



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, veintinueve (29) de noviembre del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medio de Control **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **70001.33.33.005.2013.00115.00**
Demandante: **Alcira Simona Baleta Vergara**
Demandado: **Instituto de los Seguros Sociales – ISS “En liquidación”
y/o Administradora Colombiana de Pensiones–
COLPENSIONES.**

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formulada a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por la señora Alcira Simona Baleta Vergara mediante apoderado judicial, contra el Instituto de los Seguros Sociales – ISS “En liquidación” y/o la Administradora Colombiana de Pensiones– COLPENSIONES.

I. LA DEMANDA

A - PRETENSIONES

1- Que se declare la nulidad de la resolución N°.035983 del 25 de noviembre de 2010, modificada posteriormente para inclusión en nomina por la resolución No. 013478 de fecha 19 de abril de 2011, que le reconoció la pensión de vejez a la demandante señora ALCIRA SIMONA BALETA VERGARA.

2- Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, ocasionado por el silencio de la administración, al no dar contestación a la petición de fecha 5 de septiembre del 2011, recibida y radicada por la seccional - sucre del Instituto del Seguro Social el día 1º de marzo del 2012, a través del cual la señora ALCIRA SIMONA BALETA VERGARA, solicitó el reconocimiento y pago de la reliquidación con el IBL de la pensión de jubilación, de conformidad con la Ley 33 de 1985.

3- En consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se declare que a la demandante le asiste derecho a que el Instituto de los Seguro Sociales “En Liquidación” y/o la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones le reconozca la reliquidación de su pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, por estar cobijada bajo el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4- Que se condene a la entidad demandada para que sobre las mesadas adeudas a la demandante le paguen las sumas necesarias para hacer los ajuste de valor, conforme al índice de precio al consumidor o al por mayor.

5- Que se condene a la entidad demandada a reconocer y a pagar los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.; por ser beneficiario del régimen de transición, como también el pago de las diferencias retroactivas de mesadas pensionales; diferencias de mesadas adicionales, prima de junio y diciembre- de cada año, la indexación de las sumas de dineros que resulten adeudas; los ajustes legales debidamente indexados desde el mismo momento en que se le reconoció la pensión de vejez, es decir desde el día 22 de enero del 2010, de conformidad con las normas citadas.

6- Que se condene al Instituto de los Seguro Sociales “En Liquidación” y/o la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el nuevo C.P.A.C.A., y

de no hacerlo, pague a favor de la demandante intereses moratorios contados a partir de la ejecutoria del fallo.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Expresa la parte actora que la señora ALCIRA SIMONA BALETA VERGARA, prestó sus servicios personales en el departamento de Sucre, como Auxiliar Administrativo en la Institución Educativa San Antonio Abad por más de 20 años de servicio, durante el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1974 hasta el 31 de enero de 2010.

Que el Instituto de Seguros Sociales - ISS, mediante acto administrativo contenido en la resolución No.035983 de fecha 25 de noviembre de 2010, reconoció la pensión de vejez a la demandante dejando en suspenso su inclusión en nómina, la cual fue incluida mediante resolución No. 013478 de fecha 19 de abril de 2011, y que la liquidación de la misma se basó en 1.843 semanas con un ingreso base de liquidación de \$1.411.677.00 pesos, aplicándole una tasa del 79.13%.

Que dicha pensión de vejez le fue reconocida conforme al artículo 33 de la ley 100 /93; cuando lo correcto era que se tuviera en cuenta todos los factores salariales y el promedio devengado en el último año de servicios, toda vez que a la fecha que entro en vigencia la ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad y cumplía con más de 20 años de servicio a favor de una entidad pública, por lo que se encontraba bajo el régimen de transición pensional consagrado en la Ley 33 de 1985. Es decir el monto y el IBL, son los señalados en la Ley 33 y 62 de 1985, en virtud del principio de favorabilidad y progresividad del Sistema de Seguridad Social.

Que durante el año anterior que adquirió su status de pensionado, es decir 22 de enero del 2010, devengó factores salariales, tales como: Prima de Antigüedad, Bonificación por Servicios Prestados, Bonificación Especial por

Recreación, Prima de Servicio, Prima de vacaciones, Prima de navidad, devengando un promedio salarial en el último año de servicio en la suma de \$2.021.031.00, tal como consta en la certificación expedida por el ex empleador donde se detallan todos los factores salariales devengada por la demandante, valor que debió aplicársele una tasa de remplazo del 75% que nos daría una mesada inicial de \$1.515.774 en el año de 2010 así:

| | |
|--|--------------------|
| Factor fijo a enero del 2010 | \$1.622.755 |
| Factor Variable \$ 4.779.306/12 | \$398.276 |
| Promedio mensual | \$2.021.031 |
| \$2.021.031 x 75% | \$1.515.774 |

Que la mesada pensional inicial en el año 2010 debió ser de \$1.515.774, suma que debió ser reconocida por el ISS., y no la de \$1.117.060, resultando una diferencia de \$398.714, oo pesos desde la fecha que adquirió su status jurídico de pensionado es decir el día 22 de enero del 2010.

Que a través de derecho de petición de fecha 5 de septiembre del 2011 y fecha de radicado y recibido por la seccional Sucre el día 1° de marzo del 2012, la demandante solicitó a la entidad demandada, la reliquidación de su pensión, teniendo en cuenta para ello el promedio devengado durante el último año de servicio, y hasta la fecha la entidad demandada no ha dado contestación a la petición aludida, pasando el tiempo estipulado por ley (tres meses), quedando agotada la vía gubernativa, y por consiguiente, se configuró el silencio administrativo negativo.

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Artículos 2, 6, 13, 25, y 58.

Legales: Artículo 1° de la ley 33 de 1985; artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 38, 64, 65, 155, 156, 157, 161, 162, 163, 165, 166 y SS de la Ley 1437 de 2011, artículos 16, 21, 64, 65 del C.S.T. y S.S., y artículos 5°. 50., 74 y sus del C.P.L.

Así mismo, trae a colación las sentencias de la H. Corte Constitucional Su-120/2003; C-862/2003 Exp. D-6247; T-625/2004; y Sentencia del H. Consejo de Estado: de fecha 23 de marzo de 1989; 06 de septiembre de 1996 y Sentencia de fecha 0836 de 2008 radicación No. 25000-2325-0002003-07987-01 (0826/2008) Consejero Ponente Dr.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Expresa la parte actora en su concepto de violación que las personas que al 31 de marzo de 1994, fecha en la que entro en vigencia el sistema de la ley 100 de 1993, tuviesen treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad en el caso de los hombres o quince (15) o más años de servicio cotizados, conservaran la transición, es decir se registrarán por el régimen por el que hasta ese momento se regían, para el cual los requisitos y beneficios de pensión de vejez son diferentes al actual, articulo 36 de la ley 100 de 1993, por lo tanto se hizo necesario dividir los afiliados al ISS en grupos dependiendo el régimen.

De igual forma, trajo a colación las sentencias de la Sala de Laboral de la Corte de Casación de fechas 20 de abril de 1995, Exp: D-686, y 13 de mayo de 2003, Exp: 19137, en las cuales se exponen que la condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cual norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador, es a quién ha de aplicar o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de

favorabilidad se halla regulados en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de la fuentes formales de derecho”.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 28 de enero de 2013, notificado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público el día 27 de febrero de 2013, y a la entidad demandada el 9 de abril ibídem, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 40 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: Las entidades accionadas, el Instituto de los Seguros Sociales – ISS “En liquidación” y la Administradora Colombiana de Pensiones– COLPENSIONES, presentaron contestación de forma extemporánea, esto es el día 4 y 11 de julio de 2013, cuando la oportunidad legal pertinente feneció el día 2º del mismo mes y año.

C –AUDIENCIA INICIAL. – La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de fecha 24 de julio de 2013, celebrada el día 20 de agosto de 2013, a las 02: 300 PM, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas, tal como consta en la correspondiente acta visible a folios 113 al 119, y la respectiva grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 120 del expediente.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – Estando en audiencia inicial se decretaron las pruebas a practicar, por lo que se fijó el 16 de octubre de 2013, a las 10:30 AM, como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma fue celebrada en la fecha estipulada con el recaudo de las pruebas documentales decretadas, tal como consta en la correspondiente acta de registro visible a folio

133 al 139, y la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 171 del expediente.

E – ALEGACIONES. – Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones y Juzgamiento por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto dispuso que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 del C.P.A.C.A. Así, dentro del término concedido se alegó en los siguientes términos:

En esta oportunidad el apoderado de la parte actora hace un recuento de los hechos de la demanda, y reitera los argumentos expuestos en los fundamentos de derecho y concepto de violación.

Instituto de los Seguros Sociales – ISS “En liquidación”: manifiesta que no se condene al ISS, toda vez que en razón de la supresión del objeto social de la administración del régimen de prima media que antes venia administrando esta entidad y de la entrada en liquidación del mismo; le es imposible jurídicamente cumplir con los fallos de tutela; así el objeto de las acciones de tutela y demandas relacionadas con el tema de pensiones, se hace imposible cumplir, de acuerdo a lo normado en el decreto en los decretos 2011, 2012 y 2013 del 2012, que determinaron a Colpensiones como única encargada de emitir actos administrativos. De igual forma, manifestó que el Instituto de Seguro Social en liquidación, en cumplimiento de las disposiciones normativas enunciadas desde el 3 de octubre ibídem, procedió a realizar la efectiva entrega de toda la información a la nueva administradora del régimen de prima media Colpensiones.

Administradora Colombiana de Pensiones– COLPENSIONES: Indica que no se debe condenar a esta entidad, toda vez, que a la demandante mediante resolución No. 035983 del 25 de noviembre de 2010 se le reconoció y liquidado la pensión con una asignación pensional vitalicia del 75% teniendo en cuenta el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de

servicio, tal y como lo ordena el artículo 1° de la ley 33 de 1985, atendiendo lo ordenado por el artículo 3° de dicha ley que dispone que las pensiones de los empleados oficiales como en el caso de la demandante, siempre se liquidara sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Que el artículo 7° de la ley 71 de 1988, modificado por el Decreto 2709 de 1994, señala que tendrá derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad, si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo 20 años o más de cotización o aportes continuos o discontinuos en el ISS y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público, y que el artículo 8° del referido decreto que el monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación, y el valor de dicha pensión no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, ni superior a quince veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.

Que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha considerado que mal podría incluirse un factor que no se encuentra previsto en la ley y sobre el cual no se hicieron aportes, para liquidar la pensión de jubilación, excluyéndose de esta manera los factores salariales como prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, la bonificación por servicios prestados y los subsidios de alimentación y transporte.

Que debe tener en cuenta el despacho, que el demandante en ninguna parte del acápite de pretensiones de la demanda ni en su corrección posterior, indica expresamente cuales son los factores salariales, durante el último año de servicio con que se debe calcular la reliquidación del IBL de su pensión de vejez. Por lo que el Juez no puede decretar una petición que no ha sido hecha por el actor. A demás la norma en estudio no contempla la posibilidad de reliquidar la pensión teniendo en cuenta el último año de servicio, por lo que mal podría extenderse tal interpretación consagrada para otro régimen como lo es el de la ley 33 de 1985, al de la ley 71 de 1988 que es totalmente diferente.

De otro lado, el Ministerio Público no allegó concepto de fondo.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A. **EL PROBLEMA JURÍDICO.** –Consiste en determinar si la demandante señora Alcira Simona Baleta Vergara, tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y demás normas concordantes; o si por el contrario la reliquidación efectuada por la entidad demandada se ajusta a derecho.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: 1) Régimen aplicable en materia pensional, 2) Norma aplicable para la liquidación de pensión de vejez de servidores oficiales. 3) material probatorio, y, 4) El caso concreto.

1. Régimen aplicable en materia pensional.

La Ley 100 de 1993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1° de abril de 1994 para el orden nacional y hasta el 30 de junio de 1995 para el orden territorial, por haberlo establecido así el ordenamiento en su artículo 151, consigna en el artículo 36 el régimen de transición de la siguiente manera:

“Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuara 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 encuentran 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.

...

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubieren cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aún 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...”

De conformidad con la norma en cita, es claro que las personas que a la entrada en vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para adquirir la pensión vitalicia de vejez, se les debe aplicar el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, es decir, la norma anterior con fundamento en el principio de favorabilidad y el carácter irrenunciable de estos derechos.

La Ley 100 de 1993 en los artículo 36 y 11 inciso 2, concibe el régimen de transición aplicable a las personas que se encontraban cotizando o estaban próximos a la adquisición del derecho a la pensión a la fecha de entrada en vigencia de la ley y manda que los derechos y beneficios establecidos de acuerdo con normas precedentes, sean respetados y preservados.

De esta manera, el régimen de transición y, por tanto, la normatividad anterior resultan ajustables a las personas que el 1 de abril de 1994 acreditaran, o bien tener mínimo 35 años, en el caso de las mujeres o 40 en el de los hombres, o al menos 15 años de servicios o tiempo cotizado tanto para hombres como mujeres. Esto implica, pues, que de llenar dichas condiciones, el interesado está habilitado para reclamar el reconocimiento pensional conforme a normatividad previa a la Ley 100 de 1993, la cual es la Ley 33 de 1985, y su normativa concordante.

Así mismo, con respecto al régimen de transición, el Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, en sentencia de agosto 17 de 2011 M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren dentro del expediente 2008-00342-01, indicó:

*“...Al respecto debe entenderse que por ser de la esencia del régimen de transición, la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto [se refiere al inciso segundo] **opera de pleno derecho** para quienes se encuentren inmersos en el mismo y consolidan su status pensional, así para efectos del cálculo del **quantum** pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así, para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/93, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso tercero en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión...”*

2. Norma aplicable para la liquidación de pensión jubilación de servidores oficiales.

En la Ley 33 de 1985 se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público, en su artículo 1° dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas sobre los mismos factores que hubieren servido de base para calcular los aportes; al señalar 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.

En el artículo 3° de esa ley se enlistó los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, de la siguiente manera:

“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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- * Asignación básica
- * Gastos de representación
- * Prima técnica
- * Dominicales y feriados
- * Horas extras
- * Bonificación por servicios prestados
- * Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

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

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

“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 calcular los aportes”. (negrillas y subrayas del despacho).”

Respecto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión las decisiones no han sido unánimes, puesto que en veces se ha reconocido que los factores salariales a tener en cuenta son taxativos y son los dispuestos en la ley 62 de 1985¹, otras veces que es solo liquidable lo que hay sido objeto de aportes², y además se ha reconocido que dicha norma es enunciativa y en ese sentido se debe reconocer como computable todo lo devengado por el actor, sin importar que no estuviera descrito en dicha norma³.

Sin embargo, la sala Plena de la Sección Segunda⁴, en reciente jurisprudencia ha dejado por sentado que para la liquidación de la pensión de jubilación debe tomarse en cuenta todos los factores salariales, y no únicamente los que se encuentran establecidos en la ley 62 de 1985, e incluso en lo referente a la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, si bien no se encuentran en el listado del art. 3º de dicha ley, sí se encuentran establecidos en el decreto 1045 de 1978 como factores salariales para liquidar cesantías y pensión de jubilación, la cual a pesar de ser norma anterior teniendo en cuenta el carácter progresivo de las normas laborales y el principio de la primacía de la realidad, favorabilidad, entre otros, es preciso aplicarla; con el primero de ellos se deja establecido que las normas laborales aún posteriores no deben menoscabar las conquistas laborales a las cuales han llegado los trabajadores en este sentido, en plena concurrencia con el mandato de preferir los hechos sobre las formalidades, se acepta que a pesar de no estar descritas en la legislación posterior deben ser objeto de valoración e inclusión en la liquidación de la pensión de jubilación. Al respecto expresó la sentencia en cita del H. Consejo de Estado:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Paez Cristancho.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Florez Anibal.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509 01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA.

“Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

...

Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo

tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

...

*Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.⁵”

En ese orden, al encontrarse cobijado en el régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, se da la aplicación de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado⁶, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esta misma corporación⁷, consistente en que se deberá incluir todo los factores salariales devengados durante el último año de

⁵ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

⁶ Sección Segunda. Sentencia del 10 de agosto de 2010 MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y Subsección A, Sentencia del 17 de agosto de 2011 M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷ consejo de estado. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 16 de febrero de 2012. C.p. Dr. William Zambrano Cetina y sección segunda C.P Víctor Alvarado Ardila.

servicios, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular. Observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación de servicios.

C. MATERIAL PROBATORIO.- Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

1. Resolución N°35983 del 25 de noviembre de 2010, por medio del cual el Seguro Social resuelve una solicitud de prestación económica en el Sistema General de Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida; y se le reconoció la pensión mensual de vejez a la demandante señora Alcira Simona Baleta Vergara. (Folios 10 al 15, y 137 al 146).

2. Resolución N° 013478 del 19 de abril de 2011, a través del cual se ingresa en nomina una prestación en el Sistema General de Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. (Folios 16 al 17, y 144 al 145)

3. Certificado de tiempos de servicios de fecha 15 de agosto de 2012, en donde consta que la demandante laboró en la institución Educativa San Benito Abad desde el 31 de mayo de 1974 hasta el 1° de febrero de 2010, suscrito por el Líder de Programación de la Gobernación de Sucre. (Folio 20).

4. Certificados de los factores salariales devengado por la actora durante los años de 2009 y 2010, suscrito por el Líder de Programación de la Gobernación de Sucre. (Folios 21, y 1-2 del cuaderno de Pruebas No. 1).

5. Expediente administrativo de la señora Alcira Simona Baleta Vergara. (Folios 137 al 170).

6. Solicitud de reliquidación de pensión de vejez de fecha 5 de septiembre de 2011, elevada por la actora ante el Instituto del Seguro Social ISS, Rad. el 1° de marzo de 2012. (Folios 24 al 26).

D- CASO CONCRETO – En el sub.lite se pretende la nulidad de la resolución N°.035983 del 25 de noviembre de 2010, modificada posteriormente para inclusión en nomina por la resolución No. 013478 de fecha 19 de abril de 2011, que le reconoció la pensión de vejez a la demandante, señora Alcira Simona Baleta Vergara, y la nulidad del acto ficto o presunto, surgido del silencio de la administración, al no dar contestación a la petición de fecha 5 de septiembre del 2011, recibida y radicada por la seccional - sucre del Instituto del Seguro Social, el día 1° de marzo del 2012, a través del cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la reliquidación con de la pensión, de conformidad con la Ley 33 de 1985.

El presente asunto se resolverá aplicando los preceptos legales, y siguiendo los criterios Jurisprudenciales citados en la parte normativa de esta providencia. Así que para determinar si a la demandante le asiste el derecho a obtener la reliquidación de su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, de conformidad con la Ley 33 de 1985, y sus normas reglamentarias, se estudiará de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente el régimen pensional que le corresponde a la misma.

En ese orden, en el expediente aparece acreditado que la señora Alcira Simona Baleta Vergara obtuvo el reconocimiento de su pensión de vejez a través de resolución N°35983 del 25 de noviembre de 2010, tal como se constata a folios 10 al 14 del expediente. En este acto administrativo se señaló expresamente:

*“ Que la asegurada **Alcira Simona Baleta Vergara** es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por consiguiente el*

reconocimiento de la pensión es viable teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicio y el monto que en el régimen anterior a la vigencia del Sistema General de Pensiones le era aplicable.

*Que en virtud a lo manifestado anteriormente, se reconocerá la prestación solicitada por la asegurada **Alcira Simona Baleta Vergara**, conforme a la normativa contemplada en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, que exige para acceder a la pensión de jubilación acreditar 55 o más años de edad en el caso de hombres y 20 o más años de servicios exclusivos al Estado y un 75% como monto de la pensión, al acreditar 1.843 semanas al servicio del Estado.*

*Que en virtud del principio de favorabilidad la normativa aplicable para el reconocimiento de la solicitud de prestación económica por vejez de la asegurada **Alcira Simona Baleta Vergara**, es la prevista en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, (...).*

*Que la asegurada **Alcira Simona Baleta Vergara**, reúne los requisitos exigidos en el artículo 33 de ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, al acreditar un total de 1.843 semanas al año 2010, por tanto es procedente su reconocimiento.*

(...)

*Que la liquidación para el reconocimiento de la pensión de vejez de la asegurada **Alcira Simona Baleta Vergara**, obedeció al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los diez años (10) anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizando anualmente con el índice de precio al consumidor certificado por el Departamento Nacional de Estadísticas – DANE, arrojando un ingreso base de liquidación de \$1.411.677.00 al cual se le aplico un porcentaje del 79.13% dando un quantum inicial mensual de pensión de \$ 1.117.060.00.*

Qué bien vale poner de presente que los factores salariales para liquidar las pensiones están establecidos en el Decreto 1158 de 1994, el cual en su artículo 1° a la letra dispone: “El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica, cuando sea factor de salario; d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario. e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; g) La bonificación por servicios prestados.” De la misma manera, resulta oportuno tener en cuenta que la prestación que será reconocida, fue liquidada, teniendo en cuenta las normas anteriormente citadas.

Luego, mediante resolución No. 013478 del 19 de abril de 2011 la entidad demandada, en vista de que la resolución antes citada dejó en suspenso el ingreso en nomina de la prestación de la tutelante, hasta tanto acreditara en

debida forma el retiro del servicio, y la consecuente desafiliación del Sistema General de Pensiones, procedió a ingresarla en la nomina de pensionados.

De igual forma, se constató que la demandante a través de apoderado judicial, mediante petición elevada ante el Instituto del Seguro Social ISS, de fecha 5 de septiembre de 2011, solicitó la reliquidación de pensión de vejez, recibida y radicada por la seccional - sucre del ISS, el día 1° de marzo del 2012, la cual hasta la presentación del presente medió de control no ha sido resuelta por parte de la administración. (Folios 20 y 21).

De conformidad con el acervo probatorio, se vislumbra que la actora alcanzó su status pensional el día 28 de septiembre de 2009, por edad, y que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994), superaba los 35 años de edad⁸, y tenía más de 15 años de servicio,⁹ En atención a ésta circunstancia se considera que a ella le es aplicable la normatividad que regía con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del nuevo estatuto pensional, es decir el establecido en la Ley 33 de 1985. Tal conclusión se ratifica con el contenido de la resolución No. 35983 del 25 de noviembre de 2010, en la cual la entidad demandada corrobora que es beneficiaria del régimen de transición.

Establecido con certeza el régimen jurídico pensional aplicable a la demandante, y teniendo en cuenta el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 la liquidación de la pensión se debe hacer sobre el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, con los factores salariales efectivamente cancelados de los descritos en el artículo 45 del Decreto 1045 y la Ley 33 de 1985.

Pues bien, en el asunto aparece acreditado que la señora Alcira Simona Baleta Vergara, recibió su estatus pensional el día 28 de septiembre de 2009, folio 16 del expediente, por lo tanto el último año efectivo de servicio es el período comprendido entre el 28 de septiembre 2008 hasta el 28 de septiembre de 2009, y los factores salariales a tener en cuenta son los señalados en los

⁸ Pues para la fecha tenía 39 años de edad, ver folio 18 y 164 del expediente.

⁹ A la entrada en vigencia de la ley 100/93 tenía 19 años de servicio. Ver folio 20 del expediente.

certificados allegados al proceso que correspondan a dichos períodos, y que por supuesto no hayan sido incluidos en la resolución N°35983 del 25 de noviembre de 2010 que le reconoció la pensión de jubilación.

Ahora, como lo ha reiterado nuestro alto tribunal¹⁰ para la liquidación de la pensión de vejez, por principio general, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios. En razón a ello, y a las normas estudiadas el monto pensional debe reliquidarse con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

De suerte que, se observa a folios 1 al 2 del cuaderno de pruebas No. 1° certificado de los factores salariales devengados en el último año de servicio por la actora, (28 de septiembre 2008 hasta el 28 de septiembre de 2009) corregir, en el cual se indican las prestaciones sociales recibidas, a saber: prima de antigüedad, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, bonificación especial por recreación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad.

Por lo anterior, se concluye que a la demandante señora Matilde Pinillo Herrera le asiste el derecho de reliquidar su pensión mensual vitalicia de vejez, por las razones arriba contempladas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 33 de 1985, y sus normas concordantes.

Ahora, como la demandante solicitó la reliquidación de su pensión el día 1° de marzo de 2012, sobre la cual la administración guardo silencio, folio 24 del expediente, y el derecho pensional le fue reconocido el día 25 de noviembre de 2010, con efectividad a partir del 2 de febrero de 2010, e interpuso la demanda el día 7 de diciembre ibídem, se concluye que en el presente caso no existen mesadas prescritas. Por tanto la entidad demandada reajustará las mesadas

¹⁰ Sección Segunda - Subsección "A", sentencia de fecha 7 de julio de 2005, C.P. Alberto Arango Mantilla, rad. No. 25000-23-25-000-2000-00070-01(2100-04).

pensionales con efectos fiscales desde el día en que se hicieron efectivas, esto es 2 de febrero de 2010.

En ese orden de ideas, las diferencias a pagar, que será de las sumas resultantes -que deben pagarse- se deben descontar las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas para determinar las "sumas insolutas" a favor de la parte actora. Y la suma diferencial que resulte insoluta deberá ser ajustada al valor, en los términos del Art. 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado.

$$R = RH X \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la Parte Actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. 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 otro lado, atendiendo a las circulares allegadas por el ISS "En liquidación" y los expuesto en los alegatos, en la que pone de presente la imposibilidad del Instituto de Seguro Social en razón de la supresión del objeto social en la administración del régimen de prima media que antes venia administrando esa entidad, y de la entrada en liquidación del mismo, en virtud de los decretos 2011, 2012 y 2013, expedidos el 28 de septiembre de 2012, que disponen reglamentar la entrada en operaciones de la administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, y suprimir el objeto social del Instituto de

Seguro Social, la dirección, la administración, vigilancia y prestación de servicios en materia de la administración del régimen de prima media con prestación definida, el despacho aplicará la figura de la sucesión procesal establecida en el inciso 2º del artículo 60 del CPC, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, establece que: “Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.”

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 10 de septiembre de 2010, rad. No. 08001-23-31-000-2005-02304-01(1230-09), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expresó:

“La sucesión procesal es una figura contemplada en el artículo 60 del C.P.C aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., que permite la alteración de las personas que integran la parte, trátase de una persona natural o jurídica. La consecuencia del mismo, es permitir que otros sujetos procesales sustituyan a la persona fallecida o a la entidad jurídicamente inexistente. La doctrina, no la ha considerado como una intervención de terceros. AZULA CAMACHO-, la describe como una crisis, que consiste exclusivamente en el cambio de personas que integran cualquiera de las partes y, por tanto, es factible que afecte al demandante o al demandado o, incluso, a un tercero interviniente. El sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. La sucesión procesal entonces, no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, que, por tanto, continua igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado.”

En ese orden de ideas, al estar demostrada en el proceso la inexistencia jurídica de Instituto de Seguro Social- ISS “En liquidación”, y radicarse sus obligaciones en la administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto los decretos 2011, 2012 y 2013, expedidos el 28 de septiembre de 2012, el despacho tendrá para los efectos de este proceso de ahora en adelante, en calidad de sucesora procesal, a esta última entidad.

COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 392 numeral 1° del CPC, se condenará a la parte demandada, la administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, al pago de las costas, en atención a la negativa total de sus pretensiones.

En consecuencia, en aplicación del Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y atendiendo los criterios fijados en el artículo 3.1.2 del mismo acuerdo, se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente al 1% del valor de las pretensiones (\$ 18.053.928, fol. 5) teniendo en cuenta la duración actual del proceso que inició el 28 de enero de 2012, lo que equivale a la suma de CIENTO OCHENTA MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS (\$180.539,28).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar la ocurrencia del silencio administrativo negativo al no dar respuesta la entidad demandada a la petición de fecha 01 de marzo de 2012, mediante la cual negó la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Alcira Simona Valeta Vergara, identificada con CC No. 23.028.899.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 035983 del 25 de noviembre de 2010, modificada posteriormente para inclusión en nomina por la resolución No. 013478 de fecha 19 de abril de 2011, que le reconoció la pensión de vejez a la demandante señora ALCIRA SIMONA BALETA VERGARA.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, ordenar a la la administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, reliquidar la Pensión Mensual Vitalicia de Vejez, reconocida a la señora Alcira Simona Valeta Vergara, identificada con CC No. 23.028.899, Resolución No. 035983 del 25 de noviembre de 2010, incluyendo los siguientes factores salariales: prima de antigüedad, prima de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, bonificación especial por recreación, prima de servicio, prima de vacaciones, prima de navidad.

CUARTO: Condenar a la administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES”, a pagar a la señora Alcira Simona Valeta Vergara, identificada con CC No. 23.028.899, las diferencias de las mesadas pensionales entre los valores reconocidos en la Resolución No. 035983 del 25 de noviembre de 2010, y los que resulten de la reliquidación, con los ajustes de ley o intereses que correspondan, de acuerdo a la formula indicada en la parte motiva de esta providencia, y a las precisiones anotadas en la misma.

QUINTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Condénese en costas a la parte vencida, administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES”, en la suma de ciento ochenta mil quinientos treinta y nueve pesos con veintiocho centavos (\$180.539,28), de conformidad con la motivación; y ordénese por secretaria la liquidación de las mismas y las respectivas agencias en derecho, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, tal como lo estipula el artículo 188 del CPACA.

SÉPTIMO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso,

efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza