquidación, IBL, de la prestación pensional que viene percibiendo el demandante deberá tener en cuenta como factores salariales **las primas de servicios, clima y especial de riesgo**, toda vez que como quedó probado éstas fueron devengadas por el demandante durante el último años en que prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. (fls. 33 y 35).

Finalmente, en cuanto al argumento de la parte demandada en relación con los aportes, la Sala de manera consistente ha sostenido que la liquidación de una prestación pensional debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes¹⁵.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹⁶, 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 las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

En relación con el término de prescripción de las diferencias a que hay lugar, producto de la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo el demandante, dirá la Sala que contrario lo afirmado por el Tribunal la petición formulada por el señor Héctor Enrique Duque Blanco, tendiente a obtener la reliquidación de su pensión de jubilación, fue radicada ante la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, el 9 de agosto de 2004, razón por la cual de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, hay lugar a decretar la prescripción sobre las diferencias originadas en la reliquidación ordenada en esta providencia, con anterioridad al 9 de agosto de 2001 (fl. 39)".

Así mismo, el Honorable Tribunal Administrativo de Casanare en reciente providencia² sobre un caso de similares características, señaló:

"4.- CASO CONCRETO

4.1.- *Quedo demostrado que la señora Alicia Flórez Ramírez a la entrada de la Ley 100 de 1993, tenía más de 35 años de edad, desempeñándose como auxiliar de servicios 325-06, razón por la que es destinataria del régimen de transición establecido en su artículo 36.*

Así las cosas, a la accionante debe aplicársele el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

4.2.- *En lo que tiene que ver con el IBL de la pensión objeto de estudio, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 25 de febrero de 2016, dentro de la radicación 25000234200020130154101 (4683-2013), con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, unificó su jurisprudencia al respecto, en los términos que a continuación se señalan:*

"I.- Sobre los factores de liquidación pensional y el ingreso base de liquidación de la pensión.

(...)

Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010³. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Álvaro Ardila, la Sala concluyó que se debe tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consecuencia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 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, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no ha sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

Tal ha sido la filosofía del legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 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 las cotizaciones. Máxima que implica, a partir del año 2005, que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como también lo ha señalado la Sala⁴.

² Sentencia del 12 de Agosto de 2016; M.P.: José Antonio Figueroa Burbano; dentro del medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, identificado bajo el radicado No. 85001-3333-002-2014-00268-00 (interno 2014-00219); siendo demandante la señora Alicia Flórez Ramírez y demandado la "UGPP".

³ "El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto en la referida sentencia considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores salariales contenidos en las leyes 33 y 62 de 1985 para el sector oficial. Pese a tal discrepancia, la Sección Segunda, en forma unánime, ha reconocido que la sentencia del 4 de Agosto de 2010 constituye sentencia de unificación jurisprudencial y en tal carácter la ha aplicado, tanto en sentencias de segunda instancia, como en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, al igual que en sentencia de tutela contra providencias judiciales.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 6 de noviembre de 2014, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Exp. No. Interno 3155-2013.

Así, el IBL está integrado por todos los factores salariales, esto es, los que constituyeron una retribución o contraprestación a la labor desempeñada por el empleado, devengados en el último año de prestación de servicios, esto es, desde el 1 de agosto de 2005 al 31 de julio de 2006, teniendo en cuenta que a la señora Flórez Ramírez fue retirada del servicio a partir del 1 de agosto de 2006.

4.3.- En lo que concierne a la prima de riesgo, creada por el Decreto 1933 de 1989, artículo 3, e incrementada al 35% en el Decreto 2646 de 1994, aunque aquella norma no contempla su inclusión como factor salarial, motivo por el cual inicialmente el Consejo de Estado negaba su cómputo para liquidar pensiones; posteriormente, en sentencia del 10 de noviembre de 2010, esa Corporación determinó que se debía liquidar la pensión con los salarios y primas de toda especie devengadas en el último año de servicio. Por lo tanto, debe incluirse la prima de riesgo como factor salarial para liquidar pensión.

(...)

4.4.- No hay sueldo por vacaciones, pues el sueldo es una contraprestación del trabajo que se realiza día a día; las vacaciones son una prestación social que consiste en el descanso remunerado que se da a un particular o a un servidor público cuando ha trabajado un año y excepcionalmente el mínimo de tiempo establecido por la ley para la concesión de este derecho; cuando una persona termina su relación laboral y se le adeudan vacaciones, a lo que tienen derecho es a que le compensen o indemnicen en dinero las mismas, pero esa indemnizaciones no son factor salarial para liquidar pensiones. Además, la ley no incluye sueldo por vacaciones como factor salarial para liquidar pensiones ni en el Decreto 1933 de 1989 ni en el Decreto 1045 de 1978; similar situación ocurre con la bonificación por recreación de que tratan el Decreto 451 de 1984, la Ley de 995 de 2005, el Decreto 404 de 2006 y el Decreto 1374 de 2010.

Por ende, no se incluirá las sumas correspondientes a sueldo por vacaciones, ni indemnización por vacaciones, ni bonificación por recreación como factores salariales para liquidar la pensión sub júdice.

En consecuencia, el salario base de liquidación de la pensión de la actora está constituido por el promedio de lo devengado por ella desde el 1 de agosto de 2005 hasta el 31 de junio de 2006, por los siguientes conceptos: asignación básica, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de riesgo, prima de clima, y la doceava parte de la prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios y prima de navidad.

(...)

5.- DESCUENTOS DE APORTES

5.1.- Acorde con la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, la pensión de los agentes de los empleados del DAS, entre otros, deben liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de prestación de servicio, con las precisiones que se hicieron en precedencia.

Este precedente judicial vertical es de obligatorio acatamiento según lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001.

5.2.- La Ley 100 en sus artículos 20, 25, siguientes y concordantes establecen unos porcentajes sobre el salario que deben ser cotizados obligatoriamente por el trabajador por concepto de pensiones y fondo de solidaridad pensional, si es del caso; parte corresponde pagarlos al empleador y parte al trabajador.

5.3.- Si bien es cierto que los factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de la demandante en esta sentencia deben incluirse como factores salariales para liquidar pensiones, correlativamente se deben cancelar los respectivos aportes, pero esa exigencia no se la podemos hacer por el monto total al trabajador, sino solo respecto de la cuota parte que le correspondía cubrir.

Por lo tanto, sobre los aportes que la UGPP podrá descontar a la señora Alicia Flórez debe precisarse además que:

- a) El periodo durante el cual deben descontarse esos aportes será por todo el tiempo en que se debían realizar cotizaciones, es decir, para el presente caso, durante el tiempo en que laboró como auxiliar de servicios del DAS.*
- b) No hay lugar a su prescripción porque la obligación de pagarlos solo surge con la ejecutoria de esta sentencia; porque el pago de los mismos es condición indispensable para que el actor tenga derecho a que se le incluya como factores para liquidar su pensión; y porque no ordenar el pago de esos aportes durante todo el tiempo en que debía hacerse la cotización iría en contra del principio de sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Nacional, ampliamente analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, entre otras.*
- c) Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el monto de aportes a descontar a la accionante será el porcentaje que a ella le corresponda según la norma vigente en el momento en que debía hacerse el descuento por concepto de aportes para pensiones; a partir de la vigencia de dicha ley, los descuentos serán los que corresponden al trabajador por concepto de aportes para pensiones y fondo de solidaridad pensional según los artículos 20, 25, siguientes y concordantes, y normas que los han modificado y adicionado. Esas órdenes no pueden extenderse al extinto DAS por sustracción de materia, ni a quien lo sucedió, pues no son parte en el proceso.*
- d) De la misma manera que las diferencias en las mesadas pensionales deben actualizarse acorde con las variaciones del IPC, también los aportes que debía hacer el trabajador y no hizo, se deben actualizar con base en la misma fórmula (...)*
(...)
- e) El monto de los aportes por descontar nunca podrá ser superior a las sumas por pagar por concepto de diferencia en las asignaciones pensionales de la accionante.*
- f) No se realiza la liquidación de los aportes por esta Corporación, sino que se deja ese poder - deber a cargo de la UGPP, porque ella debe contar con los documentos que acrediten el monto de lo cancelado, así como las bases sobre las cuales se hizo el pago y sobre las que debía realizarse.*

Conclusión al caso concreto:

La ciudadana LUZ MARINA BOTÍA FORERO es beneficiaria de este régimen especial (acorde con el régimen de transición establecido en el artículo 36 la Ley 100 de 1993, - nació el 10 de Julio de 1956) y prestó sus servicios personales al "DAS" en forma continua desde el 23 de Enero de 1980 al 23 de Julio de 2013 (fl. 41 c.1.), en el cargo de Auxiliar de Servicios 325-04, adquiriendo el status pensional el 10 de Julio de 2011 (al cumplir la edad requerida 55 años).

Liquidación pensional

Como el régimen especial de pensiones aplicable a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, no estableció el monto de la pensión de jubilación, por remisión expresa del artículo 1º del Decreto 1933 de 1989, se deberá acudir a las normas de carácter general.

La norma en mención preceptúa:

"Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1968, 1045 de 1978, 451 de 1984 artículo 3 y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece."

De conformidad con lo anterior la norma aplicable para determinar el monto de la pensión de la actora es el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, que prescribe:

"CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin."

Respecto de los factores salariales que deben incluirse en la liquidación pensional el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989 establece:

"Factores para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.*
- b) Los incrementos por antigüedad.*
- c) Bonificación por servicios prestados.*
- d) La prima de servicios.*
- e) El subsidio de alimentación.*
- f) El auxilio de transporte.*
- g) La prima de navidad.*
- h) Los gastos de representación*

- i) *Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio,*
j) *La prima de vacaciones."*

Ahora bien, en este punto en particular, es preciso aclarar que acorde con jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado del 1º de agosto de 2013 (citada atrás), se unificó el criterio de los factores a tener en cuenta y en especial de la prima de riesgo que se presentaba como la de mayor duda, quedando así zanjada cualquier inquietud al respecto y desvirtuando la presunta taxatividad de los factores salariales para conformar la base de liquidación de las pensiones de vejez de los funcionarios del DAS.

En este orden de ideas y retornando al caso *sub examine*, tenemos que conforme a la certificación expedida por el Subdirector de Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS" en Proceso de Supresión (fls. 63 y 64 c.1.), la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO devengó durante el último año en que se efectuó su retiro definitivo - periodo comprendido entre el 23 de Julio de 2012 al 23 de julio de 2013 (ver folio 40 c.1.), las siguientes prestaciones: **Asignación Básica; Subsidio de Alimentación; Auxilio de Transporte; Indemnización Vac. Din. Prop; Indemnización Días aplazados; Bonificación Servicios; Prima de Servicios; Prima de Navidad; Prima de Vacaciones; Factores Vacaciones; Prima de Clima; y Prima de Riesgo.**

Acorde con el acto administrativo contenido en la Resolución No. GNR 155710 del 27 de Junio de 2013 "*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez*" y la Resolución No. GNR 159932 del 7 de Mayo de 2014, "*Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución 155710 del 27 de junio de 2013, expedidas por "COLPENSIONES"*", se evidencia que aparentemente solo se tuvo en cuenta como factor: **La Asignación Básica.**

Ahora bien, acorde con los lineamientos jurisprudenciales trazados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se advierte que el listado contemplado en el artículo 18 del Decreto 1933 de 1989, no es de carácter taxativo sino enunciativo y por lo tanto, se debe entrar a estudiar cada factor en específico determinando si su naturaleza o carácter es habitual, periódico y que sea contraprestación directa de los servicios desempeñados por la ex funcionaria; en este sentido este Estrado Judicial destaca que las prestaciones denominadas: **Subsidio de Alimentación; Auxilio de Transporte; Bonificación Servicios; Prima de Servicios; Prima de Navidad; Prima de Vacaciones; Prima de Clima; y Prima de Riesgo**, reúnen todos los requisitos enunciados en precedencia, por lo cual se considera procedente la solicitud de reliquidación efectuada por la parte actora por tales factores; caso contrario sucede con los factores denominados **Indemnización Vac. Din. Prop. Indemnización Días aplazados, y Factores Vacaciones**, que deberán excluirse al no cumplir con los parámetros establecidos por los superiores jerárquicos.

En consecuencia de lo anterior, deberá declararse la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio negativo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES**, respecto del derecho de petición con fecha de radicado 25 de Agosto de 2014 (mediante el cual solicita la reliquidación de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último de prestación del servicio), radicado por el apoderado judicial de la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO; y en su lugar se ordenará a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES**, que reliquide y/o reajuste la pensión de vejez de la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO a partir del 10 de Julio de 2011 (fecha en que adquirió el status de pensionado al cumplir el requisito de la edad - 55 años), en cuantía equivalente al 75% de los factores devengados durante el último año de servicios (23 de Julio de 2012 al 23 de Julio de 2013), es decir, además de los ya reconocidos (Asignación Básica), los siguientes: **Subsidio de Alimentación; Auxilio de Transporte; Bonificación Servicios; Prima de Servicios;**

Prima de Navidad; Prima de Vacaciones; Prima de Clima; y Prima de Riesgo, conforme y en proporción a la periodicidad de cada factor; por las razones ya anotadas. Igualmente se dispondrá el pago de las diferencias pensionales no canceladas, derivadas de la reliquidación y/o reajuste ordenado.

Prescripción:

Conforme a las facultades otorgadas en el inciso segundo del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho encuentra que está demostrada la prescripción trienal (Decreto 1848 de 1969) del pago de algunas diferencias pensionales a que tenía derecho la demandante, si se tiene en cuenta que petición que dio origen al acto administrativo ficto o presunto fue radicado el **25 de Agosto de 2014** (fls. 30 al 38 del cuaderno principal); es decir, que a partir de esa fecha se debe tener en cuenta que interrumpió la prescripción sobre dicha prestación, pero no del **derecho que tiene al reajuste**, por tanto, se debe aplicar la prescripción trienal ya aludida (25 de Agosto de 2011), por derechos no reclamados a tiempo respecto al reajuste de mesadas, pero no del derecho al reajuste como tal.

Los reajustes pensionales. Teniendo en cuenta el valor de la mesada pensional inicial, la administración hará los reajustes de ley que correspondan, incluyendo en su liquidación como factores salariales adicionales a los ya reconocidos (Asignación Básica), los siguientes: Subsidio de Alimentación; Auxilio de Transporte; Bonificación Servicios; Prima de Servicios; Prima de Navidad; Prima de Vacaciones; Prima de Clima; y Prima de Riesgo, conforme a su periodicidad.

Las diferencias pensionales. Establecido el valor de las mesadas pensionales en los diferentes años (a partir del 10 de Julio de 2011 – fecha en que se hizo efectiva el reconocimiento de la pensión de vejez, al adquirir la accionante el status de pensionada por edad), se determinará, previa comparación con las

mesadas pagadas, el valor pensional no pagado a la parte actora en sus diferentes épocas, siendo procedente **exclusivamente** el pago de las diferencias pensionales, causadas con posterioridad al 25 de Agosto de 2011 (de conformidad con la prescripción trienal).

Ajuste al valor. El valor de las diferencias de mesadas pensionales adeudadas, conforme al punto anterior analizado, serán objeto del ajuste al valor, de establecer un monto superior, en los términos del Art. 187 del CPACA y dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$$

De donde:

Vp = Valor presente o actualizado

Vh = Valor histórico o la cifra que se actualiza

Ind. Final = el que se certifique a la fecha de la ejecutoria del fallo

Ind. Inicial = el existente al 25 de Agosto de 2011.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta. Por lo tanto, la entidad demandada deberá aplicar la fórmula dada, de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el más reciente una menor.

Intereses y Cumplimiento de la Sentencia. Se realizarán de acuerdo a las estipulaciones de los artículos 189 y 192 del CPACA.

Finalmente, como era obligación hacer los aportes necesarios por los factores que se irán a tener en cuenta de aquí en adelante, la entidad "COLPENSIONES" queda autorizada para hacer los cobros y/o descuentos respectivos para cubrir dichos aportes, acorde con los

estrictos parámetros establecidos por el H. Tribunal Administrativo de Casanare en sentencia del 12 de Agosto de 2016 (que se citó de forma expresa en esta providencia), el cual constituye precedente judicial para este Despacho Judicial.

Costas:

Respecto a su procedencia conforme a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en aplicación del arbitrio judicial, atendiendo precedentes del superior funcional y considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso y que presentó y sustentó su tesis jurídica de manera seria, no es legalmente dable la condena en costas.

Por lo anteriormente reseñado, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio negativo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"**, respecto del derecho de petición con fecha de radicado 25 de Agosto de 2014 (mediante el cual solicita la reliquidación de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último de prestación del servicio), radicado por el apoderado judicial de la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** reliquidar y/o reajustar la pensión de vejez de la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO, identificada con la cédula de ciudadanía 24.226.061 expedida en Aguazul (Casanare), a partir del 10 de Julio de 2011 (fecha en que adquirió el status de pensionado al cumplir el requisito de la edad – 55 años), en cuantía equivalente al 75% de los factores devengados el último año de prestación del servicio (comprendido del 23 de Julio de 2012 al 23 de Julio de 2013); incluyendo como partidas computables, además de las ya reconocidas (Asignación Básica), los siguientes: **Subsidio de Alimentación; Auxilio de Transporte; Bonificación Servicios; Prima de Servicios; Prima de Navidad; Prima de Vacaciones; Prima de Clima; y Prima de Riesgo**, conforme y en proporción a la periodicidad de cada factor; por las razones ya anotadas. Igualmente se dispondrá el pago de las diferencias pensionales no canceladas, derivadas de la reliquidación y/o reajuste ordenado, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Declarar la prescripción trienal de las diferencias pensionales (Decreto Reglamentario 1848 de 1969), derivadas de la reliquidación y/o reajuste de la pensión de vejez de la señora LUZ MARINA BOTÍA FORERO, que sean anteriores al 25 de Agosto de 2011.

CUARTO.- Autorizar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** para hacer los cobros y descuentos de los aportes pensionales insolutos si los hubiere, como se explicó en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término y reglas señaladas en los artículos 189 y 192 del CPACA.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

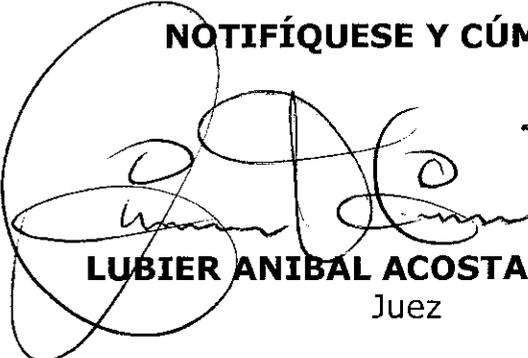
SÉPTIMO: No condenar en costas a la demandada.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, expídase primera copia con las constancias del Art. 114 del Código General del Proceso, al demandante o su apoderado que ha venido actuando en el proceso. Líbrense las demás comunicaciones de ley.

NOVENO: Ordenar la liquidación y devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

DÉCIMO: Verificado el cumplimiento de esta sentencia estimatoria conforme a los términos del artículo 298 del C.P.A.C.A., archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZALEZ
Juez