



Radicación: 13001-33-33-002-2013-00437-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2013-00437-01
Demandante	OLIMPIA PELUFFO NÚÑEZ
Demandado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA
Vinculado	COLPENSIONES
Tema	Reliquidación Pensión – Régimen de Transición – Inclusión de factores salariales devengados durante el último año de servicios. CONFIRMA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante en contra la sentencia de fecha tres (3) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Hechos

1.1.1. La demandante prestó sus servicios en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, y cumplió con los requisitos de tiempo de servicio y edad que exige la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, por haber cumplido su estatus de pensionada el día 30 de noviembre de 1995.

1.1.2 Le fue reconocida pensión por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, la cual no fue liquidada con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio tales como **ASIGNACIÓN MENSUAL, SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS, RECARGOS NOCTURNOS, HORAS EXTRAS y PRIMA QUINQUENAL.**

1.1.3 La demandante presentó solicitud de revocatoria directa contra la resolución que reconoció su pensión, para que se le reliquidara la misma con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, la cual fue resuelta por la entidad demandada a través de Oficio No. 2-2012-014400 de fecha 28 de agosto de 2012.

1.2 Pretensiones. Se sintetizan así:

Se declare la nulidad de (i) la Resolución No. 0144 de fecha 13 de febrero de 1996, que le reconoció la pensión; (ii) el Oficio No. 2-2012-014400 de fecha 28



Radicación: 13001-33-33-002-2013-00437-01

de agosto de 2012, que resolvió la solicitud de revocatoria directa contra la anterior resolución.

A título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada (i) a reconocer y ordenar el pago de la reliquidación de pensión jubilación a la demandante, en cuantía de \$863.307.06 que debió habersele reconocido desde la fecha en que cumplió su status de pensionada, según el promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios; (ii) liquidar y pagar a expensas de la demandada y a favor de la demandante, las mesadas adicionales desde el día 30 de noviembre del año 1995 hasta que sea incluido en nómina con la cuantía que se determine pagar en la sentencia; (iii) sobre las mesadas adeudadas pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al IPC en los términos de los artículos 190 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad

Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 13, 25, 23, 29, 53 y 58.

Decreto 1743 de 1966.

Leyes 33 y 62 de 1985.

Decreto 1045 de 1978.

Ley 4 de 1966

Ley 100 de 1993, artículo 36.

Ley 1437 de 2011: artículos 138, 155, 156, 161 y 162.

Se aduce en síntesis que, los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que establece la ley para los miembros de la Rama Ejecutiva, en consecuencia, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, le son aplicables las norma vigentes y posteriores que regulan la materia para los empleados de la Rama Ejecutiva, es decir, el Decreto 3135 de 196 (sic), la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985 que modificó la anterior.

Respecto de la inclusión de todos los factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación, citó la tesis fijada en el fallo del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

2 Contestación de la demanda¹

EL SENA se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que en el caso de la demandante, reconoció la pensión de jubilación liquidándola en las condiciones establecidas en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haberle faltado para el 1 de abril de 1994, menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, por ello, le tuvo en cuenta para liquidar la pensión de jubilación el 75% de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 al 30 de noviembre de 1995 con los factores; **suelo básico, subsidio de alimentación, sueldo de vacaciones, recargo nocturno, bonificación por servicios prestados, prima de servicio de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad, bonificación por recreación y horas extras.** Luego, la Resolución No. 513 del 27 de junio de 1996 modificó la resolución de

¹ Folios 58 - 75



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

reconocimiento en su artículo primero, por lo que para su reliquidación se tomaron los sueldos percibidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 1 de enero de 1995, más los sueldos devengados entre el 2 de enero de 1995 y el 29 de noviembre de 1995 (fecha de la renuncia), en concordancia con el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, por principio de favorabilidad.

Propuso las excepciones de inexistencia de causa jurídica para pedir indebida interpretación, improcedencia de la solicitud de intereses de mora (indexación), compensación, pago, prescripción, enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido.

3 Sentencia de Primera Instancia²

Mediante sentencia de fecha tres (3) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda, por considerar en síntesis que al haberse declarado la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 0144 de fecha 13 de febrero de 1996, la demanda constituye un imposible jurídico, pues dicha declaratoria implica la desaparición de sus atributos y en consecuencia, la capacidad para producir efectos jurídicos.

Adicionalmente, advirtió que desde el momento en que el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, reconoció la prestación a favor de la demandante, ante esta última entidad debió solicitarse la reliquidación prestacional, pero en el caso concreto se hizo ante el SENA, motivo por el cual no es posible estudiar la legalidad del Oficio No. 2-20123-014400 de 28 de agosto de 2012, dado que este último fue expedido por una entidad que en la actualidad no tiene a cargo el pago de la prestación pensional sobre la que recaen las pretensiones de la demanda.

4 Recurso de apelación³

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia, por considerar que los actos administrativos cuya nulidad se persigue, fueron la resolución que le reconoció la pensión de jubilación a la actora, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados por ella en el último año de servicio, y el oficio que resolvió el derecho de petición que le negó la reliquidación de la misma de conformidad con la Ley 33 de 1985 y la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado.

Señala que, en ningún momento se está debatiendo dentro del plenario si el acto administrativo proferido por la entidad demandada que dio cumplimiento a la condición resolutoria contenida en la resolución que le reconoció la pensión a la actora, dio pie para la pérdida de la fuerza ejecutoria de la misma por ser una pensión de carácter compartida. Explicó que, cuando se habla de la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución que le reconoció la pensión de jubilación a la actora, se está hablando es de la compartibilidad de la pensión, es decir, que una vez que le sea reconocida la

² Folios 228 – 235.

³ Folios 237 - 247



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

pensión de vejez por parte del extinto ISS, se cumple la condición resolutoria y por ende, la entidad demandada queda obligada a pagar la diferencia si el valor de la mesada es superior a la reconocida por aquella.

Por otro lado, planteó en la impugnación que cumple con los requisitos para ser beneficiario de la reliquidación de su pensión de jubilación, ya que nació el 8 de mayo de 1951 y para la fecha de entrada en vigencia de la ley 33 de 1985 tenía 43 años de edad, lo que en su criterio permite establecer que se encontraba en el régimen de transición por ello para la reliquidación de su pensión de vejez se le debe aplicar el régimen vigente a la fecha de su vinculación, como en efecto le fue reconocido, pero con la inclusión de todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir su estatus de pensionada.

5. Trámite procesal de segunda instancia⁴

Mediante auto de fecha cuatro (4) de mayo de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante, y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 Alegatos de conclusión

5.1.1 Parte demandada⁵

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que la misma se ajusta a derecho, encontrándose los actos administrativos acusados ajustados al precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional contenido en la sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017, al haber liquidado la pensión del actor en los términos del inciso 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 1158 de 1994.

Adicionalmente, precisa que como lo indicó el juez de primera instancia, no es procedente declarar la nulidad de la Resolución No. 1044 del 13 de febrero de 1996, toda vez que, esta desapareció de la vida jurídica cuando se configuró la pérdida ejecutoria de los actos administrativos a que se refiere el numeral 4 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011. Tampoco es posible declarar la nulidad del Oficio No. 220123-014400 de 28 de agosto de 2012, ya que el mismo fue expedido por el SENA, entidad que no tiene a cargo el pago de las prestaciones pensionales que son objeto de la presente acción.

5.1.2 Parte demandante

No presentó alegatos de conclusión en esta instancia.

5.1.3 Ministerio Público

Guardó silencio.

⁴ Folio 256

⁵ Folios 260 – 267.



II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA. Con respecto al trámite de la segunda instancia, se cumplió lo de Ley procediéndose a decidir la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

La impugnación estará limitada a la impugnación de la parte actora.

2. Problemas jurídicos

Para formular los problemas jurídicos a resolver en esta instancia, la Sala debe tener en cuenta los argumentos de impugnación de la parte actora, partiendo de afirmar que el punto central de controversia entre las partes, lo constituye el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez de la actora en cuanto a los factores que deben ser incluidos, porque se aceptó y probó en la primera instancia que es beneficiaria del régimen de transición.

En este orden, la impugnación de la sentencia se centró en que la demandante no estuvo de acuerdo en que el A-quo denegara las pretensiones de la demanda, por considerar (i) que no es cierto que se pueda estudiar la legalidad de los actos demandados, debido a que se declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución que reconoció la pensión de la demandante, y (ii) que sí tiene derecho a que se ordene reliquidar su pensión incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios.

Por lo anterior, la Sala pasa a formular los siguientes problemas jurídicos principales y asociados.

¿La sentencia de primera instancia se debe confirmar, modificar y/o revocar?

Para resolver el anterior interrogante principal, se deben dilucidar lo siguientes problemas jurídicos asociados:

¿Es procedente estudiar la legalidad del acto administrativo que reconoció la pensión de la actora, pese a que respecto del mismo se configuró la pérdida de fuerza ejecutoria?

¿Cuáles son las normas aplicables para efectos de liquidación de la pensión de la demandante?



¿Cuáles son los factores de salario que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de vejez de la actora?

3. Tesis

La sentencia de primera instancia se debe confirmar, pero no por los argumentos expuestos por el A quo, ya que no le asiste razón al afirmar que era un imposible jurídico estudiar la legalidad de los actos administrativos demandados, pues el hecho que se hubiera configurado la pérdida de fuerza ejecutoria respecto del acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación a la demandante, no impide que pueda adelantarse un juicio de legalidad sobre el mismo, mediante su confrontación con las normas a que estaba obligado a sujetarse, dado que el juicio de nulidad del acto es diferente al de la ejecutoriedad del mismo.

En cuanto al fondo del asunto, se sostendrá que al ser la demandante beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero no alcanzar el status de pensionada con antelación a su vigencia a nivel nacional, solo tiene derecho a beneficiarse de la aplicación de la edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo previstas en la Ley 33 de 1985. Respecto del IBL, se aplica el inciso tercero de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, los factores de salario a ser incluidos en la liquidación de su pensión de vejez, serán solo los que sirvieron de base para efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones en los términos previstos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales demostró haber cotizado durante el término previsto en la Ley 100 de 1993 y no como lo deprecó en la demanda durante el último año de servicios.

De igual manera y como este litigio se dirigió a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación con la aplicación de la Ley 33 de 1985; definiéndose la litis en ese sentido y limitándose el debate probatorio a los factores de salario devengados por la parte actora durante el último año de servicio, la sentencia de primera instancia se confirmará, porque si bien lo procedente era liquidar la pensión de la actora aplicando el IBL de la Ley 100 de 1993 que es la norma que resulta pertinente a su caso, la accionada lo hizo teniendo en cuenta normas del IBL de la Ley 33 de 1985, que pese a no ser aplicable a la demandante le fue más favorable, como se pasará a explicar.

4. Marco normativo y jurisprudencial

La Sala tendrá en cuenta las siguientes reglas:

4.1 Principios

Se tendrán en cuenta los siguientes principios: i) igualdad en la aplicación de la ley, que exige tratar de manera igual situaciones análogas a partir de la Unificación de la jurisprudencia de las altas Cortes; (ii) seguridad jurídica, (iii) rigor judicial y coherencia en el sistema jurídico. Con fundamento en ellos,



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

realiza la subsunción del asunto en el precedente contenido en las Sentencias SU-230 de 2015, SU-427 de 2016, SU-631 de 2017, SU-210 de 2017, SU-395 de 2017; el que a su vez concuerda en lo fundamental, con la decisión reciente de Unificación de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018. Ambas Corporaciones recalcaron que, a los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación se calcula con base en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 21 ibídem y los factores a tener en cuenta son aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema de Pensiones.

4.2 Beneficiarios de la aplicación de la Ley 33 de 1985

Para quienes consoliden la situación jurídica y adquieran el derecho a gozar de la pensión de jubilación bajo las reglas previstas en la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993, en su artículo 11⁶ dispuso que se respetará el derecho a pensionarse conforme a la normatividad anterior. Dicha norma fue declarada exequible⁷ por la Corte Constitucional.

Respecto de los factores **salariales** que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la mesada pensional de las personas cobijadas bajo **el régimen de la Ley 33 de 1985**, la Sala acoge como fuente de derecho la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018 que fijó, entre otras reglas, el siguiente criterio de interpretación:

Son todos aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes al Sistema General de Pensiones en el último año de servicios y no sobre los efectivamente devengados.

Expresamente, el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación lo señaló en los siguientes términos:

"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.

⁶ Art. 11: "El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes."

⁷ Declarado exequible mediante sentencia C-168/95 en el aparte demandado: "Para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos los órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general."



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

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

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 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".

Esta interpretación concuerda con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 33 modificado por la Ley 62 de 1985, que dispone:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión".



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio".

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

4.3 Beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

Para los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de su pensión, se rige por las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo.

La Sala, con relación a las personas que adquirieron el estatus jurídico de pensionados en vigencia de la Ley 100 de 1993, les respetará el tiempo de servicio y monto que estableció el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, pero en cuanto a la liquidación del IBL aplicará la regla y subreglas jurisprudenciales fijadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, que constituye un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales⁸. La misma Sala Plena precisó que la sentencia de unificación se aplicaría con efectos retrospectivos "[...] a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables".

La regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición fijada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fue la 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 remplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011 en la que estudió la constitucionalidad del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisó: "[...] sólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones - constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Pero dicha limitación de la potestad interpretativa de jueces y magistrados no conduce a la negación completa del margen de autonomía e independencia que la Constitución les reconoce en el ejercicio de su función judicial. Por eso, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las autoridades judiciales cuentan con la facultad de abstenerse de aplicar el precedente judicial emanado de las cortes jurisdiccionales de cierre, previo cumplimiento de determinadas condiciones [...]".



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

La razón jurídica que sustenta la regla de interpretación y aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a los beneficiarios del régimen de transición, es la siguiente:

"[...] 85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. [...] el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.

[...] 91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables. [...]"

La primera **subregla** se refiere al **periodo** para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

"[...]"

- 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 hiciere 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



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.[...]"

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".

Sobre los factores, el **Decreto 1158 de 1994** enlista los siguientes factores a ser tenidos en cuenta:

"**ARTICULO 1.** El artículo 6 del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

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

4.4 Condición más beneficiosa entre la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 ibídem

La Sala también tendrá en cuenta el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral, en consideración a que el artículo 36 de la Ley 100 fue declarado exequible⁹ por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-168 de 1995¹⁰, con base en el principio del respeto de los derechos adquiridos y de la condición más beneficiosa en materia laboral.

⁹ Sentencia C-168 de 1995, Numeral segundo de la parte resolutive: "SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLES los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, salvo el aparte final de este último que dice: "Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos", el cual es INEXEQUIBLE".

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

Sobre el particular, en la referida sentencia, expresó:

"[...] Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'.

[...]

De otra parte, considera la Corte que la 'condición más beneficiosa' para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador [...]"



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

Conforme lo precedente, si el trabajador acoge la aplicación del artículo 21¹¹ en su inciso final de que se liquide el IBL con fundamento en toda su vida laboral; siempre que hubiese cotizado más de 1250 semanas, debe renunciar al régimen de transición, porque la ley 100 de 1993 se le debe aplicar de manera integral, esto es, el régimen ordinario de liquidación de la pensión de jubilación (Art. 288 Constitucional).

4.5. De la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos

El artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que perderán obligatoriedad y, por lo tanto, **no podrán ser ejecutados** en los siguientes casos:

- "1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.**
5. Cuando pierdan vigencia".

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido que la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no hace infructuoso el análisis de legalidad del mismo, en la medida en que el juicio de legalidad requiere la confrontación del acto con las normas superiores a que debía someterse, a fin de determinar su adecuación al ordenamiento, lo cual es independiente de su validez. Por otra parte, si un acto viciado de nulidad produce o produjo efectos jurídicos, hay lugar a pronunciarse sobre su legalidad como consecuencia del ejercicio del medio de control de nulidad, con el fin de preservar la integridad del orden jurídico¹².

Así mismo, ha diferenciado la ocurrencia de la pérdida de fuerza ejecutoria de las causales de nulidad del acto administrativo, en los siguientes términos¹³:

¹¹ El Artículo 21 de la Ley 100 de 1993 a la letra reza:

"Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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**, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo".

¹² Sentencia de fecha quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por la Sección Cuarta, C.P. Milton Chaves García, dentro del proceso con radicación No.

f¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de marzo de 2015, exp. 19154, M.P. Hugo Fernando bastidas Bárcenas. Al respecto, ver también sentencias del 2 de mayo de 2013, exp. 18205, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; 11 de octubre de 2012, exp. 18778, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, y del 2 de febrero de 2011, exp. 10474, M.P. Germán Ayala Mantilla, entre otras.



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

“La jurisprudencia constante del Consejo de Estado ha considerado que el acto administrativo existe desde que la Administración ha manifestado su voluntad a través de una decisión, y su eficacia (efectos) está condicionada a que tal acto se publique o se notifique. En tal sentido, una vez existe el acto administrativo y se ha notificado o publicado, la Administración queda facultada para cumplirlo o hacerlo cumplir. Esto es lo que se denomina la fuerza ejecutoria del acto.

También ha considerado que no puede confundirse la ocurrencia de la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto administrativo con las causales de nulidad del mismo. Las causales de nulidad se encuentran previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo [art. 137, CPACA] y se dan desde la misma formación o expedición del acto, bien sea porque se aparta de las normas en que debía fundarse, o porque fue expedido por funcionario u organismo incompetente o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa o mediante falsa motivación o desviación de poder.

“La pérdida de fuerza ejecutoria es un fenómeno jurídico distinto (...) dicha figura está referida específicamente a uno de los atributos o características del acto administrativo, cual es la de la ejecutividad del mismo, es decir, la obligación que en él hay implícita de su cumplimiento y obediencia, tanto por parte de la Administración como de los administrados en lo que a cada uno corresponda, consagrada en el primer inciso del precitado artículo 66, al disponer que “salvo norma en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos...”.

Dentro de las cinco circunstancias o causas de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, está (...) la desaparición de sus fundamentos de derecho (numeral 2, artículo 66 cit.), cuya ocurrencia para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, precisamente el atributo de éste que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, tales causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación” (Resaltado fuera de texto).

5. El caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

5.1.1 La demandante nació el 25 de diciembre de 1938, como consta en su documento de identidad obrante dentro del proceso (Fl. 28), de tal manera que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹⁴, contaba con más de 35 años de edad.

5.1.2 Trabajó en el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA- desde el 2 de abril de 1975 hasta el 29 de noviembre de 1995, según certificación expedida por el Jefe de Grupo de Recursos Humanos del SENA Regional Bolívar y Sucre, para un tiempo total de 20 años, 7 meses y 28 días¹⁵.

¹⁴ 1 de abril de 1994.

¹⁵ Fl. 29 – 33.



5.1.3 Devengó los siguientes emolumentos desde abril de 1994 a noviembre de 1995 (Fl. 29 - 33).

SUELDO BÁSICO

SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN

PRIMA DE SERVICIOS JUNIO

PRIMA DE SERVICIOS DICIEMBRE

PIMA DE NAVIDAD

PRIMA DE VACACIONES

BONIFICACION ESPECIAL DE RECREACIÓN

RECARGOS NOCTURNOS

5.1.4 Mediante Resolución No. 0144 de 27 de junio de 1996 (Fl. 106 - 110), el SENA le reconoció a la demandante pensión de jubilación a partir del **30 de noviembre de 1995** (fecha en que adquirió el status), **con fundamento en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993**. En dicho acto administrativo dio aplicación al artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, semana cotizada y monto de la pensión. Para determinar el IBL, dio aplicación al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con **"el 75% del promedio de lo devengado en los factores que sirvieron de base de cotización al Sistema General de Pensiones durante 19 meses y 29 días, entre el 1º de abril de 1994 y el 29 de noviembre de 1995"**, por lo que solamente se tuvieron en cuenta la **asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados, horas extras y recargo nocturno**. En el artículo TERCERO de la citada resolución se dijo que: *"El Servicio Nacional de Aprendizaje queda expresamente autorizado por el peticionario, para que llenados los requisitos que exige el I.S.S., de oficio trámite ante dicha entidad de Previsión el reconocimiento y pago de la pensión que le correspondiere como afiliado, así como el SENA por venir pagando el total de la pensión cobrará el retroactivo a que hubiere lugar"*.

5.1.5 Mediante Resolución No. 0513 del 27 de junio de 1996 expedida por el SENA, se modificó la Resolución No. 0144 de 1996, reliquidando la pensión de la actora conforme al artículo 150¹⁶ de la Ley 100 de 1993, y aplicando el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con base en el promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 y el 1 de enero de 1995 (Fl.112 - 116), teniendo en cuenta factores salariales como: **asignación mensual, sueldo de vacaciones, subsidio de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación de recreación, bonificación por servicios prestados.**

¹⁶ ARTICULO. 150.-Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo, tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

PARAGRAFO.- No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el solo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso.



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

5.1.6 Mediante Resolución No. 1757 del 18 de junio de 2004, el ISS reconoció pensión de vejez a la señora OLIMPIA PELUFFO NÚÑEZ, teniendo en cuenta lo previsto en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y a partir del 27 de agosto de 1999 (Fl. 142 - 143). En dicha resolución no se indicó expresamente cuáles factores salariales fueron tenidos en cuenta.

5.1.7 Mediante Resolución No. 01030 del 10 de junio de 2005 (Fl.145 - 146), el SENA declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones No. 0144 del 13 de febrero de 1996 y 0513 del 27 de junio de 1996, en cuanto a la obligación de esa entidad de pagar el total valor de la mesada pensional de la actora, por cumplirse la condición resolutoria a que estaba sometida su vigencia; en consecuencia, también se dispuso **que a partir del 27 de agosto de 1999, el SENA reconoce el mayor valor entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía devengado en el SENA, en la suma de \$380.885 (COMPARTIBILIDAD SENA-ISS)**. No se indicó qué factores salariales se tuvieron en cuenta para dicha liquidación.

5.1.9 Mediante Oficio No. 2-2012-014400 del 28 de agosto de 2014 (Fl. 21 - 27), el Secretario General del SENA negó la solicitud de extensión de jurisprudencia hecha por la actora, por considerar en síntesis que para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En aras de resolver el primer problema jurídico planteado, que consiste en determinar la posibilidad o no de emitir un juicio de legalidad respecto del acto administrativo que reconoció la pensión a la actora, debe precisar la Sala que tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado y contrario a la conclusión a la que llegó el A-quo, el hecho que se haya configurado respecto de la Resolución No. 001030 de fecha 10 de junio de 2005 la pérdida de fuerza ejecutoria, en cuanto a la obligación a cargo del SENA de pagar el valor total de la mesada pensional, no hace infructuoso el análisis de legalidad del acto, toda vez que, el juicio de legalidad requiere la confrontación del acto con las normas superiores a que debía someterse el mismo, a fin de determinar su adecuación al ordenamiento, lo cual es independiente de su validez.

En ese sentido, por tratarse de un acto que produjo en su momento efectos jurídicos ya que a través de él se reconoció en una primera oportunidad la pensión a la actora, hay lugar a pronunciarse sobre su legalidad, con el fin de preservar la integridad del orden jurídico, máxime cuando lo que se discute en este caso es si, las normas que se tuvieron en cuenta para la liquidación del IBL le resultaban aplicables al caso de la demandante.

Por lo tanto, la Sala considera que no le asistió razón al A quo al no efectuar un estudio de fondo de la controversia, al afirmar que se trataba de un imposible jurídico, y por el contrario, se concluye que sí es procedente efectuar el juicio de legalidad de los actos demandados, por lo que se procederá en ese sentido, precisando en primer lugar que, el caso objeto de análisis hace referencia a la reclamación que efectuó la demandante a la entidad accionada para obtener la reliquidación de su pensión de vejez como

Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

beneficiaria del régimen de transición, con un monto en el que se tome como promedio lo dispuesto en las reglas sobre el ingreso base de liquidación (IBL) de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993 (Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985), incluyendo todos los factores devengados durante el último año de servicios como: asignación mensual, subsidio de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, recargos nocturnos, horas extras y prima quinquenal.

Para el efecto, lo primero que debe precisar la Sala es que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que significa que para el reconocimiento de su pensión, se aplican las reglas de la Ley 33 de 1985, en cuanto a edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo¹⁷.

No obstante lo precedente, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales como lo deprecia la parte actora en su demanda, porque al ser beneficiaria del régimen de transición, adquirió el estatus pensional al cumplir la edad y el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985, y el monto de su pensión corresponde al 75% (tasa de remplazo) sobre un ingreso de liquidación IBL equivalente al siguiente: *"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 hiciere falta para ello..."* (Inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993).

En efecto, en el siguiente cuadro se demuestra con los hechos probados de cara a la aplicación del régimen de transición para el reconocimiento pensional a su favor, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las reglas fijadas en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que el reconocimiento de su pensión de vejez resultó más favorable como lo concluyó de manera acertada el A-quo:

Beneficio de la transición pensional (Artículo 36 de la Ley 100 de 1993)	A la entrada en vigencia de la Ley 100/93 tenía más de 35 años de edad, pues nació el 25 de diciembre de 1938		
Consolidación del Derecho (edad/55 años + tiempo de servicio o número de semanas cotizadas/20 años) Artículo 1 Ley 33 de 1985.	Edad	55 años	Adquirió el estatus el 30 de noviembre de 1995 (En vigencia Ley 100 de 1993) (Así se consignó en el acto de reconocimiento)
	Tiempo de Servicio	20 años	
Vigencia de la ley 100/93		Fecha de ingreso: 18/09/1975	

¹⁷ La entidad demandada así lo indicó en los actos de reconocimiento de la pensión y las partes lo aceptaron al definir la litis. No fue objeto de controversia en el asunto.



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

	1 de abril de 1994 (nivel Nacional)	Fecha de retiro: 29/11/1995	A la entrada en vigencia de la ley 100/93 le faltaban menos de 10 años para el status (se aplica inciso 3 Art. 36 Ley 100/93)
Ingreso Base de Liquidación: Ley 100/93- (Inciso tercero Artículo 36) Decreto 1158 de 1994.	Período a tener en cuenta para liquidar	Promedio de los salarios cotizados entre el 01 de abril de 1994 y el 29 de noviembre de 1995 – 19 meses y 20 días	
	Factores cotizados	Asignación básica, Bonificación por servicios prestados, horas extras y recargo nocturno (Dto. 1158 de 1994.- La entidad los tuvo en cuenta en el acto de reconocimiento pensional) No hay prueba en el expediente de que hubiera cotizado sobre otros factores adicionales	
Tasa de remplazo: Art. 1. Ley 33/1985	75% Reconocimiento		
Factores devengados	Sueldo básico, subsidio de alimentación, prima de servicios junio, prima de servicios diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, recargo nocturno		
Resolución de Reconocimiento de Pensión	Actos de reconocimiento: Resolución No. 0144 del 13 de febrero de 1996, por la cual el SENA reconoció la pensión de jubilación a partir del 30 de noviembre de 1995, teniendo en cuenta para el IBL el 75% del promedio de lo devengado en los factores que sirvieron de base de cotización entre el 1 de abril de 1994 y el 29 de noviembre de 1995. Resolución No. 0513 del 27 de junio de 1996 expedida por el SENA, modificó la Resolución No. 0144 de 1996, reliquidando la pensión de la actora con base en el promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 y el 1 de enero de 1995, teniendo en cuenta factores salariales como: asignación mensual, sueldo de vacaciones, subsidio de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación de recreación, bonificación por servicios prestados.		

De acuerdo con lo anterior, el estatus jurídico de pensionada de la actora lo adquirió el día 30 de noviembre de 1995, en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la entidad respetó al reconocer la pensión de vejez la edad, el tiempo de servicio y el monto del 75% (tasa de reemplazo), liquidando el IBL con los factores efectivamente cotizados que corresponden a la asignación básica y la bonificación por servicios. Así en la **Resolución No. 0144 del 13 de febrero de 1996, se tuvieron en cuenta los siguientes factores: asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados, horas extras y recargo nocturno.** Al realizarse la reliquidación de la pensión, en la Resolución No. 0513 del 27 de junio de 1996, se tuvo en cuenta el mismo porcentaje, pero con el promedio de todo lo devengado durante el último año de prestación de servicios, incluyendo la **asignación mensual, sueldo de vacaciones, subsidio de alimentación, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación de recreación, bonificación por servicios prestados.**

Con base en todo lo precedente, la Sala concluye que la actora no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios como lo solicitó en la demanda con la asignación mensual, subsidio de alimentación, prima



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

de servicios, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, recargos nocturnos, horas extras y prima quinquenal, aplicando las leyes anteriores a la Ley 33 de 1985, porque al ser beneficiaria del régimen de transición, adquirió el estatus pensional al cumplir la edad y el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985, y el monto de su pensión corresponde al 75% (tasa de reemplazo) sobre el ingreso de liquidación IBL previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; para lo cual solo tiene derecho a que se le incluyan los factores sobre los cuales efectivamente acreditó haber efectuado aportes a seguridad social en pensiones.

No obstante se observa que, la entidad accionada efectuó una reliquidación pensional e incluyó dentro del IBL factores salariales adicionales a la asignación básica y la bonificación por servicios, sin que a ello hubiere lugar en el caso de la actora, resultando ello más favorable para su situación pensional.

Por lo precedente, los argumentos de la alzada relacionados con la reliquidación de la pensión de vejez de la actora no están llamados a prosperar y la sentencia de primera instancia habrá de ser confirmada, solamente en cuanto negó las pretensiones, pero por los fundamentos aquí expuestos.

5.3 Condena en costas en segunda instancia

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha tres (3) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, pero por los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.



Radicación: 13001-33-33-002-2014-00437-01

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Ausente con permiso
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
7