



*Consejo Superior
de la Judicatura*

**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**

Radicación No. 15001-33-33-007-2014-00040-00
Demandante: JAVIER CABRERA RIVERA
Demandado: COLPENSIONES
Controversia: RELIQUIDACION PENSION

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

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 señor **JAVIER CABRERA RIVERA**, 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. Solicito a los Honorables jueces se sirvan ordenar y declarar la NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO NEGATIVO PRESUNTO consolidado frente a la solicitud radicada el 02 de julio de 2013 con la que se pretendía la reliquidación de la pensión de jubilación de mi mandante el(a) señor(a) JAVIER CABRERA RIVERA

SEGUNDA. Solicito a los Honorables jueces se sirvan ordenar y declarar la NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO NEGATIVO PRESUNTO consolidado frente a la formulación del recurso el día 20 de diciembre de 2013 contra el acto negativo presunto que niega la reliquidación de la pensión de jubilación de mi mandante el(a) señor(a) JAVIER CABRERA RIVERA.

TERCERA. Como consecuencia de la declaratoria de NULIDAD solicito al señor juez se sirva disponer y ORDENAR que a mi mandante JAVIER CABRERA RIVERA se le debe RESTABLECER EL DERECHO re liquidando su pensión así:

1. Condenando a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a re liquidar la pensión Mensual de mi mandante, teniendo en cuenta y todos los factores salariales devengados por mí por mi mandante en su último año de servicios en la SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL, tales como los gastos de representación, la bonificación por servicios, el reajuste a la bonificación prima de servicios, el reajuste de las vacaciones, el reajuste a los gastos de representación, el reajuste a la prima de vacaciones, el reajuste al sueldo, la prima de servicios, la prima de vacaciones en tiempo, la prima de navidad y la prima de vacaciones; de conformidad con lo establecido en la ley 71 de 1.988

2. Condenando al LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES como consecuencia de este reajuste pensional se debe re liquidar la mesada pensional de mi mandante teniendo en cuenta la variación del Índice de Precios al Consumidor Certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística. DANE, teniendo en cuenta la sumatoria de los valores cotizados por mi mandante; trayendo la acumulación de los aportes a valor presente.

3. Condenando al LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a reconocer los intereses de mora desde el la fecha en que se hizo merecedor del pago de su primera mesada pensional.

CUARTA. Ordenar que la sentencia que se profiera se cumpla en el término indicado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTA. Condenar a la demandada si ésta no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. pagar a favor de mi mandante los intereses moratorios, conforme lo ordenan los artículos 155, 156 y 157 del C.P.A.C.A.

SEXTA. Se condene en costas a demandada conforme lo establece el artículo 188 del C.P.A.C.A."

Las anteriores peticiones tienen como fundamento los siguientes hechos, litigio fijado en audiencia inicial de fecha 20 de abril de 2015¹

"SEGUNDO. Mi mandante **JAVIER CABRERA RIVERA**, prestó sus servicios como empleado de la **UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLOGIA** desde el 06 de junio del 2000 hasta el 31 de enero de 2010.

QUINTO. Que el antiguo **INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL** hoy **COLPENSIONES** no reajusto legalmente la primera mesada pensional de mi mandante.

SEPTIMO. En mi calidad de apoderado judicial solicite a favor de mi mandante la reliquidación de su pensión el 02 de julio de 2013 ante la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

OCTAVO. En la solicitud de reliquidación elevada por mí en calidad de apoderado de **JAVIER CABRERA RIVERA** le indicaba a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que en el caso de mi mandante debió proceder a reconocer la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por mi mandante como empleado de la **UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLOCIGA DE COLOMBIA** en su último año de servicio, como son los gastos de representación, la bonificación por servicios, el reajuste a la bonificación prima de servicios, el reajuste de las vacaciones, el reajuste a los gastos de

¹ Folios 95-99

representación, el reajuste a la prima de vacaciones, el reajuste al sueldo, la prima de servicios, la prima de vacaciones en tiempo, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

NOVENO. *En la petición de reliquidación elevada por mí en calidad de apoderado de JAVIER CABRERA RIVERA, le solicitaba a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES re liquidar la mesada pensional de mi mandante teniendo en cuenta la variación del INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR establecido por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADISTICA – DANE. Teniendo en cuenta la sumatoria de los valores cotizados.*

DECIMO. *En la petición de reliquidación elevada por mí en calidad de apoderado de JAVIER CABRERA RIVERA, le solicitaba a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES re liquidar la mesada pensional de mi mandante aplicando la INDEXACION DE LOS APORTES PENSIONES y su consecuencia MESADA PENSIONAL.*

UNDECIMO. *En la petición de reliquidación elevada por mí en calidad de apoderado de JAVIER CABRERA RIVERA, le solicitaba a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reconociera los intereses de mora desde el momento del reconocimiento del pensional A LA TASA bancaria MAXIMA LEGAL MORATORIA VIGENTE.*

DECIMO SEGUNDO. *Que ha transcurrido más de ocho (08) meses y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES no ha resuelto de manera clara, previa y concreta la petición de reliquidación pensional, configurándose el silencio negativo presunto.*

DECIMO SEPTIMO. *Que la negativa a la reliquidación pensional de mi mandante desconoce la circular 045 de 2.010 emitida por el Procurador General de la Nación.*

DECIMO NOVENO. *Que es improcedente la declaratoria de prescripción trienal, por cuanto la administración (LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, está obligada a reconocer, de manera completa /a prestación solicitada, con e/ primer acto administrativo de reconocimiento; de conformidad con el artículo 102, numeral 2° del Decreto 1848 de 1969.*

VIGECIMO. *Que JAVIER CABRERA RIVERA me ha conferido por especial amplio y suficiente para actuar como su apoderado judicial en este litigio."*

III. NORMAS VIOLADAS

Invoca como normas vulneradas, las siguientes:

- **CONSTITUCIONALES.**

Artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 43, 53, 90 y 209.

- **LEGALES.**

Ley 71 de 1988.

Ley 100 de 1993.

Código Sustantivo del Trabajo, artículo 259

Ley 90 de 1946, artículo 72, 76 y demás normas concordantes.

IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

-Afirma que con el actuar de colpensiones se está violando el principio de favorabilidad laboral y de la condición más beneficiosa al trabajador, por cuanto no se está liquidando en debida forma la pensión a que tiene derecho el demandante, pues en caso de duda alguna en la aplicación de la norma, se debe aplicar la que sea más conveniente al caso de cada persona.

- alega que de conformidad con las normas nacionales e internacionales, Colpensiones está errando, desconociendo los derechos del demandante a la liquidación legal de su pensión vitalicia, que con lo anterior se están violando además sus derechos al trabajo y al debido proceso, por cuanto no existe una debida motivación del acto administrativo que liquida la pensión de señor JAVIER CABRERA RIVERA.

-Manifiesta que en el asunto bajo estudio se acreditó que el ISS liquidó de manera errada la pensión del señor JAVIER CABRERA RIVERA, 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 reclamados, en cuantía del 75% del promedio de dichos valores devengados en el año anterior de servicio público.

V. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 10 de Marzo de 2014²; mediante auto de fecha 08 de Mayo de 2014 se procedió a su admisión³.

2. Según constancia secretarial visible a folio 77 el término de traslado de la demanda venció el catorce (14) de Noviembre de dos mil catorce (2014), lapso dentro del cual la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", contestó la demanda proponiendo excepciones⁴.

Contestación de la Demanda por COLPENSIONES.

Señala que la liquidación pensional del demandante se hizo conforme a los lineamientos de la sentencia C-258 de 2013, en la cual la corte constitucional realiza un análisis de la determinación del IBL para las personas beneficiarias del régimen de transición.

Argumenta que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 estipula que para quienes les faltare menos de 10 años de servicio para adquirir su pensión, el IBL se determinaría por el promedio de lo devengado en ese lapso de tiempo, contrario sensu, a quienes les faltara más de 10 años, el IBL se determinaría por el promedio de los últimos 10 años de servicio, por lo cual, la liquidación de la pensión de jubilación del demandante se encuentra ajustada a derecho.

² Folios 49.

³ Folios 63-65

⁴ Folios 78 - 82

Además de lo anterior, señala que la liquidación se hizo en razón a los factores salariales declarados por la entidad contratante, por lo que no hay lugar a endilgar responsabilidad alguna a COLPENSIONES en el caso en concreto.

Propuso como excepciones las siguientes:

1. Inexistencia del derecho y de la obligación.
2. Cobro de lo no debido
3. Buena Fe
4. Inexistencia de intereses moratorios
5. Prescripción

3. El veinte (20) de Abril de dos mil quince (2015), 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. 95-99), teniéndose como tales las documentales aportadas con la demanda y se decretaron las documentales solicitadas por las partes.

4. A través de audiencia de pruebas de fecha cinco (05) de Mayo de dos mil quince (2015) visible a folios 104 a 106 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 diecinueve (19) de Junio de la presente calenda se llevó a cabo audiencia de reanudación de pruebas, en la cual fue posible la incorporación de la prueba decretada y se declaró precluida 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. 120-123).

5. Posteriormente a folios 125 - 126 del plenario, obra escrito de alegatos de conclusión presentado por el apoderado de la parte demandada y a folios 127 a 134 el concepto rendido por el Agente del Ministerio Público. Por su parte, la accionante guardó silencio.

6. Finalmente el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION

1. PARTE DEMANDADA (fls. 125 - 126)

- El apoderado de la parte demandada reiteró los argumentos presentados en el escrito de contestación de la demanda y solicita se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

2. MINISTERIO PUBLICO (fls. 127 a 134)

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 Jurisprudencia⁵, 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 JAVIER CABRERA RIVERA nació el 25 de marzo de 1950; así las cosas, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), tenía más de 40 años de edad, pero no acreditaba el tiempo de servicios, 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.
- 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.
- 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 40 años, 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, por lo cual es viable despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

⁵ -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.

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. 1446 de 23 de Mayo 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 a la solicitud de reliquidación de la pensión radicada el día 02 de Julio de 2013, y al recurso de apelación radicado el 20 de Diciembre de 2013 en contra el acto ficto o presunto resultante de la no contestación de la solicitud de reliquidación?

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: 1.- Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993. Reglas para determinar el régimen jurídico pensional anterior. 2.- Normas que han regulado el derecho a la pensión ordinaria de jubilación. Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de pensión de jubilación según el régimen de transición. 3.- Pensión de Jubilación por aportes, Ley 71 de 1988. 4.- Silencio Administrativo y 5.- El caso concreto.

1.-Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993. Reglas para determinar el régimen jurídico pensional anterior.

La Ley 100 de 1.993, cuya vigencia en materia pensional tuvo comienzo el 1º 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.

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 hiciera 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 hiciera 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 1993, relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, ampara a quienes al entrar en vigencia el sistema tuvieran 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

Ahora bien, teniendo como base que las personas que son beneficiarias de este régimen de transición, tiene derecho a que su pensión de jubilación y de vejez, sea reconocida con la normatividad anterior, esto es con los requisitos exigidos en ella, edad, tiempo de servicios o cotización y el monto de la misma. A pesar de esta regla, hay supuestos de hecho que dificultan el establecimiento del régimen jurídico anterior, pues hay ocasiones, donde la persona si bien antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 fue servidor público, posteriormente hace sus aportes como trabajadora del sector privado o viceversa. En consecuencia, es necesario establecer según lo expuesto cual es el régimen jurídico a la que pertenece.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09), expuso:

“(...) No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones, dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.

En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en

la Ley 33 de 1985- como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100.

En este contexto del régimen de transición, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo como cotizado servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional.”

Así mismo, llama la atención del Despacho un pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral⁶, que permite intuir que no es posible aplicar a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cualquier régimen jurídico anterior, veamos:

“En lo que respecta al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que señaló el Tribunal es que, para estar matriculado en él, solo era necesario el cumplimiento de una determinada edad o 15 años de servicios cotizados, lo que no supone un mal entendimiento de la norma, pues eso es lo que se desprende de su inciso primero cuando señala: ‘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, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.’

Ahora bien, de las consideraciones del Tribunal no se desprende que éste hubiera entendido que por el hecho de estar inmerso el afiliado en el régimen de transición señalado le resultaba aplicable cualquier norma anterior a la vigencia del nuevo sistema general de pensión, como se lo recrimina la censura, pues nada dijo expresamente sobre el punto ni ello, tampoco, cabe suponerlo del hecho que hubiera aplicado la Ley 71 de 1988, ya que específicamente sobre esta normatividad estimó que resultaba enteramente aplicable a la demandante toda vez que, consideró, su artículo 7 era claro en afirmar como condición para el otorgamiento de la pensión, el cumplimiento de 20 años de aportes que resaltó podían ser sufragados “en cualquier tiempo, a partir de su vigencia”, sin que se requiriera que los aportes al ISS se hubiesen realizado con anterioridad a la vigencia o con retrospectividad a la Ley 100 de 1993.

De manera que no fue que hubiera entendido el sentenciador que, por virtud del régimen de transición, a la actora le resultaba aplicable cualquier norma vigente con anterioridad a la Ley 100 de 1993, sino que, en el caso específico del régimen previsto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, resultaba enteramente aplicable porque, a su juicio, las semanas cotizadas al ISS lo podían ser en cualquier tiempo anterior o posterior a la vigencia de la mencionada Ley 100 de 1993.

⁶ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 24 de 2011 (asunto de rad. N° 41830), M. P. Francisco Javier Ricaurte Gómez. Tomado de Corte Constitucional, sentencia T- 105 de 2012 M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

Y es que no aparece tampoco equivocada la tesis del ad quem, pues del hecho que la demandante hasta el 1 de abril de 1994 solo hubiere cotizado en el sector público no deviene inexorablemente que no hubiere estado en la posibilidad de acumular ese tiempo con el cotizado al ISS, en virtud de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, facultad que de ninguna manera podía considerarse truncada por el hecho de haber entrado en vigor el nuevo sistema general de pensiones, si, como ocurre en este caso, la actora quedó inmersa en el régimen de transición, que le permitía conservar tal posibilidad."

Por otra, parte el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en pronunciamiento del 9 de marzo de 2006, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, expediente 11001-03-06-000-2006-00014-00 (1718)⁷, que cuando el servidor público no cumple los requisitos de la Ley 33 de 1985 de forma integral y requiere acumular tiempos de cotización con el sector privado, el régimen aplicable es el de la Ley 71 de 1988, como a continuación se transcribe:

"La cuestión es entonces: para el destinatario del régimen de transición, que el 1º de abril de 1994 tenía vinculación laboral como empleado público o trabajador oficial, que requiere acumular tiempos públicos y cotizaciones al ISS para completar el requisito del tiempo y pensionarse, ¿cuál es el régimen "anterior" aplicable?"

Para la Sala, si se hiciera abstracción de la ley 100 de 1993, la situación de la persona que se encuentra en la hipótesis planteada estaría regulada por la ley 71 de 1988, artículo 7º, que permite acreditar 'aportes sufragados en cualquier tiempo' en una o varias entidades de previsión social públicas de cualquier orden, y en el ISS, para completar el tiempo de 20 años, que junto con la edad, de 60 años para los hombres y 55 años para las mujeres, son los requisitos establecidos por la misma ley 71 para acceder al derecho pensional.

Como el requisito del tiempo en la ley 33 de 1985 sólo puede acreditarse en el sector público así como el número de semanas de cotización es exclusivo del régimen administrado por el ISS, una persona que pueda acreditar uno u otro sin necesidad de acumularlos, puede entonces acceder a la pensión, bajo el régimen de la ley 33 de 1985 o del ISS, según el caso; pero en la hipótesis consultada, esto es que requiera acumular aportes, se le negaría la posibilidad de pensionarse si se desconoce la ley 71 de 1988 como el régimen pensional aplicable por necesitar la suma de su vinculación pública y privada.

Con la vigencia de la ley 100 de 1993, la ley 71 de 1988 se torna en el 'régimen anterior' aplicable a la persona de la hipótesis de la consulta, pues precisamente la finalidad del régimen de transición es preservar, bajo el principio de favorabilidad, las condiciones de edad, tiempo y monto de la pensión, bajo las cuales esa persona hubiera adquirido el derecho a la pensión; de lo contrario, esa persona quedaría sujeta al régimen general de la ley 100, o sólo al régimen público o sólo al régimen del ISS, y ello implicaría que o no se podría pensionar o que, tratándose del ISS, el derecho a la pensión se reduciría al pago de una indemnización compensatoria, eventos que carecen de soporte constitucional y legal precisamente en virtud del régimen de la ley 71 de 1988.

⁷ Tomado de Corte Constitucional, sentencia T- 105 de 2012 M.P. NILSON PINILLA PINILLA.

Desconocer que la ley 71 de 1988 contiene uno de los regímenes pensionales 'anteriores' a la ley 100, y en particular el que resuelve la hipótesis descrita en la consulta, sería absurdo, como lo indica la misma solicitud de concepto del Sr. Ministro, y también sería violatorio de los principios constitucionales que rigen las condiciones del trabajo,⁸ en especial los referentes a la igualdad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y la favorabilidad en caso de duda en la aplicación e interpretación de las normas que regulan el tema laboral, los cuales adquieren mayor relevancia para los destinatarios del régimen de transición de la ley 100 de 1993, pues el pilar de esa transición es precisamente la conservación del régimen pensional derivado de su vida laboral."

Se puede extraer, de los diferentes pronunciamientos traídos en consideración, que para determinar cuál es el régimen jurídico a aplicar a las personas beneficiarias del régimen de transición, se tiene que la persona debe cumplir los requisitos del régimen anterior de forma integral, si es del sector público los señalados en la ley 33 de 1985 que exigen que el tiempo de servicio sea exclusivo al sector público, y cuando es en el sector privado de la misma manera. Cuando no es posible que la persona haya cumplido este requisito de servicio exclusivo a uno u otro régimen, y requiere para acceder al derecho pensional acumular el tiempo servido en el sector público con el sector privado, la ley aplicable será la 71 de 1988.

A continuación, entonces se abordará el estudio de la pensión ordinaria de jubilación en el sector público y por aportes de la ley 71 de 1988, como quiera que el demandante reclama que su pensión sea reliquidada conforme al régimen de la ley 71 de 1988. Esto con el fin de determinar si hay lugar a conceder o no las pretensiones de la demanda.

2.- Normas que han regulado el derecho a la pensión ordinaria de jubilación.

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, (...)"

⁸ "Constitución Política, Art. 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: / Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. / El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. / Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. / La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

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 Estado⁹, 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.

3. 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 Estado¹⁰, 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 prestó 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

⁹ 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.

¹⁰ 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.

tuvieren 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,*
- 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 3°. 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.**

4. Pensión de Jubilación por aportes, Ley 71 de 1988.

Se tiene que esta modalidad de pensión cumple una función primordial en nuestro Estado Social de Derecho, por cuanto permitió que las personas que no cumplían la totalidad de los requisitos en el régimen privado o el público, pudiesen acumular su tiempo de servicio para obtener su pensión de vejez o jubilación, pues antes de esta normatividad no se permitía tal situación, lo que constituye un avance significativo para lograr la protección del ser humano, en los diferentes riesgos sociales, como es la vejez.

Lo anterior, fue expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-012 de 1994, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL, de la siguiente forma:

"Es evidente, que a través del inciso 1° del artículo 7° de la ley 71 de 1988 se consagró para "los empleados oficiales y trabajadores" el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años, a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado, aun cuando si era procedente obtener el derecho a la pensión acumulando el tiempo servido a diferentes entidades oficiales, cuando se hubieren hecho aportes a diferentes entidades de previsión social oficial o al ISS. "

El artículo 7 de la ley 71 de 1988 establece los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes, así:

"Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas."

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de fecha 13 de febrero de 2014, expediente 25000-23-25000-2012-01566-01(1676-13), expuso:

"La pensión de jubilación por acumulación de aportes, resulta de la sumatoria de tiempos cotizados en el sector público y privado. Este sistema permitió que quienes durante su trayectoria laboral, hubieren prestado sus servicios a entidades de naturaleza pública y empleadores del sector privado pudieran consolidar su derecho a la pensión, lo cual no era posible hasta la promulgación de la Ley 71 de 1988."

Por su parte, el Decreto 2709 de 1994 por medio el cual se reglamentó el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, señaló:

"Artículo 1°. *Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.*

Tendrán 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 cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público."

En ese orden, son dos los requisitos exigidos para adquirir el estatus de pensionado de acuerdo a este régimen, acreditar 20 años de cotización en cualquier tiempo en cualquier caja de previsión o el seguro social, 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre.

En cuanto al salario base de liquidación de la pensión por aportes, el artículo 6 del mencionado Decreto 2709 de 1994 que fue derogado por el Decreto 1474 de 1997, preceptuaba lo siguiente:

"Artículo 6°. *Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. Derogado por el art. 24, Decreto Nacional 1474 de 1997. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.*

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente."

Teniendo en cuenta, que esta norma establecía el salario base para liquidar la pensión por aportes, fue derogada claramente por el Decreto 1474 de 1997, este Despacho procede analizar algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, con la finalidad de determinar cuál es la norma que establece la forma de liquidar la pensión por aportes.

Se encuentra que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, en sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 15001-23-31-000-2002-02202-01(2322-08), expuso lo siguiente:

"Por otra parte, advierte la Sala que el Tribunal Administrativo de Boyacá invocó equivocadamente como fundamento normativo para el caso sub examine el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 para establecer que el ingreso base de liquidación "corresponde al salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios", norma ésta que, como se advirtió anteriormente, fue derogada de manera expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, razón por la cual, la nueva regla jurídica para determinar el Ingreso Base de Liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

"El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [beneficiarios del régimen de transición] 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 él 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".

Dicha conclusión resulta acorde con lo dispuesto en el inciso 20 del artículo 19 y en el inciso 20 del artículo 22 del Decreto 1474 de 1997 al señalar que los

bonos pensionales que haya lugar a expedir por razón de la pensión de jubilación por aportes serán reconocidos y pagados por la entidad competente para expedir dichos bonos en el nivel nacional o territorial y que el ingreso base de liquidación para el bono de los beneficiarios del régimen de transición "se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993". (SUBRAYADO Y NEGRITA FUERA DE TEXTO)

La anterior postura jurisprudencial fue reiterada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, en sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09), así:

"Sobre este punto la Sala reitera en esta oportunidad lo que ha señalado esta Subsección en la sentencia del 18 de marzo de 2010¹¹, en el sentido de que la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993" (SUBRAYADO Y NEGRITA FUERA DE TEXTO)

Queda claro entonces que para las personas que son beneficiarias del régimen pensional de la ley 71 de 1988, el régimen aplicable en lo concerniente al IBL es el señalado por el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, lo anterior en virtud de la derogatoria de su decreto reglamentario 2709 de 1994 y en atención a los lineamientos del Consejo de Estado.

5. Del Silencio Administrativo.

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. Lapso que vencido hace 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"¹¹

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.

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

"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.

¹¹ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Abril de 2003, Pág.252.

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, además del trascurso del término establecido en el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, requiere que la administración omita notificar pronunciamiento sobre las peticiones y los recursos presentados por los ciudadanos.

En el asunto de marras, encuentra este Juzgado que mediante Resolución No. 1446 del 23 de mayo de 2011, el Instituto de Seguro Social -ISS- resolvió conceder la pensión de jubilación al señor JAVIER CABRERA RIVERA.

Así mismo quedó acreditado que el demandante, el 02 de Julio de 2013, radicó ante el Instituto de Seguro Social, solicitud de reliquidación de la pensión que le fuere reconocida. Posteriormente presentó recurso de apelación contra el acto ficto o presunto que resultare del silencio administrativo de la anterior petición.

Finalmente, no obra documento alguno que acredite que al actor se le haya dado respuesta a la petición y al recurso interpuesto.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que se reúnen los presupuestos estatuidos tanto 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 de respuesta a la petición radicada el 02 de Julio de 2013 y al recurso de apelación radicado el 20 de diciembre de 2013 en contra del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo anterior.

6.- Caso Concreto.-

Al plenario fueron allegados copias y CD que contiene expediente administrativo del demandante, en el que importa destacar los siguientes documentos:

- Documento de identidad del accionante, en el que se verifica que nació el 25 de marzo de 1950 (fl. 18).
- Resolución No. 1446 de 23 de mayo de 2011, por la cual el Jefe del Departamento de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales Seccional Cauca, reconoce pensión de jubilación al demandante a partir del 1 de junio de 2010, en cuantía de \$1.877.849, monto que determina del 75% del ingreso base de liquidación que fija en \$2.503.799. (fs. 2-7)
- Resolución No. 1814 de 6 de julio de 2011, por la cual el ISS modifica el anterior acto, reconociendo el derecho a partir del 25 de marzo de 2010, en cuantía de \$1,820.151, tomado del 75% del IBL que fijo en \$2.426.868. (fs. 8-10)

- Petición de reliquidación elevada el 2 de julio de 2013 (fs. 11-14) Recurso de apelación contra el anterior acto. (fs. 15-17)
- Resumen de semanas cotizadas expedido por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, de 1971 a junio de 2011, en el que se verifican los periodos cotizados y el empleador. (fs. 19-20)
- Resolución No. 4284 de 18 de diciembre de 2009, por la cual el Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia aceptó la renuncia de Javier Cabrera Rivera al cargo de Docente de Tiempo Completo adscrito a la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas - Escuela de Economía a partir del 15 de enero de 2010. (fl. 60)
- Certificación expedida por la Secretaria General, el Grupo de Archivo y Correspondencia y Tesorería de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en la que indica que el señor Javier Cabrera Rivera percibió del 15 de enero de 2009 a 14 de enero de 2010 entre otros factores, sueldo, gastos de representación, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones. (fs. 21-47)
- Resolución VPB 5600 de 21 de abril de 2014 por la cual Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones da respuesta a las peticiones elevadas el 11 y 12 de octubre de 2012 y 2 de julio de 2013, tendientes a la reliquidación de la pensión de jubilación, acto en el que decide modificar la Resolución 1446 de 2011 y ordena modificar la mesada, tomando como IBL de 2010 la suma de \$1.827.640 a partir del 25 de marzo de 2010, y también los años 2011, 2012, 2013 y 2014, aplicando el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 1158 de 1994. (Archivo digital, entre otros GRF RP 20135332265-201404211102323 pdf.)
- La demanda fue presentada el diez (10) de Marzo de 2014. (Fl. 49)

Corresponde al Despacho establecer si el demandante señor **JAVIER CABRERA RIVERA** 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, el demandante adquirió el estatus de pensionado el día 25 de marzo de 2010, pues tenía más de 55 años de edad y más de 20 años de servicio, una parte en el sector público y otra parte en el sector privado, tal como consta en el certificado de cotizaciones obrante a folio 22 del expediente.

Así las cosas, atendiendo a la probanza allegada al expediente, al actor le es aplicable el régimen pensional contenido en la ley 71 de 1988 y para efectos liquidatorios el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 en virtud de la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 y la jurisprudencia del Consejo de Estado antes citada.

Colpensiones, en el acto de reconocimiento contenido en la Resolución No. 1446 de 2011, hace referencia a que para liquidar la pensión de vejez del demandante se tuvo en cuenta lo expresado en la ley 71 de 1988, tal como obra a folio 22, señalando que por cumplir los requisitos establecidos en la misma, le es aplicable el régimen contenido en ella.

En ese sendero, si bien el demandante laboró la mayor parte del tiempo como servidor público este no fue exclusivo al servicio del estado, sino que tuvo que laborar en el sector privado para completar el tiempo de servicio. En consecuencia la accionada aplicó en debida forma la normatividad porque reconoció la pensión de jubilación conforme a lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Adicionalmente, para efectos de liquidar la pensión del demandante se ha debido aplicar el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado, pues no es posible aplicar el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, que señalaba que correspondía al promedio de lo devengado en el último año de servicios, norma que fue derogada por el Decreto 1474 de 1997, donde se reglamenta el régimen de la pensión de jubilación por aportes, por lo que se evidencia que lo que solicita el demandante le resulta desfavorable a todas luces; por lo que efectuando la comparación respectiva se tiene que, la entidad liquidó la pensión del actor con lo devengado en los últimos diez años de servicio, actualizando la variación al Índice de precios al consumidor conforme lo prevé la ley 100 de 1993 en sus artículos 21 y 34, situación que le resulta favorable al demandante, toda vez que el mismo no es beneficiario del régimen pensional público.

En ese orden de ideas, se denegará la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

4. 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 Proceso 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; así pues, conforme lo establece el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., norma que dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso; el Despacho dispondrá condenar en costas y agencias en Derecho a la parte demandante. Por Secretaría, Líquidense.

Además de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. y de acuerdo con el Acuerdo 1887 de 2003, se procede a señalar 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.

III DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

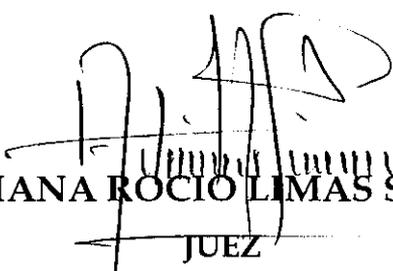
SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante. Por secretaría, **EFFECTÚESE** la respectiva liquidación.

TERCERO.- Por concepto de Agencias en Derecho, **FIJAR** 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 líquidense.

CUARTO.- NOTIFICAR la presente decisión a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO.- En firme la presente 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