



Cartagena de Indias D, T y C, treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

**I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.**

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-011-2015-00163-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>NORIS RUIZ DE BORRÉ</b>
<b>Demandado</b>	<b>SENA</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ</b>
<b>Tema</b>	<b>IBL- Transición.</b>

**II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 21 de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

**III. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES.**

Pretende el accionante lo siguiente:

*"PRIMERO: Que se decreta la nulidad parcial de la resolución No. 00130 de fecha 16 de febrero del año 2000 artículo primero que le reconoció la pensión de Jubilación a la demandante señora NORIS RUIZ DE BORRÉ, sin la inclusión de todos los factores Salariales devengados durante el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionado- 29/11/1999.*

*SEGUNDO: Que se decrete la nulidad parcial de resolución No. 00796 de fecha 16 de junio de 2003, que declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución que el reconoció la pensión de jubilación a la demandante señora NORIS RUIZ DE NORRÉ, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior a la adquisición de status de pensionado – 29/11/1999.*

*TERCERO: Que se decrete la Nulidad del oficio No. 2-2012-014363 de fecha 28 de agosto de 2012 y que le resolvió el derecho de petición de fecha 25/06/2012, a través del cual le fue solicitado a la demandada la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio como son: ASIGNACIÓN BASICA; SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN- VIÁTICOS PPPR- GASTOS DE TRANSPORTES OCASIONALES- PRIMA DE SERVICIOS DE JUNIO- PRIMA*





*DE SERVICIO DE DICIEMBRE- PRIMA DE NAVIDAD- BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.*

*CUARTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicito se condene a la entidad demandada SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, representado legalmente por su Director ALFONSO PRADA GIL para que reconozca y ordene el pago de la RELIQUIDACIÓN de la pensión de jubilación a la señora NORIS RUIZ DE BORRÉ con la inclusión de todos los factores devengados por el convocante en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionada en la cuantía de su medada pensional de \$2.199.764.13. Efectiva a partir del día 29 del mes Noviembre del año 1999, fecha en la cual cumplió su status de pensionada.*

*QUINTO: Que se condene a la entidad SENA, a pagar al demandante señor NORIS RUIZ DE BORRE la indexación sobre la primera mesada pensional de conformidad con la ley y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, calculada desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando el pago se verifique.*

*QUINTA (sic): Que se condene a la entidad SENA, a pagar a la demandante señora NORIS RUIZ DE BORRE, los ajustes de conformidad con la ley 1437 de 2011.*

*SEXTA: Que se dicte sentencia en concreto.*

*SÉPTIMA: Que se me reconozca la personería para actuar."*

## **1.2. HECHOS**

**1.2.1.** Manifiesta el demandante que prestó sus servicios al SENA desde el 23 de junio de 1975 hasta 28 de noviembre de 1999. Se desempeñó como Instructor T.C., Grado 04 del Centro de Atención Integral Al Sector Agropecuario.

**1.2.2.** Aduce el accionante que a través de resolución No. 0000130 del 16 de febrero de 2000 le fue reconocida pensión de jubilación, la cual no fue liquidada con todos los factores salariales devengados por el convocante en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionada.

**1.2.3.** Arguye el accionante que la entidad convocada SENA, expidió el acto administrativo resolución No. 00796 de fecha 16 de junio de 2003, declarando la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución que le reconoció la pensión de jubilación a la convocante.

**1.2.4.** El 25 de junio de 2012, el accionante presentó solicitud de reliquidación de la pensión, el cual fue negada a través de oficio No. 2-2012-014363 del 28 de agosto de 2012.





**1.2.5.** Indica el accionante que el SENA al reconocer la prestación económica debió tener en cuenta todos los factores salariales que devengaba durante el último año de servicio a la fecha en que adquirió el status de pensionado, es decir, año 2000-2001 tales factores salariales son para la liquidación de su mesada pensional: SUELDO MENSUAL- SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN- VIÁTICOS P.P.P.R.- GASTOS DE TRANSPORTES OCASIONALES- PRIMA DE SERVICIO JUNIO- PRIMA DE SERVICIO DE DICIEMBRE- PRIMA DE NAVIDAD- BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.

### **1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD.**

La parte demandante señala como normas violadas, los artículos 1,2,6,23, 13,25,53,58 y 29 de la Constitución Nacional; Ley 100 de 1993; Decreto 1743 de 1966; Decreto 2143 de 1995; Ley 62 de 1985; y del Código Contencioso Administrativo, el artículo 138,155,156,161,162.

Señala que los actos acusados vulneran las disposiciones de orden constitucional que garantizan la favorabilidad en la aplicación de las normas en materia laboral y la garantía de los derechos adquiridos.

Finalmente, considera que la pensión del demandante se debe liquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

### **2.1. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA<sup>1</sup>.**

La parte demandada el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, por considerar que los actos administrativos cuestionados fueron expedidos teniendo en cuenta la normatividad aplicable y propuso como excepciones: 1. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios (la cual fue resuelta en la audiencia inicial); 2. Decaimiento de los actos acusados; 3. Inexistencia de causa jurídica para pedir indebida interpretación; 4. Improcedencia de la solicitud de intereses de mora

<sup>1</sup> Folios 183-198





indexación); 5. Compensación; 6. Pago; 7. Enriquecimiento sin causa y 8. Cobro de lo no debido.

Además, indicó que el segundo hecho no es cierto, por cuanto el SENA liquidó la pensión de la actora aplicando el principio de favorabilidad, y agregó que la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de reconcomiendo pensional obedeció a que se cumplió la condición resolutoria a la que estaba sometida.

### 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>2</sup>.

Mediante sentencia de fecha (21) de abril de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda ordenando se liquide la pensión de la señora Noris Ruiz de Borré, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, pero incluyendo los factores devengados durante el último año de servicios.

Declara el a quo la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 00130 del 2000, expedida por el SENA.

### 4. RECURSO DE APELACIÓN

#### 4.1. De la parte accionada<sup>3</sup>.

El Servicio Nacional De Aprendizaje- SENA, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque el fallo del a quo, teniendo en cuenta el precedente fijado por la Corte Constitucional en sus sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en el que se estipula que el ingreso base de liquidación no es un aspecto de la transición.

### 5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA<sup>4</sup>.

Mediante auto de fecha 6 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada, por medio de auto de 30 de

<sup>2</sup> Folios 243-251

<sup>3</sup> Folios 258-264

<sup>4</sup> Folios 5 y 10, cuaderno de 2ª instancia.





julio de 2018, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **6.1. Parte demandante<sup>5</sup>.**

El accionante presentó alegatos de conclusión dentro del trámite de la segunda instancia; manifestando que, se debe declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, en lo que respecta a al reliquidación pensional, ya que los mismo, no tuvieron en cuenta lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, en donde la pensión, debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, desconociéndose el régimen de transición señalado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

### **6.2. Parte demandada- SENA<sup>6</sup>.**

La accionada SENA, solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar no acceder a las pretensiones de la demanda, igualmente solicita se le de aplicación al precedente fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

### **6.3. COLPENSIONES<sup>7</sup>**

La entidad Colpensiones, alega que no puede ser compelida a reconocer una pensión por un valor superior al que realmente corresponde de acuerdo al salario base asegurado según las reglas de cada una de las prestaciones; por ende solicita absolver a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

## **IV. CONTROL DE LEGALIDAD.**

<sup>5</sup> Folios 19-27 cuaderno de 2ª instancia.

<sup>6</sup> Folios, 11-18 cuaderno de 2ª instancia.

<sup>7</sup> Folios 28-29 cuaderno de 2ª instancia.





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, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

## V. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

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

### 2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Determinar si es procedente que el SENA, reliquide la pensión de jubilación de la señora NORA RUIZ DE BORRÉ en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo todos los factores devengados durante dicho periodo?*

De ser resuelto de manera positiva el anterior problema jurídico, corresponderá confirmar la sentencia de primera instancia, en caso contrario será revocada.

### 3. Tesis de la sala.

La Sala REVOCARÁ la sentencia apelada, en consideración a que en el *sub iudice* se acreditó que el demandante es beneficiario del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia le asiste derecho a que se le aplique la Ley 33 de 1985, pero solo respecto a la i) edad, ii) tiempo de servicio y, iii) tasa de reemplazo; sin embargo, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se debe determinar conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con fundamento al régimen anterior; igualmente los

**Código: FCA - 008      Versión: 01      Fecha: 18-07-2017**





factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994. En esa medida, no es posible aplicarle al demandante, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, de manera íntegra, como se solicita en las pretensiones de la demanda.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

#### 4. Marco normativo y jurisprudencial.

##### 4.1. La seguridad Social como derecho fundamental

El Derecho a la seguridad social, ha sido entendido<sup>8</sup> desde dos perspectivas constitucionales, de una parte, como un servicio público que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, el cual debe responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; y por otro lado, como un derecho fundamental irrenunciable en cabeza de todos los ciudadanos.

También se ha señalado que de este derecho se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo y que llegan a una edad avanzada<sup>9</sup>.

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado desde una perspectiva constitucional, bajo los principios de universalidad y solidaridad, a la luz de la e interpretación constitucional.

##### 4.2. El Precedente Constitucional

La Corte Constitucional tiene a su cargo "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución<sup>10</sup>", así pues, es la encargada de fijar los efectos

<sup>8</sup> Sentencia T-039 de 2017

<sup>9</sup> sentencia T-013 de 2011.

<sup>10</sup> Artículo 241 Constitución Política de Colombia.





de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior<sup>11</sup>.

En la sentencia SU-354 de 2017, la Corte Constitucional manifestó que la interpretación de la Constitución tiene como propósito principal orientar el ordenamiento jurídico hacia los valores y principios Constitucionales, por lo que no reconocer el alcance vinculante de los fallos, genera en nuestro ordenamiento jurídico falta de coherencia y contradicciones entre la normatividad y la Carta.

Así pues la máxima autoridad constitucional ha señalado que en los fallos de constitucionalidad, su carácter obligatorio se desprende de los efectos *erga omnes*, así como de la cosa juzgada constitucional de que están revestidos<sup>12</sup>; por ello, se ha precisado que las razones o motivos de la decisión de las sentencias de juicio abstracto contienen la solución constitucional a los problemas jurídicos estudiados, y por tal razón, deben ser atendidas por las autoridades judiciales, para que la aplicación del derecho sea conforme a la Carta Política<sup>13</sup>.

En torno a los fallos de revisión de tutela, se ha referido que el respeto de su *ratio decidendi*, logra la concreción de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y la confianza legítima. Igualmente, se ha destacado que cuando se trata de sentencias de unificación y de control abstracto de constitucionalidad, basta un pronunciamiento para que exista un precedente, lo anterior debido a que *"las primeras, unifican el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos y, las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política"*<sup>14</sup>.

En este orden, el desconocimiento del precedente constitucional, *"independientemente del tipo de defecto en el que se clasifique, es decir, como defecto autónomo o como modalidad de defecto sustantivo, no solo*

<sup>11</sup> Sentencia T-018 de 2018

<sup>12</sup> Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

<sup>13</sup> Sentencia T-410 de 2014

<sup>14</sup> Sentencia T-233 de 2017.





conlleva la trasgresión de las garantías fundamentales a la igualdad y al debido proceso, sino que también vulnera el principio de supremacía constitucional.<sup>15</sup>

De conformidad con lo expuesto, el precedente Constitucional debe ocupar un lugar privilegiado en el análisis del caso por parte del juez de la causa, pues de lo contrario, se quebrantan los principios Constitucionales de la igualdad y la supremacía de la Carta Política, y es que para quienes administran justicia, respetar la jurisprudencia de la máxima corporación constitucional es un deber, especialmente, porque es a través de la función jurisdiccional de la Corte Constitucional que se garantiza la eficacia de los derechos constitucionales a los asociados<sup>16</sup>.

#### 4.3. Posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en Materia de liquidación pensional en régimen de transición.

La ley 100 de 1993, contempló un régimen de transición pensional, para efectos de garantizar derechos consolidados con base en normas anteriores, de la siguiente manera:

*"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere Superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE." (Texto subrayado fuera del original).*

<sup>15</sup> Ibídem

<sup>16</sup> T-410 de 2014.





En tal sentido, dicho beneficio está dirigido a: i) Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad al 1° de abril de 1994; ii) hombres con cuarenta (40) o más años de edad al 1° de abril de 1994; iii) hombres y mujeres que independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Respeto de este beneficio, la Corte Constitucional ha venido abordando su estudio para determinar el alcance del mismo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales superiores, es así como en la sentencia **C-168 de 1995**, determinó que sin importar cuál era la vinculación anterior, las personas serían beneficiarias del régimen de transición cuando cumplieran los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, pero las demás condiciones para acceder al derecho pensional, serían las fijadas en la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, en la sentencia **C-258 de 2013**, la Corte estudió la constitucionalidad de la expresión "*durante el último año*" contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, y efectuó una interpretación de la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición y advirtió además que no consideraba que existiera una "*razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad*".

Por su parte, en la sentencia **T-078 de 2014**, la Corte Constitucional reafirmó el precedente de la sentencia C-258 de 2013, al establecer que el monto de la pensión se fijaba con base en lo dispuesto en el régimen especial, mientras que el ingreso base de liquidación se aplicaba de forma independiente al monto y con sujeción a lo previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el **Auto 326 de 2014**, la Sala Plena de la Corte Constitucional, ratificó el alcance de la sentencia C-258 de 2013 al manifestar que la *ratio decidendi* de esta providencia interpretó las normas que regulan la aplicación del régimen de transición y estableció que el modo de promediar la base de liquidación no podía ser la estipulada en la legislación anterior, ya que la transición solo





comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación.

Con posterioridad, en la **SU-230 de 2015**, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela que pretendía proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y al mínimo vital, frente a una liquidación pensional realizada con base en el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), y no teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año (artículo 1° de la Ley 33 de 1985), donde concluyó que a partir de la sentencia C-258 de 2013, la Corte realizó consideraciones generales y fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por lo tanto, son las reglas contenidas en el régimen general las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca.

En igual sentido, en la sentencia **SU-427 de 2016** se dispuso que el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 realizada por la sentencia C-258 de 2013 al igual que en la sentencia **SU-210 de 2017**, se mantuvo la consideración sobre la aplicación del IBL de conformidad con lo prescrito en la Ley 100 de 1993.

En contraste con lo anterior, ha sido posición reiterada del Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, el entender que los beneficiarios del régimen de transición pensional deben ser liquidados en su integralidad con el régimen que los cobija, señalando para el efecto que el ingreso base de liquidación hace parte del mismo, y por tanto debe estar conformado con todos los emolumentos percibidos en el último año de servicios del empleado.

Esta posición fue reafirmada y unificada mediante la sentencia de 25 de febrero de 2016<sup>17</sup> en la cual se mantuvo la posición adoptada en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, sobre la aplicabilidad del régimen de transición y liquidación de la pensión en el régimen de transición con todos los factores, específicamente se señaló lo siguiente:

<sup>17</sup> Exp. 2013-01541 (4683-2013).





**"(...) el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%).** La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. **La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional.** El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

3) **Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.**

4) **La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa,** en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) **Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales,** que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", **no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales.** Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el



concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.»

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2018<sup>18</sup>, la Sala Plena del Consejo de Estado modificó la posición jurisprudencial que venía fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, en la cual se inclinó por la posición adoptada por la Corte Constitucional, pero conservando algunos matices particulares, en dicho pronunciamiento señaló la Alta Corporación:

**"Primero:** Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. 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.

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

3. 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."

<sup>18</sup> Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





En este orden, se observa que venían coexistiendo dos posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen de transición pensional en la liquidación de la asignación, no obstante dado el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado que se ha inclinado sustancialmente en dirección a la tesis sostenida por la Corte Constitucional, resulta claro que se debe continuar acogiendo el criterio adoptado como precedente constitucional por la H. Corte Constitucional, el cual se viene aplicando por la Sala incluso desde antes del pronunciamiento del 28 de agosto de 2018, lo cual se acompasa con la nueva postura del Consejo de Estado, dado que la Corte Constitucional en este sentido ha creado una regla de interpretación que no puede ser desconocida por el operador judicial, toda vez que se trata de una extensión misma del texto constitucional, según la cual, el monto de la pensión reconocida en favor de quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no puede calcularse conforme al IBL estipulado en la legislación anterior, sino al previsto en el inciso tercero de la referida norma, regla que fijó en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la sentencia SU-230 de 2015.

En este orden se tiene que los beneficiarios del régimen de transición pensional, en cuanto al IBL para su liquidación se debe efectuar con base en lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y conforme al artículo 21 de esta norma, sobre los factores efectivamente cotizados y de acuerdo a lo contemplado en el decreto reglamentario 1158 de 1994, y teniendo en cuenta los diez últimos años de servicios si el tiempo faltante para adquirir el derecho fuere inferior a este lapso, o en todo el tiempo cotizado si el tiempo faltante fuere superior.

## **5. EL CASO CONCRETO.**

### **5.1. Hechos relevantes probados.**

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente, que la señora NORIS RUIZ DE BORRÉ, prestó sus servicios al SENA desde el 23 de junio de 1975 hasta el 28 de noviembre de 1999. (fl. 11).

5.1.2. Mediante la Resolución 00130 del 16 de febrero de 2000 (fl. 14-16), el SENA le reconoció la pensión de jubilación a la actora efectiva a partir del 29 de





noviembre de 1999 por valor de \$1.475.142, disponiendo que se reservaba el derecho a cubrir parcial o totalmente el valor de la pensión hasta cuando el ISS le reconozca la pensión a la actora, a partir de dicha fecha solo pagará el mayor valor, si lo hay, entre la mesada a que tenga derecho con base en la resolución y el valor reconocido por el ISS.

5.1.3. Por medio de la resolución 00796 del 16 de junio de 2003 (fls. 17-18), el SENA declaró la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de reconocimiento pensional, en cuanto a la obligación de esa entidad de pagar el valor total de la mesada, y dispuso que a partir del 1 de noviembre de 2001, el valor de la mesada a cargo del SENA, correspondería al mayor valor entre la pensión otorgada por el ISS y la que le venía pagando el Servicio Nacional de Aprendizaje.

5.1.4. El 25 de junio de 2012, la accionante solicitó la reliquidación de su pensión (fls. 19-25), petición que fue negada a través del oficio No. 2-2012-014363 (fls. 26-32).

5.1.5. Finalmente, en el certificado que obra a folio 11-13 del expediente se relacionan los factores de ingreso que devengó el accionante durante los años 1994 a 1999.

## **5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el sub judice se solicita la nulidad de la resolución No. 00130 del 16 de febrero de 2000, en el que se reconoce pensión de jubilación al accionante, igualmente se pretende la nulidad parcial de la Resolución No. 00796 de fecha 16 de junio de 2003, que declaró la pérdida de la fuerza ejecutoria de la resolución que le reconoció al pensión de jubilación a la demandante; finalmente que se decrete la Nulidad del oficio No. 2-2012-014363 de fecha 28 de agosto de 2012, que le resolvió el derecho de petición de fecha 25 de junio de 2012.

El a quo en el fallo apelado, procedió a declarar la nulidad parcial del contenido de la Resolución No. 00796 de fecha 16 de junio de 2003, expedida por el SENA, y la nulidad total del oficio No. 2-2012-014363 de fecha 28 de





agosto de 2012 ; y a título y restablecimiento del derecho, ordenó al SENA, liquidar la pensión del accionante en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo los factores devengados este último año; así mismo, ordenó a la accionada a reconocer y pagar a favor del demandante las diferencias de mesadas pensionales dejadas de devengar.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, se tiene que la señora NORIS RUIZ DE BORRÉ, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir esta ley – 1° de Abril de 1994-, tenía más de 35 años de edad y 19 años de servicios; cumpliendo así con uno de los presupuestos alternativos para beneficiarse del mismo.

De acuerdo al marco normativo y jurisprudencial arriba expuesto, específicamente la sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU 395 de 2017, al encontrarse sujeta la situación pensional del actor, al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ello exclusivamente le da derecho a beneficiarse de los elementos previstos en la Ley anterior, atinentes a: i) edad para acceder a la pensión de vejez, ii) tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y iii) **monto** de la pensión de vejez (tasa de reemplazo), pero entendido este último concepto como el *porcentaje* sobre el cual se liquidará la pensión, más no como el ingreso base de liquidación – IBL -, componente este último para el cual debe seguirse inexorablemente lo previsto en la Ley 100 de 1993, pues el IBL no fue un aspecto sometido a transición. En ese sentido, a la actora, para liquidar el IBL, se le aplica lo prescrito en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia la liquidación se debe hacer sobre el tiempo que hacía falta para adquirir el derecho, esto es 4 años, 11 meses y 28 días.

Por otro lado, es necesario precisar, como se indicó up supra, que los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión son los enlistados en el Decreto 1158 de 1994. En este orden, se observa en el sub judice, que los factores deprecados por la accionante (subsidio de alimentación, viáticos PPPR, gastos de transporte, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación-





vacaciones), no están enlistados en la norma en cita, razón por la cual no se pueden tener en cuenta; con excepción de la bonificación por servicios; el cual si fue tenido en cuenta para liquidar la pensión (fl.15); razón por la cual, no es procedente conceder las pretensiones en cuanto a la inclusión de otros factores salariales.

Así las cosas, no es posible aplicarle a la señora NORIS RUIZ DE BORRÉ, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985, sino que debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma antes explicada.

En este sentido, precisa la Sala que, disiente del A quo por cuanto ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de todos los factores devengados y, señaló como periodo para determinar el IBL, el último año de servicios, lo cual es contrario a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, los cuales adopta y prohija esta Sala de Decisión. En este sentido, se revocará el fallo apelado de fecha veintiuno (21) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo de Cartagena, a través del cual se accedieron a las pretensiones de la demanda y en consecuencia, se negaran las mismas.

### **5.3. Condena en costas en segunda instancia**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, debido a que cuando presentó la demanda, estaba amparada en la tesis que sostenía la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en su momento.

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

## **IV. FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia apelada de fecha veintiuno (21) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo de Cartagena, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por la señora NORIS RUIZ DE BORRÉ

**Código: FCA - 008**

**Versión: 01**

**Fecha: 18-07-2017**





contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

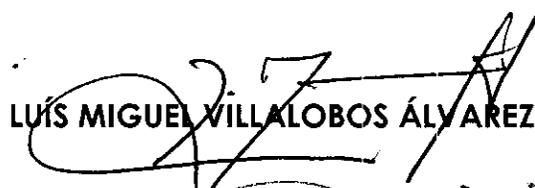
**SEGUNDO:** En consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda iniciada por la señora NORIS RUIZ DE BORRÉ contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, de conformidad con lo expuesto.

**TERCERO:** Sin condena en costas en ambas instancias.

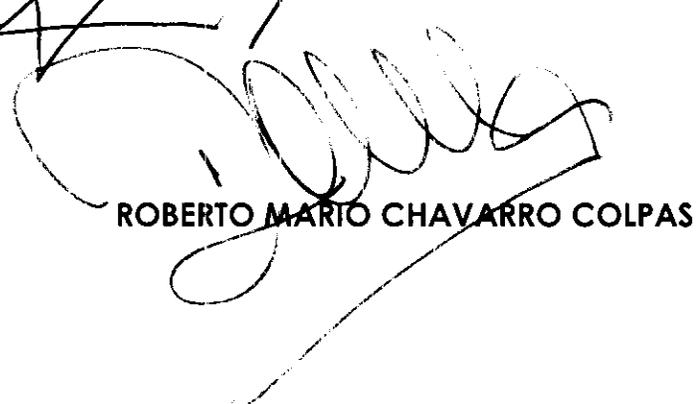
**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

  
**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**