

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación N°: 25000232500020100105901

Número Interno: 1133-2013

Actor: MARTHA MOLANO DE CADENA

Demandada: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL- CAJANAL

E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN

APELACIÓN SENTENCIA

AUTORIDADES NACIONALES

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia del 23 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en Descongestión.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la Sra. Martha Molano de Cadena demand

se declare la nulidad del acto ficto negativo, surgido del silencio de la demandada respecto de petición del 1º de noviembre de 2006 de reliquidación de pensión de jubilación.

.

Consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita:

i) Se ordene a la accionada reliquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida mediante Resolución 23969 de 2004, con el 75% de la asignación mensual más elevada que devengó en el último año de servicios, es decir, entre el 21 de noviembre de 2004 y el 20 de noviembre de 2005, incluyendo todos y cada uno de los rubros que percibió.

ii) Se condene a la demandada a reconocerle y pagarle las diferencias entre la mesada pensional que le ha venido sufragando y la que resulte de la reliquidación.

iii) Que los valores que arroje la condena sean actualizados en los términos del artículo 178 del C.C.A.

iv) Se cumpla la sentencia conforme lo dispuesto en los artículos 176 y 177 ídem, y se condene en costas y agencias en derecho a la accionada.

Hechos sustento de la pretensión.

La demandante nació el 10 de abril de 1953, y laboró para la Rama judicial, como Juez, entre el 15 de mayo de 1978 y el 20 de noviembre 2005.

La Caja Nacional de Previsión Social le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 23969 del 12 de noviembre de 2004, efectiva a partir del 10 de abril de 2003, por haber cumplido 20 años de servicio y 50 años de edad, tomando en cuenta el artículo 6º del Decreto 546 de 1971.

Una vez adquirió el status pensional, como no alcanzaba la edad de retiro forzoso (65 años de edad), permaneció en el servicio hasta el 20 de noviembre de 2005, cuando mediante Acuerdo No. 37 del 31 de octubre de esa anualidad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá aceptó la renuncia que presentó como Juez 6ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C.

A través de escrito del 1º de noviembre de 2006 presentó petición a la Caja Nacional de Previsión Social, en orden a obtener la reliquidación de su pensión de jubilación.

Afirma que a la fecha de presentación de la demanda, CAJANAL no había proferido ni notificado acto administrativo por medio del cual resolviera la petición anterior, a pesar de lo dispuesto en los artículos 6, 44 y 45 del Decreto 01 de 1984.

Culmina anotando que fue reintegrada al servicio de la Rama Judicial a partir del mes de diciembre de 2009, y por la prohibición que emana del artículo 128 de la Constitución Política, solicitó la suspensión en el pago de su mesada pensional, como en efecto se dispuso desde ese mes.

Normas violadas y concepto de violación.

Como vulneradas menciona: Artículos 2, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política. Artículo 36 Ley 100 de 1993. Artículo 6 Decreto 546 de 1971. Artículo 12 Decreto 717 de 1978.

Desarrolla el concepto de violación señalando que como era beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la amparaba lo dispuesto en artículo 6 del Decreto 546 de 1971, conforme el cual su pensión debe corresponder al 75% de la asignación mensual más alta que hubiere devengado en el año anterior a la fecha en que adquirió el status o al último año de servicios, teniendo en cuenta no sólo su asignación básica, sino todo lo que recibió por razón de su relación laboral, legal y reglamentaria.

Sostiene que en su caso no tiene cabida la Ley 33 de 1985, porque ésta no aplica para aquellos que gozan de un régimen especial, como es el contemplado en el Decreto 546 de 1971.

Que para el reconocimiento de su pensión, la entidad demandada debió aplicar íntegramente el mencionado decreto, pero no acudir a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para establecer el ingreso base de liquidación; con lo cual vulnera el principio de favorabilidad e inescindibilidad, y trae a colación sentencias de esta Corporación.

Contestación de la demanda. La CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL-E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN no contestó la demanda. (Ver constancia que obra fl.45).

LA SENTENCIA APELAD

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en

Descongestión, mediante sentencia del 23 de marzo de 2012 accede a las pretensiones de la demanda y declara probada de oficio la excepción de prescripción de las mesadas reliquidadas causadas con antelación al 16 de noviembre de 2007, sin condena en costas

Después de resaltar el acervo probatorio, esbozar un marco legal y jurisprudencial, y señalar que no existe discusión respecto a que la actora era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la normatividad especial que le corresponde en materia pensional es el Decreto 546 de 1971, para concluir que la entidad accionada hizo una incorrecta aplicación de la ley al momento de reconocerle la pensión de jubilación a la Sra. Martha Molano de Cadena.

Pues, “no es posible aplicar, por una parte, la disposición legal anterior, en lo que se refiere a la edad, tiempo y monto, y por otra, la nueva ley para establecer la base de liquidación de la pensión, porque, de ser así, se iría, como ya se señaló, en abierta contradicción con el principio de inescindibilidad de la ley, que prohíbe, dentro de una sana hermenéutica, fragmentar las normas legales”.

Motivo por el cual, dice el a quo, se deben anular los efectos del acto ficto negativo y ordenar a CAJANAL la reliquidación de la pensión en las condiciones del artículo 6° del Decreto 546 de 1971, es decir, con el 75% de la asignación mensual más alta que hubiere devengado entre el 21 de noviembre de 2004 y el 21 de noviembre de 2005, teniendo en cuenta -además de los factores ya reconocidos como sueldo básico, prima especial y bonificación por servicios prestados-, “la duodécima parte de la **prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y la bonificación por actividad judicial**”.

Para declarar de oficio la prescripción de las mesadas reliquidadas causadas con antelación al 16 de noviembre de 2007, explica: que si bien la actora presentó petición de reliquidación el 1° de noviembre de 2006, es decir, dentro de los 3 años

siguientes a la fecha en que le fue reconocida su pensión, 12 de noviembre de 2004, también lo es que el acto ficto se configuró el 1° de febrero de 2007, la accionante dejó transcurrir más de 3 años sin elevar ninguna otra petición de reliquidación y sin presentar la correspondiente demanda, por ello procedía la prescripción tomando como referencia la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 16 de noviembre de 2010.

Finalmente, señala que las diferencias que se ordenan pagar deberán ser reconocidas desde el 16 de noviembre de 2007, por prescripción trienal, y hasta el 7 de diciembre de 2009, fecha en la que la actora fue nombrada en el cargo de Directora Seccional de Fiscalías en Tunja, y a partir de la cual le fue suspendido el pago de su pensión mensual de jubilación.

LA APELACIÓN

Ambas partes presentan y sustentan recurso de apelación, así:

1. La parte pasiva

solicita revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se le absuelva, porque la liquidación de la pensión de la actora fue absolutamente ceñida a la Ley.

Para sustentar su pedido expone que como los empleados de la Rama Judicial fueron incorporados al Régimen General de Seguridad Social, en la liquidación se respetó el Decreto

546 de 1971 en cuanto a la edad, tiempo de servicios y el monto, pero, en los demás -como son los factores para establecer el ingreso base de liquidación-, se aplicó lo preceptuado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, que no incluyen para su cálculo la bonificación por actividad judicial, ni las 1/12 partes de las primas de navidad, de servicios y vacaciones.

2. La parte activ

solicita se revoque el numeral 3º de la decisión del Tribunal y, en consecuencia, no se declare la excepción de prescripción.

Como soporte aduce, que la solicitud de reliquidación presentada el 1º de noviembre de 2006 interrumpió el término de prescripción desde que se le reconoció el derecho en el año 2004, por lo tanto es erróneo que el Tribunal llegue a la conclusión que su petición no tuvo la virtualidad de interrumpirlo, cuando las normas citadas por la misma Corporación refieren lo contrario - haciendo alusión a los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del CPL-.

Adicionalmente anota, que el término de prescripción comenzó a correr nuevamente desde el 1º de noviembre de 2006 y la solicitud de conciliación se presentó el 29 de octubre de 2009, interrumpiendo dicho término, y la demanda se presentó el 16 de noviembre de 2010.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandante presentó alegatos de conclusión, argumentando en esencia lo aducido en su recurso.

La demandada también presentó alegato

, reiterando lo expuesto en la apelación.

El Ministerio Público rindió concept

solicitando confirmar la sentencia apelada, al quedar establecido que los actos cuestionados no se dictaron en acatamiento pleno del trato especial surgido del régimen de transición que amparaba a la actora.

Dice que para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión en el sub lite, no se acude a la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como lo hizo la accionada, sino a lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 546 de 1971 en concordancia con dispuesto en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, que por vía enunciativa señala algunos factores, y establece la regla conforme la cual constituyen factor de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

En lo que se refiere al prescripción, anota que no le asiste razón a la parte actora porque dejó transcurrir más de 3 años para presentar la demanda, contados desde que hizo la petición del 1º de noviembre de 2006, y que la solicitud de conciliación prejudicial que radicó el 29 de octubre de 2009 no tenía la virtud de interrumpir dicho término, como quiera que ésta interrumpe por tres meses pero el término de caducidad de la acción, para lo cual trae a cita el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009.

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

En los términos de los recursos de apelación la cuestión que corresponde dilucidar a la Sala se circunscribe a establecer, de una parte, si a pesar del régimen especial del Decreto 546 de 1971 que ampara a la Sra. Martha Molano de Cadena, es ajustado a derecho que para el cálculo del ingreso base de liquidación de su pensión se haya acudido a la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como lo hizo la accionada, y de la otra, determinar si no se configura el fenómeno de la prescripción de las mesadas reliquidadas causadas con antelación al 16 de noviembre de 2007, como lo argumenta la demandante.

HECHOS QUE APARECEN PROBADOS.

1. La demandante nació el 10 de abril de 1953, así se deriva de su registro civil de nacimiento y de su cédula (fls.44-45 C 1 de anexos)

2. Desempeñó en la ciudad de Bogotá D.C, entre el 15 de mayo de 1978 y el 20 de noviembre de 2005, los siguientes cargos en la Rama Judicial: Juez de Instrucción Criminal, Penal Municipal, Penal Aduanero, Superior, Penal del Circuito y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Así se desprende de certificación expedida por la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá (fls.77-78 C 1 de anexos)

3. Mediante Resolución No. 23969 del 12 de noviembre de 2004 CAJANAL reconoce y ordena el pago de pensión por vejez a la Sra. Martha Molano de Cadena (fls.66-70 íbidem). Del contenido de este acto se extrae que: **i)** Era beneficiaria del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, por lo tanto le aplica el Decreto 546 de 1971 por haber prestado sus servicios en la Rama Judicial por el tiempo exigido en este decreto; **ii)** Adquirió el status jurídico el 10 de abril de 2003; **iii)** La liquidación se efectuó “con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 9 años 2 meses, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93,...entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de mayo de 2003...”. **iv)** Los factores salariales tenidos en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión fue conforme el Decreto 1158 de 1994, tomando como tales la asignación básica, bonificación por servicios prestados y prima especial; **v)** La pensión se haría efectiva a partir del 1º de junio de 2003, a condición que demuestre su retiro definitivo del servicio.

4. Por Acuerdo No 37 del 31 de octubre de 2005 la Sala Plena del Tribunal Superior de Bogotá aceptó la renuncia de la actora al cargo de Juez 6ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, a partir del 21 de noviembre de esa anualidad (fl.83 de mismo cuaderno).

5. De certificaciones expedidas por la División Financiera de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura (fls.80-81 C 1 de anexos), se obtiene que la demandante recibió del 1 de enero al 31 de diciembre de 2004, además del sueldo básico, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones; y del 1 de enero al 20 de noviembre de 2005 percibió los anteriores conceptos, más bonificación por actividad judicial. Y que se le hicieron los descuentos para pensión con destino a CAJANAL.

6. A fls.3-5 del cuaderno principal, obra petición que hizo la actora a CAJANAL el 1º De

noviembre de 2006, solicitando reliquidación de su pensión.

7. A fls.14-15 del mismo cuaderno, aparece acta de diligencia de conciliación prejudicial llevada a cabo el 29 de enero de 2010 ante la Procuraduría Primera Judicial II Administrativa, que resultó fallida. De su contenido se deriva que la misma fue solicitada el 29 de octubre de 2009.

8. Mediante Resolución No. 0-5447 del 2 de diciembre de 2009 que suscribe el Fiscal General de la Nación, la actora es nombrada como Directora Seccional de Fiscalías en Tunja, y toma posesión el 7 del mismo mes y año (fl.128 y 136 C 1 de anexos).

9. El 7 de diciembre de 2009 la demandante solicitó al FOPEP suspender el pago de la mesada pensional que venía recibiendo como pensionada de la Rama Judicial, a partir de la misma fecha (fl.127 ídem).

REFLEXIONES DE LA SALA Y DECISIÓN CASO.

Vistos los supuestos fácticos y la prueba obrante, para esta Sala no hay duda que el régimen que ampara a la actora es el especial consagrado en el Decreto 546 de 197

, para empleados y funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público, ya que cumple los requisitos del régimen de transición dispuesto en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 199

, pues para el 1° de abril de 1994, que entró a regir el sistema pensional a nivel nacional, contaba con más de 35 años de edad por haber nacido el 10 de abril de 1953; sumado que no le aplicaba la Ley 33 de 198

, porque la misma estableció que no quedarían sujetos al régimen general en ella contenido, entre otros, quienes estuvieran amparados por regímenes especiales, como lo está la demandante por haber prestado sus servicios en la Rama Judicial como Juez por más de 20 años.

Existe amplia jurisprudencia del Consejo de Estado, reiterada y constante, conforme la cual quien sea beneficiario del régimen de transición dispuesto en el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y lo ampare un régimen pensional especial, como es el caso de la Sra. Martha Molano de Cadena, la aplicación de éste debe hacerse en su integridad, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicios, monto de la pensión y el ingreso base para su liquidación, sin que sea viable acudir al régimen general en alguno de estos aspectos, tal y como lo hizo la entidad demandada en la Resolución No. 23969 del 12 de noviembre de 2004, por medio de la que reconoce pensión de jubilación a la actora

En efecto, la entidad accionada en lo que corresponde a los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión de jubilación aplicó el régimen especial establecido en el Decreto 546 de 1971, pero para establecer el ingreso base de liquidación de la misma acudió a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y a los factores consagrados en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, con lo cual, como bien lo dejó dicho el a quo en su decisión, vulneró el principio de inescindibilidad de la norma

Ahora, si bien es cierto el Decreto 546 de 1971 no consagra los factores salariales a tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, también lo es que debe acudirse a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978, modificado por el 4º del Decreto 91

12

del mismo año, del que se obtiene que por tal debe entenderse, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario y empleado como retribución por sus servicios

, salvo -como lo señala el artículo 9º del Decreto 546- los viáticos que haya recibido el empleado o funcionario, a menos que ellos sean de carácter permanente y se hayan recibido, dentro de los citados tres años, durante un lapso continuo de seis meses o mayor.

Así las cosas, no le asiste razón a la institución accionada en su recurso, cuando aduce que como los funcionarios y empleados de la Rama Judicial fueron incorporados al Régimen General de Seguridad Social, así sean beneficiarios del régimen de transición, para establecer el ingreso base de liquidación de sus pensiones se acude a lo preceptuado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Sin embargo la Sala debe hacer la siguiente precisión: La bonificación de actividad judicial no puede ser considerada para el cálculo de la pensión de jubilación de la actora -como lo ordena el Tribunal-, porque por disposición del artículo 2º del Decreto 313

del 8 de septiembre de 2005, la misma no constituye factor salarial ni prestacional, motivo por el cual el literal a) del numeral cuarto de la sentencia de primera instancia será modificado, para excluir esta bonificación.

De otra parte, respecto a la no existencia de prescripción que plantea en su recurso la parte actora, esta Sala estima que no le asiste razón.

Lo anterior se concluye por los siguientes aspectos:

De la lectura de los artículos 4

del Decreto 3135 de 1968, 10

del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y 15 {}

del Código de Procedimiento Laboral, se extrae que i) las acciones para reclamar derechos laborales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; ii) el simple reclamo escrito del trabajador y/o servidor público recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual, lo que indica que dicha interrupción opera por una sola vez.

La petición inicial de reliquidación la hizo la actora dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha del acto que le reconoció la pensión -Resolución No. 23969 del 12 de noviembre de 2004-, teniendo en cuenta que fue hecha el 1º de noviembre de 2006.

Lo que significa que se interrumpió por un término igual de 3 años y por una sola vez, hacia atrás y hacia adelante. Hacia adelante quedó interrumpido el término de prescripción hasta el 1º de noviembre de 2009.

Así las cosas, no es de recibo el argumento, según el cual con la solicitud de conciliación prejudicial del 29 de octubre de 2009 se interrumpió nuevamente dicho término. Porque conforme las aludidas normas, el reclamo inicial sólo interrumpe por un término igual y por una sola vez, de suerte que no podía volver a hacer el mismo reclamo, creyendo que de nuevo volvería a empezar a correr un nuevo lapso de 3 años; sumado que, como lo expuso el Ministerio Público en su concepto citando el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, lo que suspende la solicitud de conciliación prejudicial es el término de caducidad de la acción por tres meses, nada más.

Como si todo ello fuera poco, se pregunta esta Sala, como también lo hizo el Tribunal, por qué la actora, una vez que se cumplieron los 3 meses que tenía la entidad accionada para responder la petición del 1º de noviembre de 2006, es decir, una vez llegó el 1º de febrero de 2007, fecha en que se configuró el silencio administrativo de efectos negativo

, no procedió a formular la demanda, sino que se esperó hasta el 16 de noviembre de 2010.

Por lo dicho se comparte la tesis del Tribunal, que asumió como punto referencial para declarar la prescripción trienal la fecha de presentación de la demanda, lo cual comporta que los valores que arroje la reliquidación pensional de mesadas anteriores al 16 de noviembre de 2007 se hallan prescritos.

Bajo el entendido de lo anotado en precedencia, se impone confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, salvo la modificación al literal a) del numeral 4º de la sentencia, para excluir como factor salarial la bonificación de actividad judicial

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero.- CONFIRMAR la sentencia del 23 de marzo de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en Descongestión, conforme lo expuesto en la parte motiva, salvo la modificación al literal a) del numeral 4º, que quedará así:

“4º.- Condenar a la Caja Nacional de Previsión Social EICE en liquidación, a lo siguiente:

a) Reliquidar el valor de la mesada de la pensión de jubilación reconocida a la señora **MARTHA MOLANO DE CADENA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 35.400.476 de Zipaquirá, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicios, esto es, entre el veintiuno (21) de noviembre de dos mil cuatro (2004) y el veintiuno (21) de noviembre de dos mil cinco (2005), por lo que, además de los factores de sueldo básico, prima especial y bonificación por servicios prestados, ya reconocidos, se deberán incluir valores por concepto de duodécima parte de la **prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones**, de acuerdo con lo establecido en el

Decreto 546 de 1971.”

Segundo.- El cumplimiento del fallo corresponde a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - UGPP- en su condición de sucesora procesal de la entidad demandada, conforme se dejó dicho en proveído del 18 de julio de 2013, que obra a fls.222-223.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
VARGAS RINCÓN

ALFONSO

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

