



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, Marzo 28 de dos mil diecinueve (2019)

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL**

Magistrado Ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	70-001-23-33-008-2017-00078-01
Demandante:	Limbania Ordozgoitia de Carrascal
Demandado:	Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA
Procedencia:	Juzgado 7 Administrativo del Circuito

**Tema:** *Reliquidación pensión de sobreviviente – Régimen de transición – Aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018*

**1. OBJETO A DECIDIR**

Por razones metodológicas y de producción, la Sala arribará el estudio de los procesos que tengan relación directa con la reliquidación de las pensiones que pertenezcan al régimen de transición de la Ley 100 de 1993 pleno, a fin de aprovechar la sentencia de unificación pronunciada por el H. Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, en consecuencia y de acuerdo con lo autorizado por la Ley<sup>1</sup> y la jurisprudencia no se tendrá en cuenta en estricto orden de radicación y el ingreso al despacho<sup>2</sup>, empero se accederá al estudio y solución con prioridad de aquellos ingresados hasta el 31 de diciembre de 2018.

Anunciado lo anterior procede la Sala, a desatar el recurso de apelación incoado por la entidad demanda, contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2016 por el

<sup>1</sup> Inciso 4 del artículo 63 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009.

<sup>2</sup> Artículo 18 Ley 446 de 1998

Juzgado Séptimo Administrativo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

## **2. ANTECEDENTES:**

**2.1. Pretensiones<sup>3</sup>:** La accionante deprecia la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución No. 00435 del 15 de abril de 2002<sup>4</sup>, por medio de la cual la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor German Andrés Carrascal Anaya (q.e.p.d.); de la (ii) Resolución No. 01246 del 19 de julio de 2011<sup>5</sup>, a través de la cual el SENA reconoció a la demandante la sustitución de la anterior prestación con ocasión de la muerte de su cónyuge, el señor Carrascal Anaya; (iii) el Oficio No. 2-2014-002777 del 28 de febrero de 2014<sup>6</sup>, proferido por la Coordinadora Grupo de Pensiones del SENA, a través del cual negó “la reliquidación de la pensión sustitutiva post mortem” a la actora, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante en el último año de servicio a la adquisición de su status de pensionado.

Como consecuencia de la anterior declaración, insta que la entidad demandada “reliquide la pensión sustitutiva post mortem” a la señora Limbania Ordozgoitia de Carrascal, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por su difunto cónyuge German Carrascal Anaya en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionado en cuantía que asciende a la suma de \$2.343.669.07 efectiva a partir del 1º de enero de 2002.

Solicita además el pago de las diferencias a que haya lugar, debidamente indexada; así como las mesadas de junio y de diciembre.

**2.2. Hechos relevantes<sup>7</sup>:** Manifestó la señora Limbania Ordozgoitia que el señor Germán Andrés Carrascal, prestó sus servicios personales en el SENA como servidor público, al cual le fue reconocida pensión de jubilación por parte de esta entidad de Aprendizaje mediante Resolución No. 00435 de fecha 12 de abril de 2002<sup>8</sup>, siendo

---

<sup>3</sup> Fl. 1 y 2 del C. Ppal.

<sup>4</sup> Folios 19 a 21 del cuaderno principal.

<sup>5</sup> Folios 24 y 25 del cuaderno principal.

<sup>6</sup> Folios 36 a 39 del cuaderno principal.

<sup>7</sup> Folios 2 al 3

<sup>8</sup> Fls. 19 a 21 “Por la cual se reconoce una pensión de jubilación”

liquidada con el promedio de los factores salariales devengados por el causante en el último año de servicio, al tenor de lo señalado en la Ley 33 de 1985 y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado.

El señor Carrascal Anaya falleció el 4 de abril de 2011, a raíz de ese deceso; la señora Limbania Ordozgoitia, en calidad de cónyuge supérstite elevó petición de “pensión sustitutiva post mortem”, radicada en la regional Sucre del SENA el 12 de abril de 2012 con el N° 1-2011-000713 y remitida a la dirección general mediante comunicación N° 2-2011-000310 del 26 de marzo de 2011<sup>9</sup> (no figuran en el expediente), la que le fue reconocida a través de Resolución No. 01246 de fecha 19 de julio de 2011<sup>10</sup>, pero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados por el señor Carrascal en el último año de servicio, de acuerdo a lo afirmado por la demandante.

La señora Ordozgoitia de Carrascal, mediante escrito presentó solicitud de “reliquidación de pensión sustitutiva post mortem” ante el SENA el 19 de febrero de 2019 con radicado N° 1-2014-003745<sup>11</sup> (que no fue aportada con la demanda<sup>12</sup>), la cual fue resuelta mediante oficio No. 2-2014-002777 adiado 28 de febrero de 2014 (Fls 36 a 39), en forma desfavorable, quedando agotada la actuación administrativa.

**2.3. Actuación procesal:** La demanda fue presentada el 4 de agosto de 2014<sup>13</sup>, admitida por auto del 25 de agosto de 2014<sup>14</sup>, notificadas las partes el 30 de septiembre de 2014<sup>15</sup>; la entidad demanda contestó la demanda el 4 de diciembre de 2014<sup>16</sup>; previa convocatoria mediante auto de fecha 17 de abril de 2015 se fijó fecha para la audiencia inicial<sup>17</sup>, la cual se realizó el 12 de junio de 2015<sup>18</sup> y en la misma se presentó recurso de apelación contra el auto que decidió las excepciones previas,

---

<sup>9</sup> Fecha que se desprende del oficio N° 2-2011-009287 mediante el cual responden a un trámite de sustitución pensional, visible a folio 138

<sup>10</sup> Fls 24- 25 “Por la que se reconoce en forma definitiva el derecho a la sustitución pensional a la señora Limbania Ordozgoitia de Carrascal”

<sup>11</sup> Fecha que se desprende del oficio N° 2-2014-002777 mediante el cual responden a un derecho de petición, visible a folios 36 a 39

<sup>12</sup> Fue aportada con los antecedentes administrativos y reposa en los folios 168 a 172.

Solicitud de reliquidación de pensión sustitutiva post mortem ante el SENA presentada el 19 de febrero de 2019 con radicado N° 1-2014-003745

<sup>13</sup> Fls 46

<sup>14</sup> Fl. 48.

<sup>15</sup> Fls. 51 a 54

<sup>16</sup> Fls. 61 a 67

<sup>17</sup> Fls. 179

<sup>18</sup> Fls. 180 a 183

puntualmente sobre la falta de legitimación por pasiva, recurso que fue desatado mediante providencia proferida por esta colegiatura en el despacho del Magistrado Carlos Álzate el 2 de julio de 2015<sup>19</sup> revocando la decisión de primera instancia y ordenando seguir con el proceso, a través de proveído del 25 de agosto de 2015<sup>20</sup>, se fijó fecha para continuar con la audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 4 de noviembre de 2015 absteniendo de decretar más pruebas debido a que con las que figuraban en el expediente era suficiente para fallar y se corrió traslado para alegar de conclusión, la parte actora presentó sus alegaciones el 6 de noviembre de 2015<sup>21</sup>, mientras que la demandada no lo hizo, como tampoco el agente del Ministerio Público.

**2.4. Pronunciamiento del Demandado<sup>22</sup>:** La entidad accionada presentó contestación de la demanda, respecto de las pretensiones, se opuso a todas estas por considerar que no le asiste razón a la parte demandante en lo que respecta a que el acto administrativo deviene en nulo por no haberse liquidado con la totalidad de los factores salariales devengados.

En lo atinente a los hechos, aceptó como ciertos en su gran mayoría y señaló que otros no son hechos sino apreciaciones del apoderado, pero resaltó que la liquidación de la pensión del señor Germán Andrés Carrascal Anaya, cónyuge de la demandante, se realizó teniendo en cuenta aquellos elementos salariales sobre los cuales cotizó, posición que apoya en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En defensa de la legalidad de los actos enjuiciados, señaló, que a la demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación causada por su cónyuge, porque la misma se encuentra ajustada a derecho, toda vez que si bien éste se encontraba en el régimen de transición que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello solo permite aplicarle de la Ley 33 de 1985, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión en un 75%; sin embargo, se deben tener en cuenta los factores salariales taxativamente previstos en el Decreto 1158 de 1994, tal como lo señaló la Corte Constitucional, en la sentencia C-258 de 2013.

---

<sup>19</sup> Fls. 4 al 11 Cuaderno de alzada de auto,

<sup>20</sup> Fl. 187

<sup>21</sup> Fls. 194 a 202

<sup>22</sup> Fls. 58 a 62

Como excepciones de fondo incoo la falta de legitimación en la causa por pasiva, aduciendo que se acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4937 de 2009, no hay lugar a que los empleadores públicos reconozcan pensiones de los trabajadores afiliados al I.S.S., lo que impide que el SENA asuma obligaciones de pagar sumas de dinero por concepto de pensión de vejez o de jubilación, toda vez que esta obligación radica en COLPENSIONES.

**2.5 La sentencia recurrida**<sup>23</sup> El Juez de primera instancia resolvió acceder a las pretensiones de la demanda, argumentando que del material probatorio allegado al proceso se encuentra demostrado que el cónyuge de la demandante, el señor German Andrés Carrascal Anaya, se encontraba cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y más de quince años de servicio; por tanto, el régimen aplicable para efectos del reconocimiento de su pensión jubilación son las normas anteriores que regulaban la materia para los empleados de la rama ejecutiva del poder público, esto es, el Decreto 3135 de 1968, sustituido posteriormente por la Ley 33 de 1985.

En ese orden de ideas, expresó que la Secretaría General del SENA, al calcular en la Resolución No. 00435 del 12 de abril de 2002 el ingreso base de liquidación de la pensión del señor CARRASCAL ANAYA, no debió tomar el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de lo cotizado por el causante entre el 1º de abril de 1994 hasta cuando alcanzó el *status* de pensionado, esto es, el 12 de enero de 2002, en aplicación a la perspectiva del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y tampoco, debió tener en cuenta solamente (i) asignación básica mensual y (ii) el subsidio de alimentación, como lo dispone el Decreto 1158 de 1994; sino que se debieron tener en cuenta todos los factores salariales devengados por él durante el último año de servicios, en virtud de haberse reconocido su pensión en los términos de la Ley 33 de 1985.

Sostuvo que, no ocurre lo mismo con la Resolución No. 008781 del 28 de abril de 2009 del Instituto de Seguro Social, por la cual reconoció y liquidó la pensión del señor German Carrascal conforme su propia reglamentación, esta es, el Acuerdo No. 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad (pensión de vejez), y no conforme el régimen de la Ley 33 de 1985 (pensión de jubilación).

---

<sup>23</sup> Folios 204 a 232

Explicó que al plenario se allegó certificación suscrita por el Coordinador del Grupo Apoyo Administrativo del Centro de la Innovación, la Tecnología y los Servicios del SENA, Regional Sucre<sup>24</sup>, en la cual se vislumbra que el señor Carrascal Anaya prestó sus servicios a esa entidad, desde el 6 de mayo de 1977 hasta el 30 de noviembre de 2001, en el cargo de Instructor Grado 15 y devengó “durante el último año de servicios” anterior a la causación del derecho (1998-1999)<sup>25</sup>, además de la asignación básica mensual, los siguientes factores salariales: subsidio de alimentación, bonificación, prima de servicios (junio-diciembre), prima de navidad, prima de vacaciones y viáticos; por lo tanto, al no incluirse en la pensión ordinaria de jubilación reconocida en su oportunidad por el SENA al señor Germán Carrascal Anaya todos los factores salariales devengados por él; no quedaba duda que la actora tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación sustituida de su cónyuge, en cuantía del setenta y cinco por ciento (75%), teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por este durante el último año de servicio, incluyendo además de la asignación mensual y el subsidio de alimentación, las bonificaciones, la prima de servicios, la prima de navidad y la prima de vacaciones; además, porque constituyen factores de salario contemplados, inclusive, en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En cuanto a los viáticos, señaló que a pesar de que constituyen factores salariales que pueden ser tomados para la liquidación de las pensiones, por mandato de la ley deben ser percibidos por el trabajador por no menos de 180 días, tal como lo establece el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978<sup>26</sup>, lo cual no se probó dentro del proceso; por ello no tuvo en cuenta tal concepto.

Aclaró que si bien la pensión sustituida a la señora Limbania Ordozgoitia se encuentra actualmente a cargo de COLPENSIONES, por ser quien reemplazó al

---

<sup>24</sup> Fls. 16-17.

<sup>25</sup> El señor GERMAN ANDRÉS CARRASCAL ANAYA, cumplió los 20 años de servicio en el SENA, el 6 de mayo de 1997, y los 55 años de edad, el 12 enero 2001, por lo que éste último día alcanzó el status de pensionado, sin embargo se retiró, el 30 de noviembre de 2001, por lo que, su último año de servicio viene desde el 30 de noviembre de 2000 hasta entonces, pero como no se allegó certificado salarial de ese periodo, se tendrá en cuenta el certificado obrante dentro del proceso, que da cuenta de los que devengó entre 1998-1999.

<sup>26</sup> Artículo 45º.- *De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario: (...) // 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; (...)*”

ISS<sup>27</sup>, es al SENA a quien corresponde cumplir el restablecimiento del derecho que se ordena en la presente sentencia, por ser la entidad que reconoció en su momento la pensión de jubilación al señor German Andrés Carrascal Anaya, y tiene a su cargo pagar el mayor valor resultante entre, el quantum de la pensión de jubilación reconocida por esa entidad, en la que se debió incluir todos los elementos salariales devengados por el causante en su liquidación, y el *quantum* de la pensión de jubilación reconocida por el ISS, tal como aparece dispuesto en la Resolución N° 01246 del 19 de julio de 2011.

En ese sentido, ordenó al SENA reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor German Andrés Carrascal Anaya, en cuantía del 75%, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por éste durante el último año de servicio, incluyendo además de la asignación mensual y el subsidio de alimentación, los siguiente valores devengados, por concepto de (i) las bonificaciones, (ii) la prima de servicios, (iii) la prima de navidad y (iv) la prima de vacaciones, a partir del día siguiente en que se hizo efectiva la misma, es decir, el 30 de noviembre de 2001.

Igualmente, deberá realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal para pensión, aclarando que dichos aportes deben ser en el porcentaje que corresponda al trabajador, y lo que corresponda por ese mismo concepto a la entidad empleadora, es decir el SENA, contra quien COLPENSIONES podría repetir para obtener su pago.

**2.6 El recurso de apelación<sup>28</sup>:** La parte demandada dentro del término legal establecido interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por considerar que el A quo al desconocer la sentencias de unificación del Consejo de Estado no puede omitir o primar sobre las decisiones que de esa índole profiera la Corte Constitucional, la cual señala que la liquidación de la pensión está limitada a los factores que conforman los aportes.

---

<sup>27</sup> Conforme lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2012 de 2012 (septiembre 28), se suprime el objeto del Instituto de Seguros Sociales “ISS” en cuanto la dirección, administración, control, vigilancia y prestación del servicio en materia de la Administración de Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Así mismo, el artículo 3º del Decreto 2011 de 2012, por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”.

<sup>28</sup> Fls 240 a 245

Argumentó que el régimen pensional de los servidores del SENA es el régimen general de pensiones regulados por la Ley 100 de 1993, excepto para quienes sean beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem que tienen derecho a que se le reconozca la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión con el régimen anterior al que se encontraban afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social.

Sostuvo que el régimen al cual se encontraban afiliados los servidores del SENA a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, era el contenido en la Ley 33 de 1985, por consiguiente los que se encontraban amparados bajo este régimen tienen derecho a que se mantenga lo regulado en esa norma en cuanto a la edad, monto y tiempo de servicio.

Explicó que en acatamiento a las pautas que fijó el Consejo de Estado, el SENA aplicó íntegramente el régimen anterior incluido el ingreso base de liquidación, o sea el 75% de lo devengado en el último año de servicio como lo dispone el artículo 1º de dicha ley y los factores taxativos señalados en la ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Señaló que el aun cuando el pensionado aspira que la entidad determine el monto de su pensión con base en el Decreto 1045 de 1978 que incluye otros adicionales a los contemplados en la Ley 33 de 1985, también pretende que la liquidación se efectúe con base en todo lo devengado por el servidor en el último año de servicio, no puede olvidar el Juez que el régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creo un régimen unificado de seguridad social en el que el ingreso para liquidar la pensión de vejez de las personas beneficiarias de él y a las que les hiciera falta menos de 10 años para adquirir el derecho será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior actualizado anualmente con base en el I.P.C.

Asevera que tal concepto debe prevalecer sobre las consideraciones que la jurisprudencia contenciosa sostenga en cuanto a que quienes pertenezcan al régimen de transición tiene derecho a que se liquide la pensión teniendo en cuenta todo lo devengado por el servidor en el último año de servicio, incluido lo devengado

por prestaciones sociales según lo establece el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45.

Explica que la razón de tal aserto estriba en que para liquidar el quantum de la pensión se tendrá en cuenta el I.B.L. determinado para quienes se encuentran en régimen de transición aplicando para ello los factores taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1994 tal como lo sostiene la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013. La cual es un presente que obliga a los jueces conforme a lo dispuesto por tal Tribunal en sentencias C-539 y C-634 de 2011, el cual es vinculante para las autoridades judiciales.

Añade que en la sentencia SU-230 de 2015 el órgano de cierre Constitucional reiteró su postura de la interpretación que se realizó en la sentencia C- 258 de 2013 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el I.B.L. no es un aspecto de transición y por tanto son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar en monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

Por todas estas razones solicita la revocatoria de la sentencia.

**2.7 Actuación en segunda instancia:** Mediante auto del 9 de mayo de 2018<sup>29</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 15 de noviembre de 2016 y a través de proveído del 2 de agosto de 2018 se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión<sup>30</sup>, término dentro del cual se pronunció la parte actora.

**2.8. Alegatos de conclusión:** De la parte **demandante**<sup>31</sup>, luego de leer con detenimiento las alegaciones de la parte actora, observa la Sala que esta reiteró los planteamientos que sobre el derecho a la reliquidación tiene la actora al ser su cónyuge beneficiario del régimen de transición, por contar con más de 40 años de edad al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, concluyendo que al señor German Andrés Carrascal se le permite pensionarse con el régimen anterior, es decir, el contemplado en la Ley 33 de 1985.

---

<sup>29</sup> Fl. 04 C. Alzada

<sup>30</sup> Folio 8 C. Alzada

<sup>31</sup> Fls. 12 a 21 C. Alzada

Para reafirmar su dicho trajo a colación varios pronunciamientos del H. Consejo de Estado<sup>32</sup> en torno a la no taxatividad de los factores salariales a tener en cuenta al momento de la liquidación de la pensión sino que los mismos se encuentran simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

La parte **demandada** no alegó de conclusión.

**2.9. Concepto del Ministerio Público:** El delegado del Ministerio público en esta oportunidad no emitió concepto alguno.

### **3.- CONSIDERACIONES:**

**3.1. Competencia.** Por la naturaleza del proceso y la estimación de la cuantía (artículos 138 y 152 del CPACA), el Tribunal es competente para decidirlo en primera instancia.

**3.2. Problema jurídico:** Antes de abordar el problema jurídico, es necesario resaltar que los únicos actos administrativos demandados, fueron los expedidos por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y sobre ellos se pronunciará este Tribunal, pues ni el ISS (COLPENSIONES) fue demandado; ni tampoco lo fue, la resolución 008781 de 2009 por la cual esa entidad **reconoce la pensión de vejez**.

Entonces, el problema jurídico se circunscribe en determinar, si la señora Limbania Ordozgoitia de Carrascal, en calidad de cónyuge sobreviviente del señor Germán Carrascal Anaya tiene derecho a que el SENA **reliquide la pensión de jubilación de su difunto esposo y su sustitución pensional**, con un ingreso base de liquidación en donde se incluyan la totalidad de los factores salariales devengados por el causante durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionado.

Para resolver el mérito del *sub examine*, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de tal

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, sentencia del 28 de noviembre de 2010. C. P. Gustavo Gómez Aranguren; reiterada en la de calenda 27 de enero de 2011 de la Sección Segunda Subsección B. C. P. Berta Lucía Ramírez de Paez.

normativa; (ii) Régimen Pensional del Seguro Social, (iii) Régimen aplicable a los empleados del SENA (iv) Caso concreto.

**3.3. La vigencia del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de tal normativa.** El sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a unificarse en Colombia con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*".

En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubiesen empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

El primero de ellos consagra como supuestos de hecho para la aplicación de la transición y por tanto de la normativa vigente con anterioridad, el tener 40 años o más de edad para los varones, 35 o más años de edad si son mujeres o 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema. El segundo artículo, establece la vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital hasta tanto lo determine la autoridad gubernamental, lo que deberá ocurrir a más tardar el 30 de junio de 1995.

Por lo anterior, para determinar la normativa aplicable para la liquidación de la pensión de jubilación ha de establecerse en cada caso si el potencial pensionado goza del régimen anterior pleno o del de transición de la ley 100 de 1993.

En lo referente a la pensión de sobreviviente la Ley 797 de 2003 señala:

**“ARTÍCULO 12.** *El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:*

*Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

*1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) declarado inexecutable

b) declarado inexecutable

**PARÁGRAFO 10.** Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez”.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión de vejez, la norma en comentario preceptúa:

**“ARTÍCULO 13.** Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Artículo 47. **Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá

*cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

*c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno~~; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*

*d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;*

*e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

**PARÁGRAFO.** *Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil”.*

Respecto del monto de la pensión de sobreviviente el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 estipula:

**“ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** *El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.*

*El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.*

*En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.*

*No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto”.*

Por otra parte, en el Acto Legislativo 01 de 2005<sup>33</sup>, el Constituyente consagró un límite temporal para la aplicación del régimen de transición en materia de pensiones, así:

*Artículo 48. (...) Parágrafo Transitorio 1. “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”. (Subrayado fuera del texto original).*

Respecto de los factores salariales a tener en cuenta al momento de la liquidación, el Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, elevó a rango constitucional la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, y en cuanto al régimen de

<sup>33</sup> Que modificó el artículo 48 de la Constitución Política.

transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que expresa que deben mantenerse las prerrogativas del régimen anterior en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión o tasa de reemplazo, empero el I.B.L. y los factores a aplicar deben ser los consagrados en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, para determinar el ingreso base de liquidación en el régimen de transición de la ley 100 de 1993, se tendrá en cuenta si a la persona le faltaren menos de 10 años para adquirir el status; en ese escenario, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta; pero, si le faltaren más de 10 años, será el cotizado durante toda su vida laboral.

En diferentes oportunidades, la Corte Constitucional ha establecido que la expresión “*hasta el año 2014*” implica que la vigencia del régimen de transición se extendería hasta el 31 de diciembre de 2014. Esta interpretación no ha sido objeto de variación<sup>34</sup> y se ha reconocido por otros Tribunales y autoridades públicas. Verbi gracia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia del 29 de noviembre de 2011<sup>35</sup>, indicó que si una persona tenía al menos 750 semanas cotizadas en el momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005<sup>36</sup>, el régimen de transición para pensionarse con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2014<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> La Corte Constitucional ha referido la misma interpretación de forma invariable, por ejemplo en la sentencia C-258 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, indicó que el régimen de transición en pensiones terminó el 31 de julio de 2010, salvo para las personas que siendo beneficiarias de éste, tuvieran más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, a quienes se les extendería hasta el 31 de diciembre 2014.

Asimismo, la sentencia C-418 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa, estableció que la expresión “*hasta 2014*” contenida en el parágrafo 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, significa que el régimen de transición sería aplicable hasta el 31 de diciembre de 2014 para los trabajadores que cumplieran con el requisito de tener las 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

<sup>35</sup> Radicado No. 42839, citada en la Sentencia C-418 de 2014.

<sup>36</sup> Radicado No. 110010325000200700054-00, citada en la Sentencia C-418 de 2014.

<sup>37</sup> Igualmente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de abril de 2011, señaló lo siguiente:

*“Adicionalmente, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 en su parágrafo transitorio No. 4 determinó que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente de 15 años de servicios al 25 de julio de 2005 –fecha de entrada en vigencia del acto- quienes **podrán seguir amparados con la transición hasta el 31 de diciembre de 2014** efectuando de esta manera un desmonte de la transición pensional prevista en la Ley 100 de 1993”.*

La Procuraduría General de la Nación se ha manifestado en el mismo sentido.

En efecto, mediante la Circular 048 del 29 de septiembre de 2010, al pronunciarse sobre los oficios No. 177868 de 2010 y 12310 de 2010, proferidos por la Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones del Ministerio de la Protección Social y la Dirección General de Seguridad Económica y Pensiones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio Público sostuvo que la vigencia del régimen de transición se extendía hasta el 31 de diciembre de 2014 y no hasta el 31 de diciembre de 2013, tal y como se establecía en dichos oficios.

**3.4. Régimen Pensional del Seguro Social:** el Decreto 758 de 1990 que aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, contenía el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el cual señala los requisitos para obtener la pensión de vejez así:

*“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:*

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”*

Para efecto de establecer el monto de la liquidación el artículo 20 ibídem establece:

*“ARTÍCULO 20. INTEGRACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:*

- a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*
- b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.”*

En torno a las condiciones para acceder a la pensión de vejez previstas en el Acuerdo 049 de 1990, aquellas han sido reconocidas y reiteradas en diferentes oportunidades por la Corte Constitucional<sup>38</sup> de las cuales se concluye que para que una persona se pueda pensionar con las condiciones de monto (Tasa de reemplazo), edad y tiempo señaladas en el Acuerdo 049 de 1990 debe: (i) tener 60 o más años si es hombre o 55 años de edad si es mujer al momento de solicitar la pensión y (ii) demostrar como

---

<sup>38</sup> Ver Sentencias T-398 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-583 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-093 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-637 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva Luis Ernesto Vargas Silva, T-201 de 2012 M.P. Nilson Pinilla, T-360 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio, T-408 de 2012 M.P. Mauricio González Cuervo.

mínimo 500 semanas de cotización dentro de los 20 años anteriores a la solicitud o 1000 en cualquier momento.

Ahora bien, en cuanto a la exclusividad de las cotizaciones exigidas la jurisprudencia ha evidenciado una controversia. En efecto, se advierte que existen dos interpretaciones sobre el presupuesto de cotización, **la primera**, según la cual las semanas requeridas (500 durante los 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o 1000 en cualquier momento) deben ser cotizadas de forma exclusiva ante el ISS y, **la segunda**, que admite la acumulación de semanas cotizadas al ISS y a otras entidades administradoras de pensiones.

**3.5. Régimen aplicable a los empleados del SENA.** De conformidad con los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores públicos del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA pertenecen a la rama ejecutiva del poder público por lo que tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas en la ley para esta clase de funcionarios.

Mediante el Decreto 2464 de 1970, se expidió el Estatuto para el personal del SENA, cuerpo normativo que en sus artículos 126 y 127, referente a las prestaciones sociales de sus empleados, dispuso:

*“Art. 126. Los empleados del SENA tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la ley.”*

*“Art. 127 Seguro Social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA continuaran afiliados al Instituto de Seguros Sociales -I. S. S. En los lugares donde no haya servicio de dicho Instituto, las prestaciones a cargo -del mismo serán asumidas directamente por el SENA en relación con sus empleados o trabajadores no afiliados al I. S.S.*

*El SENA pagará a sus empleados y trabajadores los tres (3) primeros días de incapacidad que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no reconoce, siempre y cuando la incapacidad total en cada caso sea mayor de tres (3) días. Además el SENA completará el salario que el Seguro paga durante la incapacidad, hasta la totalidad del sueldo asignado al empleado o trabajador. El salario durante la incapacidad lo pagará el SENA,*

*cediendo el empleado o trabajador su derecho al SENA para que repita contra el Seguro Social. "*

Sobre este particular, el H. Consejo de Estado expresó lo siguiente:

*"Mediante el Decreto 2464 de 1970. Se aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en el que se determinó que su personal tiene derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la ley. Se concluye que los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma "general" establece la ley para los miembros de la rama ejecutiva. **En consecuencia, desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables las leyes 6ta de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia**"<sup>39</sup> (Negrillas fuera del texto)*

De lo anterior se colige que a los servidores del SENA, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, se les aplica las disposiciones vigentes para los empleados de la rama ejecutiva del poder público, es decir, el Decreto 3135 de 1968 (artículo 27), la Ley 33 de 1985 entre otras.

De conformidad con las normas anteriormente relacionadas, los empleados públicos del SENA fueron afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, para amparar entre otros, el riesgo por vejez, tal como sucedió en el caso del señor Germán Andrés Carrascal Anaya, quien reporta cotizaciones al I.S.S., como empleado del SENA desde el 6 de mayo de 1977<sup>40</sup>.

De acuerdo con la regulación legal existente, el SENA tiene un régimen especial en cuanto a las pensiones<sup>41</sup>, ya que las normas que lo regulan consagraban a favor de sus empleados una pensión de jubilación a los 20 años de servicios y 55 años de edad; pero adicionalmente, se estableció la obligación de afiliar a sus empleados al

---

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011), Radicación Número: 25000-23-25-000-2002-10823-01(1069-09), Actor: María Elena Cadena Bohórquez, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA

<sup>40</sup> Lo cual se desprende del Certificado laboral de fecha 5 de febrero de 2002, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Recursos Humanos Seccional Sucre.

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. CP Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 6 de octubre de 2011. Radicación: 13001-23-10-000-2003-02154-01 (0599-11). **Del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, cuando el servidor laboró en una entidad estatal afiliada al ISS.**

ISS, en las mismas condiciones que los empelados privados, razón por la cual, se generan obligaciones en cabeza tanto del SENA como último empleador, como del Instituto del Seguro Social (Hoy COLPENSIONES), entidad que asume el riesgo de vejez una vez, en los términos de las normas generales.

Antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de pensión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1968, artículo 75)

Esta regla general fue objeto de variación, en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron para el I.S.S., porque en estos eventos se presenta una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, no solo lo vienen a ser del sector público sino también del régimen del I.S.S. por ello surge la duda de cuál de las dos entidades debe reconocerle la pensión respectiva.

Así pues, si se considera que el régimen aplicable es el del Seguro Social, tendría entonces que darse aplicabilidad al régimen anterior a la Ley 100 de 1993, es decir al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 750 de 1990, y la pensión la concedería el I.S.S., cuando los trabajadores acrediten 60 años de edad y 1000 semanas cotizadas.

Contrario sensu si se cree que el régimen aplicar es el del sector público, entonces se daría aplicación a lo establecido en la Ley 33 de 1985, que regula la prestación de los empleados oficiales que cumplan con el requisito de haber laborado 20 años o más al servicio del Estado y 55 años de edad.

En el caso del señor Germán Carrascal a este le fue reconocida su **pensión de jubilación** mediante Resolución No. 00435 de 2002<sup>42</sup> por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuanta el 75% del promedio de lo devengado entre el 1º de abril de 1994 al 12 de enero de 2001 (día en que cumplió el

---

<sup>42</sup> Fls. 102 a 103

requisito de edad) en cuantía de Dos Millones Noventa y Cinco Mil Doscientos Cincuenta y Un peso (\$2.095.251), a partir del 30 de noviembre de 2001, sujeta a condición resolutoria de que el SENA pagará el valor total de la mesada hasta que el I.S.S. hoy COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez.

Posteriormente en el año 2009, mediante Resolución No. 008781 el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES le reconoció su pensión de vejez por reunir las exigencias establecida en el Acuerdo 049 de 1990 artículo 12<sup>43</sup>, la liquidación se basó en 1.440 semanas cotizadas y con una tasa de reemplazo equivalente al 90%

**3.6. Sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>44</sup>.** La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, varió el criterio que venía siendo adoptado de forma consistente y reiterada por la Sección Segunda de esa Corporación, en el sentido de que los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 no son taxativos, sino que están simplemente enunciados, pues pueden haber otros factores salariales que no están en la Ley y que pueden servir de base para realizar cotizaciones al sistema pensional, que afectaban necesariamente el monto al momento de liquidar ciertas pensiones.

Esa tesis había sido prohijada por el alto Tribunal, a partir del sentido y alcance de las expresiones de “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”; sin embargo; la mencionada sentencia de unificación, modificó dicha teoría, aseverando que los factores están enlistados en las normas y que una interpretación basada en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad como la que venía aplicando la Sección Segunda, traspasa la voluntad del legislador, en razón a que la interpretación enunciativa que sostenía la sentencia del 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de Seguridad Social y de la taxatividad del listado detallado en la norma.

---

<sup>43</sup> Folio 22 del expediente “Por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”

<sup>44</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, proferida dentro del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, identificado con radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, concretó el criterio que venía siendo aplicado en cuanto al ingreso base de cotización a que hace referencia el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el mismo hace parte del régimen de transición para aquellas personas que sean beneficiarias de este y que se pensionen con las exigencias de edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

Es así como la providencia en mención señaló:

***“Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición***

92. *De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial: “El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.*

93. *Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:*

94. ***La primera subregla*** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

95. *La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en*

la Ley 91 de 1989<sup>45</sup>. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

(...)

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

**101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último**

---

<sup>45</sup> Ley 100 de 1993. “Artículo 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]”.

**año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.** La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

En ese contexto, el I.B.L. a aplicar a los beneficiarios del régimen de transición es el siguiente:

- ✓ El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.
- ✓ Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que

fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- ✓ Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- ✓ Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensione

Y en torno al supuesto de los elementos salariales a incluir como factor salarial al momento de la liquidación del derecho pensional, solo se tendrán en cuenta aquellos sobre los cuales el afiliado haya cotizado o realizado el aporte y que se encuentren enlistados en el Decreto 1158 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993.

**3.7. Caso Concreto.** En el presente asunto, pretende la parte actora se declare la nulidad parcial y en consecuencia se reliquide la pensión de jubilación del señor Germán Andrés Carrascal otorgada por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA mediante Resolución 00435 de 2002<sup>46</sup>, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante al momento de adquirir su status de pensionado.

Así mismo solicita la declaración de nulidad de la Resolución No. 01246<sup>47</sup> del 19 de julio de 2011 por medio del cual el SENA sustituye de manera definitiva la diferencia pensional SENA-ISS que recibía el causante Germán Andrés Carrascal (q.e.p.d.), a favor de la señora Limbania Ordozgoitia de Carrascal, por considerar que la pensión debió ser liquidada teniendo en cuenta los factores salariales que devengaba el pensionado fallecido al momento en que adquirió el status de pensionado.

---

<sup>46</sup> Folios 19 a 21 “Por la cual se reconoce una pensión de jubilación”

<sup>47</sup> Folios 24 a 25 “Por la que se reconoce en forma definitiva el derecho a la sustitución pensional a la señora Limbania Ordozgoitia de Carrascal”

En la audiencia inicial celebrada el 4 de noviembre de 2015<sup>48</sup>, se fijó el litigio con miras a determinar si la señora Limbania Ordozgoitia de Carrascal, tiene derecho a la reliquidación de la pensión que le fue sustituida en su condición de cónyuge superstite del señor Germán Andrés Carrascal Anaya, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante en el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985. **Fijación que fue aceptada por las partes.**

En sentencia del 15 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo el A quo, accedió a declarar la nulidad parcial de los siguientes actos enjuiciados: la Resolución 00435 del 15 de abril de 2002 y el oficio N° 2-2014-002777 del 28 de febrero de 2014 y negó la nulidad de la Resolución No. 01246 del 19 de julio de 2011, a través de la cual el SENA reconoció a la demandante la sustitución de la anterior prestación con ocasión de la muerte de su cónyuge, el señor Carrascal Anaya, pues en ella no se dispuso la liquidación de la prestación, solo la transferencia de la misma.

Señaló que al comprobar que la pensión de jubilación reconocida en su oportunidad por el SENA al señor CARRASCAL ANAYA no fue liquidada con todos los factores salariales devengados por él; bajo esos supuestos, la actora tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación sustituida de su cónyuge, en cuantía del setenta y cinco por ciento (75%), teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por este durante el último año de servicio, incluyendo además de la asignación mensual y el subsidio de alimentación, la bonificación, la prima de servicios, la prima de navidad y la prima de vacaciones; por constituir factores de salario contemplados, inclusive, en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Aclaró que si bien la pensión sustituida a la señora Limbania Ordozgoitia se encuentra actualmente a cargo de COLPENSIONES, por ser quien reemplazó al ISS<sup>49</sup>, es a la demandada SENA a quien corresponde cumplir el restablecimiento del

---

<sup>48</sup> Folios 188 a 190

<sup>49</sup> Conforme lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2012 de 2012 (septiembre 28), se suprime el objeto del Instituto de Seguros Sociales “ISS” en cuanto la dirección, administración, control, vigilancia y prestación del servicio en materia de la Administración de Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Así mismo, el artículo 3º del Decreto 2011 de 2012, por el cual se determina y reglamenta la entrada en operación de la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”.

derecho que se ordena en la presente sentencia, en cuanto es la entidad que reconoció en su momento la pensión de jubilación al señor German Andrés Carrascal Anaya, y tiene a su cargo pagar el mayor valor resultante entre, el *quantum* de la pensión de jubilación reconocida por esa entidad, a la cual debió incluir en su liquidación todos los haberes salariales devengados por el causante, y el *quantum* de la pensión de jubilación reconocida por el ISS, tal como aparece dispuesto en la Resolución No. 01246 del 19 de julio de 2011.

Por su parte la entidad demandada en el recurso de apelación expresó que disiente de tal ordenación habida consideración que el régimen pensional de los servidores del SENA es el régimen general de pensiones regulados por la Ley 100 de 1993, excepto para quienes sean beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem que tienen derecho a que se le reconozca la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión con el régimen anterior al que se encontraban afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social, que para el caso bajo estudio era el contenido en la Ley 33 de 1985, por consiguiente al encontrarse amparado bajo este régimen tienen derecho a que se mantenga lo regulado en esa norma en cuanto a la edad, monto y tiempo de servicio, pero que para liquidar el quantum de la pensión se tendrá en cuenta el I.B.L. determinado para quienes se encuentran en régimen de transición aplicando para ello los factores taxativamente señalados en el Decreto 1158 de 1994 tal como lo sostiene la Corte Constitucional en la sentencia C- 258 de 2013 la cual es un precedente vinculante para las autoridades judiciales.

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado y no fue objeto de debate que al señor Germán Carrascal Anaya nació el 12 de enero de 1946<sup>50</sup> que prestó sus servicios en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA desde el 6 de mayo de 1977, que durante su vinculación desempeñó el cargo de Instructor Grado 15

---

<sup>50</sup> Lo cual se desprende de la Fotocopia de la cédula de ciudadanía visible a folio 99 y del Registro Civil de nacimiento obrante a folio 88 del expediente antecedentes administrativos Capítulo de Jubilación

hasta el 30 de noviembre de 2001<sup>51</sup> y que el tiempo total de servicios fue de 24 años, 6 meses y 24 días.<sup>52</sup>

Que le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 00435 de 2002 por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, acorde a lo previsto en la Ley 33 de 1985<sup>53</sup> y que posteriormente en el año 2009, mediante Resolución No. 008781 el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES le reconoció a partir del 1º de junio de 2009, pensión de vejez por reunir las exigencias establecida en el Acuerdo 049 de 1990 artículo 12<sup>54</sup>.

Así mismo, se demostró que el señor Germán Andrés Carrascal **falleció el 4 de abril de 2011**<sup>55</sup> y que por tal circunstancia la señora Limbania Ordozgoitia de Carrascal en calidad de esposa del óbito<sup>56</sup> solicitó ante el SENA Regional Sucre el 12 de abril de 2011<sup>57</sup>, la sustitución pensional radicada bajo el No. 1-2011-000713<sup>58</sup>.

La entidad demandada **a través de Acto Administrativo No. 00739 de 2011 reconoció provisionalmente** el derecho a la sustitución pensional en cuantía de Un Millón Trescientos Cuarenta Mil Cuatrocientos Setenta pesos (\$1.340.470) pesos, efectiva a partir del 5 de abril de 2011<sup>59</sup>, **posteriormente a través de Resolución No. 01246 del 19 de julio de 2011 reconoció en forma definitiva** el derecho a la sustitución pensional a la señora Limbania Ordozgoitia de Carrascal que en vida recibía su cónyuge Germán Andrés Carrascal Anaya, en un porcentaje del 100%<sup>60</sup>.

---

<sup>51</sup> Ver Certificación Laboral suscrita por el Coordinador del Grupo Apoyo Administrativo del Centro de la Innovación, la tecnología y los servicios de la Regional Sucre, visible a folio 16 del expediente y la Resolución No. 0142 de 2001 a través de la cual se le aceptó la renuncia del cargo con efectos fiscales a partir del 30 de noviembre de 2001 que funge a folio 91 antecedentes administrativos Capitulo de Jubilación

<sup>52</sup> Ver Certificación Laboral suscrita por el Coordinador del Grupo de Recursos Humanos Seccional Sucre que figura en el folio 95 antecedentes administrativos Capitulo de Jubilación

<sup>53</sup> Folios 19 a 21 del expediente

<sup>54</sup> Folio 22 del expediente “Por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”

<sup>55</sup> **Folio 126 y 127 en los cuales figuran el Registro de Defunción con indicativo serial No. 08126849 expedido por la Registradora Nacional del Estado Civil y el Certificado de Defunción Antecedentes para el Registro Civil No. 70263010-4 expedido por el DANE. antecedentes administrativos Capitulo de Sobreviviente**

<sup>56</sup> En el folio 130 funge el certificado de matrimonio suscrito por el presbiterio de la Diócesis de Sincelejo Parroquia San Francisco de Asís, antecedentes administrativos Capitulo de Sobrevivientes

<sup>57</sup> Fecha que se desprende del oficio N° 2-2011-009287 mediante el cual responden a un trámite de sustitución pensional, visible a folio 138

<sup>58</sup> Folio 120 antecedentes administrativos Capitulo de Sobrevivientes

<sup>59</sup> Folio 140 a 144 “Por la cual se reconoce en forma provisional el derecho a una sustitución pensional”, antecedentes administrativos Capitulo de Sobrevivientes

<sup>60</sup> Folios 24 a 25 del expediente y 149 a 150 antecedentes administrativos Capitulo de Sobrevivientes - Resolución No. 01246 del 19 de julio de 2011

Así mismo, se observa que el señor Germán Andrés Carrascal Anaya pertenecía al régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993, habida consideración que a la fecha de entrada en vigencia de la misma; esto es, 1º de abril de 1994 aquel contaba con más de 40 años de edad; al haber nacido el 12 de enero de 1946 y 17 años de servicio, habiendo adquirió su status de pensionado el 12 de enero de 2001 fecha en que cumplió los 55 años de edad<sup>61</sup>, cabe aclarar que para efecto de que se le otorgara la pensión de vejez por parte del Seguro Social el status lo consolidó el 12 de enero de 2006 (teniendo en cuenta que para los afiliados al I.S.S hoy COLPENSIONES se exigen 60 años de edad) y para esa calenda había laborado por más de 20 años.

Pues bien, vertiendo los considerandos preliminares al caso concreto, se observa por esta colegiatura, que lo que se discute en el presente asunto es si los actos administrativos de reconocimiento de la pensión de jubilación y la sustitución que de esa pensión realiza el SENA en la hoy demandante, deben ser reliquidados por el Servicio Nacional de Aprendizaje con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio del causante, esto es 1998 - 1999, por lo tanto se solicita la nulidad parcial de la Resolución No. 00435 de 2002 , mediante la cual se le reconoció el derecho personal al difunto; así mismo, la nulidad de Resolución No. 01246 del 19 de julio de 2011 por la cual se le reconoció la pensión sustituta a la actora y el oficio No. 2-2014-002777 del 28 de febrero de 2014, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez post mortem a la actora.

Es necesario resaltar que en el acto administrativo por medio del cual el SENA resuelve la sustitución pensional<sup>62</sup> a favor de la hoy demandante, no se especifica ni el régimen aplicable, ni el monto o tasa de reemplazo y tampoco los factores que se tuvieron en cuenta; como lo afirma la juez de primera instancia, es simplemente la transferencia de la prestación.

Al revisar con detenimiento los actos administrativos que le reconocieron el derecho pensional al señor Carrascal Anaya observa la colegiatura que en el proferido por el SENA; esto es, la Resolución N° 00435 se tuvieron como elementos salariales el sueldo básico y el subsidio de alimento y el 75% del promedio de lo devengado entre

---

<sup>61</sup> Ver fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor Germán Carrascal Anaya visible en el folio 94, antecedentes administrativos Capitulo de Jubilación.

<sup>62</sup> Resolución No. 01246 del 19 de julio de 2011 por la cual el SENA le reconoció la pensión sustituta a la actora – Folios 24 y 25 del expediente

el 1º de abril de 1994 y el 12 de enero de 2001, empero en la reconocida por el I.S.S 008781 de 2009 no se anotaron los factores que se tomaron en consideración al momento de la liquidación, se determinó eso sí, que se tuvieron en cuenta 1.440 semanas cotizadas y una tasa de reemplazo del 90%.

Pues bien, acota la Sala que la liquidación o reliquidación pensional de aquellas personas cobijadas por el régimen de transición de la ley 100 de 1993, de acuerdo con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, procede si se acredita la cotización al sistema de alguno de los factores taxativamente enlistados en el Decreto 1158 de 1994 y dentro de ellos se encuentran:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
- g) La bonificación por servicios prestados.

Se acreditó en el proceso, de acuerdo con los certificados de salarios que reposan en el expediente<sup>63</sup>, que el señor Germán Carrascal Anaya durante su último año de servicio 1998 - 1999 **devengó**: la asignación básica, subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicio de junio, prima de servicio de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones, factores de los cuales solo la asignación básica se encuentran enlistados en el Decreto 1158 de 1994, por lo tanto la colegiatura acoge lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 en la cual se modifica los argumentos que con antelación venía predicando tanto el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como este Tribunal, sobre la base para ordenar la reliquidación pensional; esto es, reliquidar la pensión de la actora con la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio del causante, tesis que perdió vigencia con la sentencia de unificación mencionada que ordena reliquidar la pensión de aquellos que sean beneficiarios del régimen de transición con

---

<sup>63</sup> Folio 16 y 17 del expediente. Certificado salariales expedido por el Coordinador del Grupo Apoyo administrativo del Centro de Innovación la Tecnología y los Servicios Regional Sucre

los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, jurisprudencia que para el escenario del régimen de transición de la ley 100 de 1993 tiene un efecto vinculante y de obligatorio cumplimiento.

De tal suerte que no es posible acceder a la reliquidación de la pensión del señor Germán Carrascal y por consiguiente tampoco a la reliquidación de la pensión de sobreviviente de la señora Ordozgoitia de Carrascal **con los factores devengados en el último año de servicio del causante** como lo solicita la parte actora, ya que con base en lo señalado por el H. Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, pasamos de una tesis que acogía que los factores para liquidar la pensión eran meramente enunciativos y la prueba necesaria para su reconocimiento era lo efectivamente devengado; a una teoría taxativa, en donde únicamente se podrán tener en cuenta los factores detallados en la norma, esto es, en el Decreto 1158 de 1994; entonces, es forzoso concluir que la pensión de jubilación reconocida a la señora Ordozgoitia de Carrascal se encuentra ajustada a derecho, debido a que el I.B.L. en relación con los elementos o factores a tener en cuenta, le fue calculado conforme a las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como ahora es entendido por el Consejo de Estado.

La carga probatoria u onus probandi, proviene del derecho civil clásico (Artículo 1757 del CC), a saber:

**a.-) Onus proboandi incumbit actori:** el actor tiene el deber de probar el hecho que invoca como soporte a su pretensión.

**b.-) Reus, in exipiendo, fit actor:** el demandado que contradice la pretensión del actor, a su vez, se hace demandante, ante la urgencia de probar el hecho que le sirve de excusa.

**c.-) Actore non portante, reus absolvitur:** el demandado queda exonerado de la obligación cuando, propuesta su excepción a la pretensión del actor, este se muestra incapaz de contradecirlo, probando la vigencia de su causa

Ahora bien, es indispensable remarcar que la demanda se dirige a la inclusión de factores que de acuerdo con la tesis del demandante debían ser tenidos en cuenta al momento de reconocer y reliquidar de la pensión, no cuestiona el régimen aplicable; tal como se corrobora con el escrito genitor (declaraciones y condenas, hechos y concepto de violación) y con la fijación del litigio realizada por el A quo en la audiencia

inicial, **que no fue objeto de reparos por los sujetos procesales.**

Dentro del expediente, ha quedado establecido sin ambages que el SENA reconoció la pensión de jubilación del señor GERMÁN ANDRÉS CARRACASCAL ANAYA con un régimen (Resolución 00435 de 2002 - Ley 33 de 1985) y posteriormente, que el Instituto de Seguros Sociales (Hoy COLPENSIONES) en la de vejez reconoce otro (Resolución 008781 de 2009 - Acuerdo 049 de 1990), en razón al régimen de transición que cobija al causante (Ley 100 de 1993), con relación a los factores a tener en cuenta en el IBL no habría diferencia, son taxativos y corresponden a los señalados en el Decreto 1158 de 1994, precisamente por ello, se revoca la sentencia de primera instancia; lo que cambiaría sería el monto o tasa de reemplazo, que inicialmente se reconoció con el 75% y posteriormente con el 90%; pero, (i) se itera, el ISS (Hoy Colpensiones) NO fue demandado, ni tampoco el acto administrativo por esa entidad emitido, (ii) no existe prueba en el expediente que permita deducir cual es el porcentaje que actualmente está recibiendo la hoy demandante, (iii) ya que esa situación no fue objeto de debate judicial, (iv) en razón a que no se deduce ni de las pretensiones de la demanda, ni de las peticiones de restablecimiento y por ello, (iv) la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial (Fl 189 – CD Fl 193), se focaliza en si es procedente o no, que el SENA realice la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante durante el último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado.

Se itera, la parte que tiene la carga de la persuasión, debe presentar suficiente evidencia para lograr un fallo favorable; lo que lleva implícito el riesgo concomitante de la no persuasión, esto es de no convencer; es decir, si existe incertidumbre sobre un hecho que ha sido alegado por una parte y aquella no es despejada probatoriamente por quien alega precisamente ese hecho, deberá cargar con las consecuencia negativas de su inacción, como en el presente caso.

Para finalizar, encuentra el Tribunal que en el numeral cuarto de las pretensiones, el demandante solicita también como efecto de la nulidad deprecada; se reconozcan y paguen las mesadas adicionales de junio y diciembre, el juez de primera instancia no se pronunció expresamente al respecto en la parte motiva, pero en la resolutive, en el numeral sexto negó las demás pretensiones de la demanda; pues bien, relacionado con aquel requerimiento, nada probó el actor en el trámite procesal; pero adicionalmente, en la “solicitud de reliquidación de pensión sustitutiva post mortem” presentada ante

el SENA el 19 de febrero de 2019 con radicado N° 1-2014-003745 (Fls 168 a 172), no se hizo mención a esa petición y en consecuencia, la entidad nunca tuvo la oportunidad de pronunciarse dentro del trámite administrativo respectivo y por ello, esta colegiatura se encuentra relevada de emitir pronunciamiento alguno al respecto.

**3.7. Conclusión.** Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda buscan la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos proferidos por el SENA: el que reconoce la pensión de jubilación al causante, el que reconoce la sustitución pensional a la actora, y el que niega la reliquidación de la pensión sustituta y que, la petición de restablecimiento estaba encaminada a que se tuviesen en cuenta para tal operación todos los factores **devengados** por el causante en su último año de servicios de conformidad con la Ley 33 de 1985 y el concepto de violación, que se sustentaba primordialmente en la interpretación plasmada en la jurisprudencia del 04 de agosto de 2010, radicado: 0112-2009; **se revocará la sentencia apelada que accedió a lo solicitado**, en aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida dentro del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, identificado con radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

**3.8. Condena en Costas.** No se condenará en costas en segunda instancia y se revocará la condena de primera instancia sobre ese asunto, en razón a que fueron prósperas las pretensiones del apelante único y hay lugar a revocar integralmente la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Sincelejo.

**DECISIÓN:** Por lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR,** la sentencia adiada 15 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Sincelejo, de conformidad con la consideraciones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR** a la parte demandada en costas en esta instancia, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 037

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**