

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD
DE TUNJA**

Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

Tunja, catorce (14) de enero de dos mil quince (2015).-

Radicación No. 15001-33-33-007-2013-00224-00
Demandante: GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA
Demandado: COLPENSIONES
Controversia: RELIQUIDACION PENSION

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Entra al despacho el proceso de la referencia, con el objeto de que se dicte sentencia de fondo, en consecuencia el Despacho, en presencia de los presupuestos procesales y en ausencia de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, así procederá.

I.- DECLARACIONES Y CONDENAS

El Ciudadano **GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA**, actuando por intermedio de apoderado judicial, ejerce medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, con el siguiente petitum:

DECLARACIONES Y CONDENAS

"PRIMERA: *Que se declare la existencia del silencio administrativo negativo respecto del recurso de reposición y en subsidio de apelación radicado el 2 de febrero de 2012.*

SEGUNDA: *Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 047248 del 14 de diciembre de 2011 a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación al señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPUIA, al no haber tenido en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio para la liquidación de la pensión.*

TERCERA: *Que se declare la Nulidad del acto ficto a través del cual se negaron los recursos reposición y en subsidio de apelación radicado el 2 de febrero de 2012.*

CUARTA: Que a título de restablecimiento del derecho se declare que el señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA tiene derecho a que se liquide la pensión de jubilación a partir de la fecha en que se produjo su retiro del servicio de conformidad con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

QUINTA: Producto de la anterior declaración, se ordene con cargo a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES el reconocimiento, liquidación y pago de:

1°. La pensión de jubilación reconocida al señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA, en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio **a partir** de la fecha en que se **produjo** su retiro del servicio.

2°. Se condene a COLPENSIONES a pagar la diferencia que salga a favor del demandante, con retroactividad a la fecha en que se produzca su retiro del servicio.

3°. Se paguen las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo establecido por los artículos 187 y 193 del CPACA.

4°. De no darse cumplimiento a la sentencia condenatoria dentro del término previsto por el numeral 2 del artículo 192 del CPACA, se condene también al pago de los intereses moratorios después de ese término, conforme lo ordena el inciso 3° del mismo artículo y el numeral 4° del artículo 195 *Ibidem*.

SEXTA: Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada de conformidad con el artículo 188 del CPACA."

Las anteriores peticiones tienen como fundamento los siguientes,

II. HECHOS

1.- Señala que el señor **GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA** cuenta con más de 55 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 6 de marzo de 1955.

2.- Indica que ha prestado sus servicios en el Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia desde el 1 de agosto de 1978 a la fecha, esto es decir por más de 30 años.

3.- Que el actor para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicio, motivo por el que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4.- Aduce que por haber laborado por más de 20 años y tener más de 55 años de edad, tiene derecho a que su pensión de jubilación sea liquidada con el 75% de lo devengado en el último año de servicio.

5.- Afirma que mediante Resolución No. 047248 del 14 de diciembre de 2011 le fue reconocida al señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA, la pensión de jubilación en cuantía de \$819.116,00, con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, con los factores salariales

enlistados en el Decreto 1158 de 1994, dejando en suspenso el ingreso a nómina hasta tanto se acreditara el retiro como servidor público.

6.- Dijo que inconforme con la decisión tomada en la Resolución No. 047248 del 14 de diciembre de 2011, a través de apoderado el 2 de febrero de 2012 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, solicitando la liquidación de la pensión de jubilación con todos los factores devengados en el último año de servicio.

7.- Sostiene que a la fecha no ha sido resuelto el recurso de reposición y en subsidio apelación del 2 de febrero de 2013, en la medida que no se ha notificado personalmente la respuesta, estructurándose el silencio administrativo negativo.

III. NORMAS VIOLADAS

Invoca como normas vulneradas, las siguientes:

- **CONSTITUCIONALES.**

Artículos 1, 2, 13, 48, 53 y 58.

- **LEGALES.**

Ley 33 de 1985 artículo 1.

Ley 62 de 1985 artículo 1.

Ley 100 de 1993 artículos 36, 288 y demás normas concordantes.

IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se resume el concepto de violación, en los siguientes argumentos:

-Afirma que la pensión de jubilación es catalogada como una prestación otorgada a los empleados que cumplen diferentes requisitos exigidos en la ley tales como tiempo de servicios y edad.

-Señala que el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 creo la pensión vitalicia de jubilación a favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran cincuenta años de edad y veinte de servicio; posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, varió la edad de jubilación de los varones y la estableció en cincuenta y cinco años, norma que cobijó exclusivamente a los empleados del orden nacional.

-Manifiesta que el monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, la cual modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945.

-Sostuvo que en relación con los factores salariales para liquidar la pensión, se expidió el Decreto Ley 1045 de 1978, el cual dispuso los

siguientes factores; asignación básica mensual, gastos de representación y prima técnica, dominicales y feriados, horas extras, auxilios de alimentación y transporte, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, viáticos, incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978, prima de vacaciones, trabajo suplementario y realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

-Añadió que por disposición del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 se equiparó la edad de hombres y mujeres para acceder a la pensión de jubilación de los empleados oficiales de todos los niveles y citó Jurisprudencia del Consejo de Estado¹, para concluir que quedaron exceptuados de esta regla los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran dicha exclusión y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, entre ellos los empleados oficiales (del orden nacional y territorial), que al 13 de febrero de 1985, hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales de continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación anteriores.

-Indicó que el señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA al 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicio, razón por la cual tiene derecho a que su pensión sea reconocida y liquidada de acuerdo con las Leyes 33 y 62 de 1985.

-Adujo que teniendo en cuenta que para liquidar la mesada al actor le es aplicable el régimen de pensiones establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, es preciso anotar que la primera estableció la edad de pensión en 55 años de edad, con un monto del 75% del promedio salarial devengado en el último año de servicios y que por su parte la Ley 62 de 1985, señaló como factores salariales a tener en cuenta de conformidad con el artículo 1 inciso 1:

"(...) 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."

-Señalo que en lo relacionado a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, se han presentado

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. : Gustavo Gómez Aranguren, sentencia de 28 de enero de 2010, radicado: 68001-23-15-000-2001-03260-01(0688-09)

criterios diferentes en el Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B de la Sección Segunda, sin embargo, en Sala Plena la Sección Segunda en proveído de 4 de agosto de 2010, logró unificar su posición, llegando a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

-Sostuvo que al momento de liquidar las pensiones de los servidores públicos se deben 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, a más de aquellos que reciba el empleado cuya denominación difiera de los enunciados, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio.

-Añadió que existen prestaciones sociales a las cuales el legislador les dio dicha connotación, este es el caso de las primas de navidad y de vacaciones, las cuales a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos liquidatorios de pensiones y cesantías, tal como lo dispuso el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el cual si bien no es aplicable al sub lite, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que deben incluirse al momento de efectuar el reconocimiento pensional.

-Manifiesta que en el asunto bajo estudio se acreditó que el ISS liquidó de manera errada la pensión del señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, con los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, toda vez que la misma se debió liquidar con el 75% del promedio de las asignaciones devengadas durante el último año de servicio público, incluyendo todos los factores que constituyen salario.

-Considera que COLPENSIONES debe reliquidar la pensión de jubilación del actor, incluyendo los emolumentos laborales de sueldo, sueldo adicional encargo, prima técnica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, en cuantía del 75% del promedio de dichos valores devengados en el año anterior de servicio público.

-Finalmente dijo que COLPENSIONES deberá pagar las diferencias entre el valor efectivamente cancelado y las sumas que debía reconocer de las mesadas pensionales al señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA, con efectividad a partir de la fecha en que se produzca su retiro del servicio público.

V. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 16 de octubre de 2013²; mediante auto de fecha 31 de Octubre de 2013 (fls. 46 a 48) se procedió a su admisión.
2. Según constancia secretarial visible a folio 57 el término de traslado de la demanda venció el veintiuno (21) de marzo de dos mil catorce (2014), lapso dentro del cual la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", guardó silencio.
3. El dieciséis (16) de mayo de dos mil catorce (2014), se llevó cabo audiencia inicial la cual se desarrolló de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, llegando el proceso hasta la etapa probatoria (fls. 64-67), teniéndose como tales las documentales aportadas con la demanda y se decretaron las documentales solicitadas por la parte demandante.
4. A través de audiencia de pruebas de fecha diez (10) de julio de dos mil catorce (2014) visible a folios 74 a 76 y vto y ante la falta de incorporación de la prueba decretada, se dispuso la suspensión de la audiencia con el fin de recaudar la misma.
5. El veinticinco (25) de agosto de la presente calenda se llevó a cabo audiencia de reanudación de pruebas, en la cual no fue posible la incorporación de la prueba decretada; se aceptó el desistimiento de la misma presentada por el apoderado de la parte demandante; se dispuso dar apertura al trámite incidental de desacato en contra de la Administradora de Pensiones "COLPENSIONES y se declaró precluída la etapa probatoria, así mismo y de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, se ordenó la presentación de alegatos por escrito, dentro de los diez días siguientes a la realización de dicha audiencia (fls. 82 a 84 y vto).
5. Posteriormente a folios 86 a 88 del plenario, obra escrito de alegatos de conclusión presentado por el apoderado de la parte demandante y a folios 89 a 95 el concepto rendido por el Agente del Ministerio Público. Por su parte, la entidad accionada guardó silencio.
6. Finalmente el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION

1. PARTE DEMANDANTE (fls. 86-88)

- El apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos presentados en el libelo demandatorio.

² Folios 8 y vto y 44.

- Sostuvo que a la fecha 1 de abril de 1994 el actor contaba con más de 15 años de servicio, motivo por el cual es claro que su pensión de jubilación debe ser reconocida y pagada de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985.
- Manifestó que la pensión de jubilación del señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA, debe ser reconocida en cuantía del 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de a partir de la fecha en que se produzca su retiro del servicio de conformidad con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

2. MINISTERIO PUBLICO (fls. 89-95)

El Agente del Ministerio Público realiza un recuento de los hechos, de la tesis de la parte demandante, de los fundamentos jurídicos de las pretensiones y al descender al caso bajo estudio efectúa un análisis del material probatorio obrante en el proceso y de la normatividad aplicable más exactamente lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 artículo 36, Ley 33 de 1985 artículos 1 y 3, Ley 62 de 1985 artículo 1, así como en la Jurisprudencia³, para concluir lo siguiente:

- El sistema integral de seguridad social se rige por la Ley 100 de 1993, la cual establece un régimen de transición en su artículo 36 en materia pensional que permite a un determinado grupo de personas acceder a la pensión con aplicabilidad de las normas anteriores a la vigencia de este precepto legal.
- Los pensionados sujetos al régimen de transición tienen derecho a que el valor de su pensión de jubilación sea el del régimen al que se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y a que el ingreso base de liquidación sea el promedio de lo devengado en un lapso de tiempo específico.
- El señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA nació el 6 de marzo de 1955 e ingresó a prestar sus servicios desde el día 1 de agosto de 1978; así las cosas, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), tenía más de 15 años de servicio, pero no acreditaba la edad, de lo que se desprende que cumplía con uno de los requisitos legalmente exigidos por la Jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el régimen de transición establecido por en la Ley 100 de 1993 artículo 36, por lo cual le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985.

³ -Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, dentro del radicado No. 25000-23-25-000-2008-00800-01 (0581-10) en sentencia de 12 de abril de 2012.

-Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación No. 1301-23-31-000-2006-00577-01 (1559-10) en sentencia de 17 de marzo de 2011.

-Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente No. 25000232500020060750901 (0112-2009).

-Sentencia del 3 de febrero de 2011, Magistrado Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente No. 2007-1044.18 M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente No. 2007-00112, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente No. 2002-2629.

- La Ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicios y que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, se liquidarían sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Señaló que la anterior disposición fue modificada por el artículo 1, inciso 2 de la Ley 62 de 1985.
- De conformidad con las anteriores consideraciones, el empleado oficial que cumpla los requisitos del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 deber ser objeto de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta los factores salariales enunciados en la Ley 62 de 1985.
- Mediante sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2013 se dispuso que los factores salariales para liquidación de la pensión son todos aquellos que el trabajador devengó constantemente durante el último año de servicio o en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, así las cosas, se deben tener en cuenta como factores salariales aquellos que en su momento fueron excluidos y que según el certificado de salarios fueron devengados y cancelados.
- Concluye que el accionante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, toda vez que a la fecha en que entro a regir la Ley 100 de 1993, tenía más de 15 años de servicios, siendo beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la normatividad aplicable es la establecida en las Leyes 33 y 62 de 1985, máxime si al momento del reconocimiento del derecho pensional no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, tal como se desprende del certificado de salarios devengados visible a folios 17-43.
- Finalmente, solicita declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 047248 de 14 de diciembre de 2011 y la nulidad del acto ficto o presunto radicado el 2 de febrero de 2012, consecuentemente se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación con el 75% del salario promedio de lo devengado y la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, teniendo en cuenta la certificación de salarios expedida por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en aplicación de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado.

VII. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico Principal

¿Determinar si a la parte actora le asiste derecho a que la pensión que le fue reconocida mediante Resolución No. 047248 de 14 de diciembre de 2011, sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

• Problemas Jurídicos Asociados

a) ¿Cuáles son los parámetros para determinar el régimen aplicable a aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

b). ¿Es procedente aplicar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en su integridad al actor?

c). ¿Se ha configurado acto ficto o presunto como resultado de la falta de respuesta al recurso de apelación y en subsidio apelación radicado el 02 de febrero de 2012 en contra de la Resolución No. 047248 de 14 de diciembre de 2011?

2. Marco Jurídico y jurisprudencial.

2.1 De la reseña normativa del derecho.

A fin de resolver el proceso de la referencia, el Despacho considera indispensable precisar sobre los siguientes aspectos: a).- Normas que han regulado el derecho a la pensión ordinaria de jubilación. Regímenes de Transición. b) Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de pensión de jubilación según el régimen de transición. c).- Justicia Rogada d).- Silencio Administrativo resultante de la interposición de Recursos y e).- El caso concreto.

2.1.1.- Normas que han regulado el derecho a la pensión ordinaria de jubilación. Regímenes de Transición.

Las normas que en materia de pensión ordinaria de jubilación han regulado este derecho como régimen general, son las siguientes:

- El literal b) del art. 17 de la Ley 6 de 1945 estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 de servicios. tal precepto consagró:

*"Art. 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:
(...)*

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, (...)"

En materia pensional esta Ley rigió en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1.968.

- Posteriormente, el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, varió la edad de jubilación de los varones y la estableció en 55 años, continuando con los mismos 20 años de servicio; mientras que las mujeres siguen adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad, norma que cobijo exclusivamente a los empleados oficiales del orden nacional. El Decreto 3135 de 1.968 disponía:

*"Art. 27.- 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 de jubilación **equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio**" (Derogado por el art. 25 de la Ley 33 de 1.985).- Resaltado y subrayado fuera del texto original.*

- El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, que modificó en su parte pertinente el literal b) del art. 17 de la Ley 6 de 1945.

- El art. 1 de la Ley 33 de 1985 equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación, se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones, bajo el siguiente tenor literal:

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

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

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

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

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

"Art. 25.- Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1.968 y demás disposiciones que sean contrarias.

Tal como concluye el Consejo de Estado⁴, la Ley 33 de 1.985, obliga desde el 13 de febrero de 1.985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos:

1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad.

3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores. Destaca adicionalmente que esta Ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1.968.

- La Ley 100 de 1.993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1° de abril de 1.994, por haberlo establecido así el mismo ordenamiento en su artículo 151, consignó en el artículo 36 el régimen de transición, de la siguiente manera:

"Art. 36.- Régimen de Transición.- La edad para acceder a la pensión vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2.014, 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.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección "B" C.P.: TARSICIO CÁCERES TORO. Sentencia 24 de Noviembre de 2.005 Rad. No.: 15001-23-31-000-2000-00030-01.

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 hiciere 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. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (inexequible el aparte destacado)

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 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 1° 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."

Como se observa, el nuevo Sistema de Seguridad Social adoptado mediante la Ley 100 de 1.993, consagró el régimen de transición con el propósito de beneficiar a un sector de los trabajadores del Estado, en cuanto permite que obtengan el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo el régimen que se les haya venido aplicando en cada caso, siempre y cuando su situación se ajuste a los requisitos de tiempo de servicio o número de semanas cotizadas correspondiente a quince (15) o más años, así como al de edad, que deberá ser de 35 años para el caso de las mujeres y de 40 años cumplidos en los hombres, al momento de entrar en vigencia la nueva normatividad.

Este precepto consagra para quienes satisfacen las exigencias allí enunciadas las condiciones del régimen antiguo en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. Sobre los alcances del régimen de transición la Sección Segunda –Subsección "B" del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO sostuvo:

"... el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión,

siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra.

El régimen previsto en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, ampara a quienes al entrar en vigencia el sistema tuviera 35 años o más de edad para mujeres o 40 años o más para hombres, o haber cotizado por 15 o más años, hipótesis que se cumplían a cabalidad en el sub - lite, pues a la muerte del causante del derecho pensional señor ALFONSO VELEZ SALAZAR, tenía más de 50 años de edad y había prestado sus servicios por más de 20 años, Es claro entonces que la pensión se regía por la normatividad anterior.

Se agrega a lo anterior que, son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. (...) Resaltado fuera del texto original

2.1.2.-Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de pensión de jubilación según el régimen de transición. -

- De conformidad con la jurisprudencia antes transcrita, y otros pronunciamientos que ha hecho el H. Consejo de Estado⁵, se establece que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, así, al establecer la cuantía de la pensión con fundamentos en factores cuya normatividad no le es aplicable, es desnaturalizar el régimen de beneficio producto de la transición.

- Por su parte distintas disposiciones regulan la prestación pensional, las cuales tienen un marco de aplicación según el tiempo y las entidades a las cuales se presto el servicio. La Ley 6° de 1.945, la reguló para los servidores públicos nacionales, luego se extendió para los del orden territorial; posteriormente el Decreto Ley 3135 de 1.968 reguló esta prestación para los empleados nacionales, y los empleados territoriales dejaron de estar sometidos a esa disposición cuando se expidió la Ley 33 de 1.985.

En relación con los factores salariales para liquidar la pensión, se expidió el Decreto 1045 de 1978, que señaló:

“Artículo 45. De los factores de salario 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 públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras,

⁵ Consejo de Estado, sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs. ALEJANDRO ORDÓNEZ MALDONADO y NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA.

- e) *Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) *La prima de navidad;*
- g) *La bonificación por servicios prestados;*
- h) *La prima de servicios;*
- i) *Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto - ley 710 de 1978;*
- k) *La prima de vacaciones;*
- l) *El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- m) *Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."*

La modificación de los requisitos y monto de la pensión de jubilación de los servidores públicos de todos los órdenes, prevista en el Decreto 1045 de 1978, se produjo con la expedición de la **Ley 33 de 1985**, que derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968, unificó la edad de pensión a cincuenta y cinco (55) años, y determinó que dicha prestación se debía liquidar con base en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes realizados por el pensionado durante el último año de servicios, los cuales fueron discriminados en su artículo 3 así:

"ARTICULO 3º. 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 inciso 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 liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

A continuación la Ley 62 de 1.985 modificó el art. 3 de la Ley 33 de 1.985, de la siguiente forma:

"Art. 1º.- *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su 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.” Resaltado fuera del texto original.

Ahora, el objeto del presente apartado radica en la intelección, alcance o entendimiento que ha de otorgarse al artículo 1 de la ley 62 de 1985, de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, siendo Consejero Ponente, el Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; en la que concluyó que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Pronunciándose en los siguientes términos:

“... Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción, de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...) Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social, no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar...”.

*(...) 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 pro 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.15(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.)

(...) No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional.

*Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación...".
(subrayado fuera de texto).*

En consecuencia y de conformidad con la sentencia de unificación citada, para liquidar la Pensión de Jubilación 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, así mismo las primas de navidad y de vacaciones que constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías. Exceptuándose, lo relativo a la **bonificación por recreación y la indemnización de vacaciones**.

2.1.3. Justicia Rogada.-

Dentro de las características de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encuentra su naturaleza rogada que implica el deber de quien acude ante ella de presentar su reclamación en la forma indicada por las normas aplicables, sin embargo, no es viable en un Estado Constitucional de Derecho convertir las formalidades propias de la acción en barreras para acceder al derecho a la administración de justicia. Es decir, existen situaciones en las que el Juez sin llegar a realizar correcciones de la demanda y por ende modificar su contenido, en virtud de sus facultades como director del proceso, puede interpretar razonablemente la demanda.

Bajo el anterior entendido, se realizará un estudio de cómo el principio de Justicia Rogada ha venido siendo flexibilizado por la jurisprudencia, lo cual se hará de la siguiente manera:

Mediante Sentencia C-197 de 1999, la Corte Constitucional al realizar el estudio de exequibilidad del requisito de la demanda que impone indicar las normas violadas, señaló que se debe ceder cuando se está ante violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, en dicho pronunciamiento indicó:

"(...)

debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado ha proferido las siguientes Sentencias en las cuales se observa la flexibilización del principio de Justicia Rogada ante la Jurisdicción:

1. Sentencia de fecha treinta (30) de junio de dos mil cinco (2005).- , radicación No. 25000-23-25-000-2000-05514-01 (2909-04), Consejero ponente, doctor: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, en esta oportunidad se sostuvo lo siguiente:

"(...)

Este tratamiento rigorista respecto de los argumentos y de las pruebas, propio de la justicia rogada que impera en esta clase de procesos, encuentra una excepción, bueno es precisarlo, en los casos en que se

hallan de por medio derechos constitucionales fundamentales, evento en el cual se demanda un tratamiento judicial apropiado a la naturaleza especial de tales derechos."

2. Sentencia de fecha diez (10) de febrero de dos mil once (2011), radicación No. **76001-23-31-000-2006-02053-01(0448-10)**, Consejero ponente, doctor: **GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**, en la cual no solo se abordó el tema de la justicia rogada, sino también además en tratándose del tema de la seguridad social:

*" (...) en lo referente a la vigencia del principio de la justicia rogada en lo Contencioso Administrativo, es necesario un breve comentario que nos permita evidenciar los límites de dicho principio a la luz de la Carta Política de 1991 y conforme al Bloque de Constitucionalidad en aquellas cuestiones que tocan con la seguridad social. En efecto, el principio de la justicia rogada obedece a un criterio netamente positivista apoyado en la prevalencia de las fuentes del derecho radicadas principal y esencialmente en la Ley. No obstante, el artículo 228 de la Constitución, modificó esa concepción para apostar por el derecho sustancial como valor supremo en la aplicación del derecho, circunstancia fundante de nuestro orden jurídico que le obliga al Juez a tener que adoptar un examen de contenido en los casos bajo su cuidado, de tal manera que logre armonizar con coherencia el poder regulador de la regla jurídica positiva y la vigencia sustantiva de los derechos, **supuesto que evidencia una restricción al mentado principio de la justicia rogada restándole al Juez la facultad de advertir la vigencia del derecho pero al mismo tiempo negarlo por una circunstancia adjetiva imputable al apoderado de la actora; en otras palabra, las vicisitudes de la mera técnica procesal en la introducción de las demandas no pueden convertirse en un factor determinante para la suerte de los derechos, de no ser ello así, los ciudadanos están sometidos a un azar extraño a la razón y absolutamente distante de la justicia.** En lo que respecta a la seguridad social, esta Sala ha sido suficientemente reiterativa en destacar que una de las principales justificaciones de la existencia de los Estados la constituye el amparo de la seguridad social, porque en ella se expresan los objetivos de la civilidad de las sociedades en tanto el sujeto digno de protección en este ámbito, es generalmente una persona especialmente vulnerable, de donde se deriva la obligación de las autoridades de otorgar un trato compatible con esa circunstancia, lo que en el supuesto que nos ocupa no se proyecta al denegarle las súplicas y forzar a la introducción de una nueva demanda, lo cual implica aplazar por lo menos 5 años más la eficacia del derecho, cuando se trata de una persona que conforme a los datos del proceso frisa los 65 años, época en la que la expectativa de vida es menor, de tal manera, que la aplicación neta del principio de la justicia rogada en la práctica, disuelve la posibilidad cierta para que el Estado le reconozca la plenitud de sus derechos." (Negrilla fuera de texto)*

Dentro de la anterior providencia también se sostuvo:

"

(...)

*Sin embargo, no comparte la Sala la severidad y rigorismo del A quo al negar las súplicas de la acción bajo el soporte argumentativo citado en su sentencia, pues con ello pasó por alto, que como director del proceso cuenta con la preciada facultad-deber de interpretar la demanda en forma contextual para lograr el propósito fundamental de obtener la efectividad de los derechos reconocidos en la Ley sustancial. **Bajo esta interpretación, en el caso de autos se observa que si bien las pretensiones se dirigen a obtener la reliquidación de la pensión gracia con base en el salario y demás factores salariales percibidos al momento del retiro definitivo, el sustento fáctico del libelo expone la circunstancia de la cual se deriva el derecho, esto es, que la pensión gracia fue reconocida en 1997 con efectividad a partir de 1995, sin que se tuviera en cuenta el promedio de todos los factores salariales percibidos en ese último año. Igualmente, las normas que se consideran infringidas, y la Jurisprudencia Contenciosa transcrita en el escrito de la demanda, hacen alusión a la base salarial para la correcta liquidación de este tipo especial de pensión. (...)***

3. Sentencia de fecha veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011), radicación No. **25000-23-25-000-1995-38054-01(2270-05)**, Consejero ponente, doctor: **ALFONSO VARGAS RINCON**:

"Ciertamente el carácter eminentemente rogado de la jurisdicción contenciosa administrativa impide examinar pretensiones a la luz de disposiciones diferentes de las invocadas en la demanda, es decir, que sus providencias se circunscriben sólo a lo que allí se ha planteado, por ser el libelo demandatorio un marco de referencia necesario para que el operador jurídico emita su pronunciamiento judicial. Lo anterior, con fundamento en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. que dispone: "Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación." No obstante, la Corte Constitucional, al examinar la citada disposición contenciosa advirtió que, en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial, no puede extremarse la aplicación de la norma acusada, hasta el punto de sacrificar el derecho material por el exagerado rigorismo procesal, como por ejemplo, cuando el concepto de violación no es lo suficiente pero es comprensible, caso en el cual no puede desestimarse un alegato de nulidad; o cuando se advierta violación de un derecho fundamental de aplicación inmediata, así no se haya invocado en la demanda, entrará el juez a protegerlo conforme a la disposición constitucional que lo gobierna."

Así las cosas, teniendo en cuenta que la pensión de jubilación involucra un derecho laboral mínimo e irrenunciable de especial protección constitucional y que la Jurisprudencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado ha flexibilizado el principio de la Justicia Rogada, en el entendido que en casos similares al que nos ocupa, el Juez como Director del Proceso debe interpretar de la situación fáctica cual es el verdadero sentido de las pretensiones, resulta acertado proceder al examen de fondo del presente caso.

Es decir, se tendrá que lo realmente pretendido por el actor a través de apoderado, es la reliquidación de su pensión de jubilación con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicio a la adquisición del status de pensionado; precisión que resulta de vital importancia teniendo en cuenta que el profesional del derecho en las pretensiones solicita la misma desde el último año de servicios al momento del retiro, lo cual no sería posible en la medida que el actor no se ha retirado del mismo, por cuanto actualmente sigue laborando, como se desprende del análisis integral del acervo probatorio allegado al plenario. Más aún, al hacer una interpretación integral de la demanda, concretamente del sustento factico y del concepto de violación, expone que la pensión ordinaria de jubilación le fue liquidada sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios para la liquidación de la pensión al tenor del régimen pensional contemplado en la leyes 33 y 62 de 1.985.

Así las cosas, bajo el entendido que se lo que se solicita es la liquidación de la pensión de jubilación del señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al status jurídico de pensionado, se continuará con el examen de fondo del asunto.

2.1.4. Silencio Administrativo en interposición de Recursos.

En primer lugar este Despacho debe definir qué se entiende por silencio administrativo a efectos de determinar si en el caso este se configuró:

*"[E]l transcurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapsos que vencidos hacen presumir, a manera de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada. El acto emanado del silencio es ficticio"*⁶

Es decir, la falta de respuesta por parte de la administración tiene como consecuencia el surgimiento a la vida jurídica de un acto ficto o presunto que puede ser positivo o negativo y que se puede configurar ya sea frente a una petición o a recursos presentados por los ciudadanos.

Así las cosas, en vigencia del artículo 40 del C.C.A., teniendo en cuenta la fecha de presentación de la petición se disponía:

"ART. 60.—Transcurrido un plazo de dos (02) meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa (...)"

Actualmente, el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma actualmente vigente, preceptúa que:

⁶ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Abril de 2003, Pág.252.

"Art. 86.- Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (02) meses, contados a partir de la interposición de recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa".

Con base en lo anterior, se concluye que la figura del silencio administrativo está establecida por la Ley en favor de quien ejerce un recurso y consiste en presumir la respuesta de la administración, que por regla general es negativa, y solo excepcionalmente positiva.

La configuración del silencio administrativo negativo tiene por objeto darle al peticionario la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del contencioso administrativo para demandar el acto presunto; pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de dar respuesta a la petición o el recurso interpuesto que tiene a su cargo la autoridad y menos aún, que la propia administración se ampare en su silencio no solo para no dar en definitiva respuesta, sino para considerar que el acto está en firme y proceder a ejecutarlo, porque sería una burla a los derechos de petición y debido proceso consagrados en los artículos 23 y 29 de la Constitución Política.

Como se extrae de lo reseñado, la configuración de un acto ficto o presunto en tratándose de recursos, además del trascurso del término establecido en los artículos 60 del Código Contencioso Administrativo y el 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, requiere que la administración omita notificar pronunciamiento sobre los recursos presentados por los ciudadanos. En caso de darse respuesta al actor mediante acto administrativo por su sola existencia, tal y como lo manifiesta el Consejo de Estado, excluye la posibilidad de que se configure un acto ficto o presunto.

En el asunto de marras, encuentra este Juzgado que mediante Resolución No. 047248 del 14 de diciembre de 2011, el Instituto de Seguro Social -ISS- resolvió conceder la pensión de jubilación al señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA.⁷

Así mismo quedó acreditado que el demandante, el 02 de febrero de 2012, radicó ante el Instituto de Seguro Social, recurso de reposición y en subsidio apelación contra la mencionada resolución.⁸

Finalmente, no obra documento alguno que acredite que al actor se le haya dado respuesta del recurso interpuesto.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que se reúnen los presupuestos estatuidos tanto en el artículo 60 del C.C.A y como en el artículo 86 del C.P.A.C.A., este estrado judicial considera ajustado a derecho declarar la existencia del silencio administrativo negativo y proceder a estudiar la legalidad del acto administrativo ficto o presunto resultado de la falta

⁷ Folio 9 a 12

⁸ Folio 13 y 14

de respuesta al recurso de apelación y en subsidio apelación radicado el 02 de febrero de 2012 en contra de la Resolución No. 047248 del 14 de diciembre de 2011.

2.1.5.-CASO CONCRETO.-

Al plenario con los medios de prueba allegados se puede acreditar que:

- Según certificación de 23 de septiembre de 2013, expedida por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, se constató que el señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITITA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.139.963 expedida en Santa Sofía, se encuentra vinculado en esa entidad como empleado público de planta desde agosto 01 de 1978 y en la actualidad desempeña el cargo de Profesional Especializado grado 12 (encargo).⁹
- El demandante nació el 6 de marzo de 1955.¹⁰
- Adquirió el status jurídico para la pensión vitalicia de jubilación el día seis (6) de marzo de dos mil diez (2010)¹¹.
- Que según Resolución No. 047248 de 14 de diciembre de 2011, "Por medio del cual se resuelve una solicitud en el Sistema General de Pensiones – Régimen de Prima Media con Prestación Definida", el actor acreditó las semanas necesarias para la pensión pues cotizó a la UPTC-CAJANAL-, durante el período comprendido entre el 01 de agosto de 1978 al 30 de julio de 2009, para un total de 11160 días, razón por la cual se le concedió la pensión de jubilación con una mesada pensional de \$819.116 para el 2011, la cual se dejará en suspenso de ingresar en nómina de pensionados hasta tanto acredite el retiro como servidor público¹².
- Para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión del actor, la entidad demandada, en Resolución No. 047248 del 14 de diciembre de 2011, tuvo en cuenta el promedio de lo devengado o cotizado durante los últimos diez años, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994¹³
- En su certificado de salarios acredita como factores salariales para los años 2009 y 2010 además de la asignación básica, **la prima técnica, sueldo adicional encargo, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y prima de vacaciones**¹⁴.
- La demanda fue presentada el dieciséis (16) de octubre de 2013.¹⁵

⁹ Folio 15

¹⁰ Folio 16

¹¹ Folio 9 – 43.

¹² Folios 9-12.

¹³ Folios 9-12

¹⁴ Folios 38-39 y vto.

¹⁵ Folio 8 y vto y 44

Corresponde al Despacho establecer si el demandante señor **GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA** tiene derecho a que se le liquide la pensión de jubilación, teniendo en cuenta, todos los factores salariales que devengo en el último año anterior a cumplir el estatus de pensionado.

Descendiendo al caso concreto, tenemos que el demandante al 1º de abril de 1994 fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía 39 años de edad, teniendo como derrotero su fecha de nacimiento que tuvo lugar el día 06 de marzo de 1955. Así mismo, se encuentra vinculado desde el 01 de agosto de 1978 a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en consecuencia al 1º de abril de 1994, contaba con 15 años, 8 meses, situación que lo hace beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

De otra parte, el demandante adquirió el estatus de pensionado el día 06 de marzo de 2010, pues cumplió 55 años de edad y más de 20 años de servicio, en el sector público.

Así las cosas, comoquiera que el demandante acredito haber laborado como servidor oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le es aplicable el régimen pensional contenido en la ley 33 de 1985 y para efectos liquidatorios el artículo 1º de la ley 62 de 1985 que modifica el artículo 3º de la ley 33 de 1.985 y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado antes citada.¹⁶

También resulta claro, atendiendo a lo motivado precedentemente, que la enunciación de factores contenida en el artículo 3º de la ley 33 de 1.985 modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, debe ser entendida como meramente enunciativa y no taxativa, por lo que en la base de liquidación pensional se deberán incluir todos los factores que fueron devengados por el trabajador, **exceptuándose la bonificación por recreación y la indemnización por concepto de vacaciones.**

Efectuando la comparación respectiva se tiene que, la entidad liquidó la pensión del actor con lo devengado en los últimos diez años de servicio, debiéndose tener en cuenta lo devengado en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, esto es del 07 de marzo de 2009 al 6 de marzo de 2010, tal como se desprende del certificado laboral y salarial arrojado al proceso¹⁷, en donde se evidencia que el actor percibió los siguientes conceptos: **prima técnica, sueldo adicional encargo, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y prima de vacaciones** y no como se le liquidó en el acto administrativo demandado el cual tuvo en cuenta el Decreto 1158 de

¹⁶ Sentencia de la Sección Segunda Subsección "A" de fecha diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010), siendo C.P. el Doctor GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN, dentro del expediente con radicación No.15001-23-31-000-2002-00081-01(1311-09),

¹⁷ Folios 17-43

1994. En consecuencia, el acto administrativo acusado está incurso en causal de nulidad al desconocer las normas en que debía fundarse.

Así las cosas, dentro del asunto examinado se ha demostrado que mediante la Resolución No. 047248 de 14 de diciembre de 2011, para la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación allí reconocida, no se tuvieron en cuenta como factores salariales: la **prima técnica, sueldo adicional encargo, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y prima de vacaciones**, factores de obligatoria observancia tomando en cuenta la nueva postura interpretativa de unificación, precedente vertical del Consejo de Estado frente al artículo 3º de la Ley 33 de 1.985 modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

2.1.5.1. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto, procederá el Despacho **a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 047248 de 14 de Diciembre de 2011 y la nulidad del acto ficto o presunto resultante de la interposición del recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto contra la resolución antes señalada**, por medio de las cuales se le reconoció la pensión de jubilación y se le negó la reliquidación de la misma.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenara a la entidad demandada reliquidar la pensión vitalicia de jubilación del actor aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, normas que deben ser interpretadas en los términos establecidos en el precedente de unificación proferido por el Consejo de Estado en el año 2010, citado en esta providencia.

En este orden de ideas, la pensión del actor deberá reliquidarse **a partir del 6 de marzo de 2010** en cuantía del 75% del promedio de todo lo devengado en el **último año de servicios a adquirir el status pensional**; esto es, del 7 de marzo de 2009 al 6 de marzo de 2010, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados, es decir, además de la asignación básica; **prima técnica, sueldo adicional encargo, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y prima de vacaciones**.

Por otra parte, en cuanto al pago de las diferencias pensionales con los nuevos factores incluidos, el Despacho no accede a las pretensiones en este sentido como quiera que el disfrute de la prestación se encuentra supeditada al retiro del servicio situación que no se ha dado hasta el momento, pues no obra prueba alguna que demuestre la fecha de su retiro.¹⁸

¹⁸ Folios 9-12 y 15 del expediente.

2.1.5.2. De los aportes correspondientes a los factores salariales a incluir.

De conformidad con la sentencia de unificación¹⁹, establece que los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional deben incluirse todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, **previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse**. Considera frente a este último enunciado que cuando la norma determina que en todo caso la pensión se liquidará atendiendo los factores sobre los cuales se ha aportado, lo que se prevé es que la entidad nominadora está obligada a realizar los respectivos descuentos con destino a la entidad de previsión social, sobre los factores determinados en la ley, pero la omisión de la entidad no puede afectar el derecho del empleado, por lo tanto en el presente caso al momento del disfrute o pago de la pensión se deberá **DESCONTAR**, los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena; siempre y cuando, sobre éstos no se haya efectuado la deducción legal.

3. Costas.-

El artículo 188 del CPACA dispone que:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso²⁰ en la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho. En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P. y lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, se condena a la parte demandada al pago de costas y se señala como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, **el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**. Por Secretaría, Líquidense.

¹⁹ Sección Segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

²⁰ Disposición aplicable a partir de la fecha conforme lo dispuso la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, de fecha 25 de junio de 2014, siendo C.P. Enrique Gil Botero, en el expediente: 2012-00395-01 (I), que interpretó el Acuerdo PSAA13-10073 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 047248 de 14 de diciembre de 2011, suscrita por el Asesor II de la Vicepresidencia del Pensiones (E) de Instituto de Seguro Social, "Por medio del cual se resuelve una solicitud en el Sistema General de Pensiones – Régimen de Prima Media con Prestación Definida", al demandante **GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1'139.963 de Santa Sofia (Boyacá), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva; así como **Declarar la nulidad del acto ficto o presunto**, resultante del silencio administrativo negativo que se originó a partir de la presentación del recurso de reposición y en subsidio apelación, contra la Resolución No. 047248 de 14 de febrero de 2011.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la **Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"**, reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación del señor GABRIEL ANGEL MERCHAN ESPITIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1'139.963 de Santa Sofia (Boyacá), en cuantía del 75% del promedio de todo lo devengado entre el 07 de marzo de 2009 al 06 de marzo de 2010, incluyendo como factores salariales: **prima técnica, sueldo adicional encargo, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad y prima de vacaciones.**

TERCERO.- Denegar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

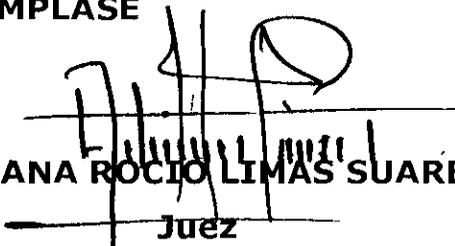
CUARTO.- Deducir al momento del disfrute de la pensión de jubilación, lo que corresponda a los aportes dejados de descontar por los factores que se incluyen dentro de la liquidación de la pensión por virtud de esta sentencia.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. En cuanto a Las agencias en derecho se establecen en la suma correspondiente **al**

tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría liquídense.

SEXTO.- En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUAREZ
Juez