



13-001-33-33-013-2014-00231-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2014-00231-01
Demandante	EDUARDO GOMEZ MERIÑO
Demandado	SENA
Tema	Reconocimiento pensional con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio –IBL.
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha cuatro (04) de mayo de dos mil dieciséis (2015), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

Solicita la parte demandante, que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) nulidad parcial de la Resolución No. 0343 del 21 de abril de 1994, expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, mediante el cual se le reconoce la pensión de jubilación al accionante; (ii) nulidad parcial de la Resolución No. 1220 del 5 de octubre de 1995, por medio del cual se resuelve recurso de reposición contra resolución que reconoce pensión de jubilación; (iii) nulidad de la comunicación No. 2-2014-003719 de fecha 21 de marzo de 2014 en la cual se niega solicitud de reliquidación.



13-001-33-33-013-2014-00231-01

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita i) que se ordene a la accionada, la reliquidación de la pensión vitalicia, para lo cual se deberán tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- El señor EDUARDO GOMEZ MARIÑO, prestó sus servicios personales hasta el 30 de marzo de 1994 al Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-.
- Mediante Resolución No. 0343 del 21 de abril de 1994, la Secretaria General del Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, le reconoció pensión de jubilación al actor en cuantía de (\$413.442)
- El actor interpuso recurso de reposición contra la Resolución No 0343 del 21 de abril de 1994 al considerar que no se le tuvieron en cuenta los factores salariales en especial los viáticos que devengo en el último año, recurso que fue resuelto mediante resolución No. 1220 del 5 de octubre de 1995.
- El 28 de febrero de 2014 radico derecho de petición solicitando que se le reliquide la pensión de jubilación a partir de su retiro definitivo que fue el 30 de marzo de 1994, en cuantía no inferior al 75% teniendo en cuenta todos los factores salariales, solicitud que fue resuelta desfavorablemente en comunicación No. 2-2014-003719 de fecha 21 de marzo de 2014.
- Que la entidad accionada realizo la liquidación en los términos de la Ley 100 de 1993 sin tomar en consideración los demás factores salariales que de acuerdo con la Ley hacen parte del salario.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículo 2, 29, 48, 53, 58 y 230 de la Constitución Nacional, Ley 4 de 1966, Decretos 902 y 903 de 1969, 546 de 1971, 1231 de 1973, 717 y 2726 de 1978 y los Decretos Reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978.



13-001-33-33-013-2014-00231-01

El accionante trae a colación la sentencia del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010 identificada con el radicado No. 2500-23-25-000- 2006-07509-01 en el cual el alto tribunal contencioso manifiesta que la Ley 33 de 1985 no indica la forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sin que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 136-148)

Mediante sentencia de fecha 4 de mayo de 2016, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda, y condeno las costas a la accionada.

Manifestó el A quo que el señor EDUARDO GOMEZ MERIÑO, le es aplicable para el reconocimiento y liquidación de su asignación de retiro lo contemplado en las Leyes 33 y 32 de 1985, por edad y tiempo de servicios cumplidos antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, edad (55 años) y tiempo (20 años).

Precisa que para conformar el ingreso base de liquidación para efectos de establecer el monto de la mesada pensional se debieron incluir además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados los siguientes factores: prima de alimentación, prima semestral, prima de vacaciones, recargos nocturnos y prima de navidad, viáticos permanentes por representación.

De la liquidación realizada por el A quo manifiesta que la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores salariales devengados entre el 1 de abril de 1993 al 30 de marzo de 1994, ascienda a la suma de \$360.086.26 por lo que concluye que la suma reconocida al actor en Resolución No. 0343 del 21 de abril de 1994, esto es \$413.442.00 es superior a la que resulta de la liquidación; por lo que aduce que SENA no ha violado los derechos constitucionales alegados en la demanda que le asiste al acto, toda vez que la suma reconocida se encuentra ajustada a la normatividad vigente al momento de constituirse su status de pensionados, esto es con la leyes 33 Y 62 de 1985.

3. LA APELACIÓN (fs. 159-165)

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se aduce que la entidad demandada aporció una certificación de devengados en





13-001-33-33-013-2014-00231-01

factores base de cotización, e hizo incurrir en yerro al a quo porque consideró que la liquidación que hicieron en su momento se encontraba ajustada a derecho. Por lo anterior, solicita sea revocada la sentencia impugnada y en su lugar se reliquide la pensión de jubilación del actor con inclusión de todos los factores salariales devengados.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 1 de noviembre de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 14 de diciembre de 2016 (f. 8 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. PARTE DEMANDANTE

No presentó alegatos de conclusión.

5.2 PARTE DEMANDADA (fs. 20-27)

El apoderado judicial de la accionada manifiesta que los factores salariales tenidos en cuenta por el SENA al momento de liquidar la pensión del señor GOMEZ MERIÑO fueron conforme los lineamientos legales vigentes que están rigiendo en ese momento, y se encontraron definidos en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que es el aplicable a los empleados del sector público y privados entre ellos el SENA.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (Fl. 10-16)

El Ministerio Público rindió concepto manifestado que la sentencia apelada debe ser confirmada toda vez que considera que de acuerdo a la normatividad y la jurisprudencia aplicable al caso, el demandante tiene derecho que para la liquidación de su pensión le sean incluidos todos los factores devengados en el último año de servicios, no obstante, probatoriamente se tiene acreditado que su liquidación pensional incluyó los factores salariales acreditados como devengados durante el último año de servicios.





13-001-33-33-013-2014-00231-01

antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

4.1 Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante lo anterior, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

"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 régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

4.2. 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:



13-001-33-33-013-2014-00231-01

"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 hiciere 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).

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





13-001-33-33-013-2014-00231-01

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 3º 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 1º 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.



13-001-33-33-013-2014-00231-01

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 2016¹ 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:

"(...) 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

¹ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





13-001-33-33-013-2014-00231-01

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 2018², 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:

² Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





13-001-33-33-013-2014-00231-01

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 hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

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."

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





13-001-33-33-013-2014-00231-01

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.

4.2 Del régimen prestacional de los servidores del SENA.

De conformidad con los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público por lo que tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas en la ley para esta clase de funcionarios.

Mediante el Decreto 2464 de 1970 se aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en el que se determinó que su personal tiene derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la Rama Ejecutiva del poder público establece la ley. En lo pertinente, dispuso:

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

"Art. 127: Seguro Social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA continuaran afiliados al Instituto de Seguros Sociales -I.C.S.S.

En los lugares donde no haya servicios de dicho Instituto, las prestaciones a cargo del mismo serán asumidas directamente por el SENA en relación con sus empleados o trabajadores no afiliados al I.C.S.S.

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

A su vez el artículo 35 del Decreto Ley 1014 de 1978, modificado por el artículo 16 del Decreto Ley 415 de 1979 estableció:

"El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándoles a una entidad asistencial o de previsión.

Dichos empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en el párrafo siguiente.

Aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados por enfermedad, devengarán durante la incapacidad y proporcionalmente a ésta, una suma





13-001-33-33-013-2014-00231-01

equivalente al sueldo asignado al cargo. Entiéndase en este caso que el empleado cede su derecho al SENA para que efectúe el cobro de la incapacidad ante la entidad asistencial o de previsión.

El SENA asumirá directamente o contratará con una o varias entidades públicas o privadas especializadas en seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados de la entidad.

Las modalidades y cuantía de este servicio se establecerán por Acuerdo del Consejo Directivo Nacional, así como los aportes del SENA para cada uno de sus empleados.

Con la prestación de este servicio de salud para la familia de los empleados, éstos y la entidad quedarán exentos de cotizaciones al ISS para cubrir riesgos similares.

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de seguridad industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y mental del empleado.

El Consejo Directivo Nacional de la entidad, reglamentará las normas internas sobre este aspecto."

De la normatividad trascrita se concluye que los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma "general" establece la ley para los miembros de la Rama Ejecutiva. En consecuencia, desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables las Leyes 6ª de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia.

Luego, los empleados del SENA continuaron afiliados al I.S.S., lo cual no obsta para que su régimen prestacional sea el general de la Rama Ejecutiva al tenor del artículo 126 del Decreto 2464 de 1970.

El Decreto 1748 de 1995, Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, al referirse a los empleadores del sector público afiliados al ISS, dispuso lo siguiente:

"Artículo 45. Empleadores del sector público afiliados al ISS.

Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el Artículo 5º del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B."

La norma a la que se remite la disposición anterior, esto es, el Decreto 813 de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece en su artículo 45, lo siguiente:





13-001-33-33-013-2014-00231-01

“Artículo 5. Transición de las pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

(...)

PARÁGRAFO. Lo previsto en este artículo sólo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador. (...).”

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “A” en providencia de 11 de febrero de 2015, dentro del proceso radicado No: 05001-23-31-000-2011-01524-01 (2947-2013) sostuvo:

“Además, el artículo 35 del Decreto 1014 de 1978 ordena la continuidad de afiliación del personal del SENA al I.S.S. sin modificar lo pertinente al régimen de la pensión de jubilación determinado en el artículo 126 del Decreto 2464 de 1970, pues solo modificó otras prestaciones. Así el SENA garantizaría a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión (sin determinar que sería el I.S.S.); además, que los empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en su parágrafo que se refiere a funcionarios que se encuentran incapacitados por enfermedad.

A pesar de que los empleados públicos del SENA se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, esta entidad descentralizada nacional tiene la obligación convencional transitoria de reconocer a sus funcionarios la pensión de jubilación al cumplimiento de los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general, dado que el I.S.S. inicialmente no les hace dicho reconocimiento debido a que sus requisitos pensionales son superiores a los establecidos normalmente para los servidores públicos y porque la circunstancia excepcional de su afiliación al I.S.S. no puede de ninguna manera constituirse en un impedimento u obstáculo para el disfrute de su derecho adquirido frente a la ley.”

Lo anterior significa que quien inicialmente asume la obligación pensional de sus trabajadores es el SENA, y cuando se satisfacen los requisitos exigidos por el I.S.S. o quien haga sus veces, éste asume su obligación y el SENA cesará en el pago de dicha prestación, salvo algunas situaciones especiales. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación.

No obstante puede ocurrir que cuando el I.S.S. o quien haga sus veces, reconoce la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tienen derecho los servidores públicos en general, ante lo





13-001-33-33-013-2014-00231-01

cual el SENA debe cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida.

5. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

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

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que, el señor EDUARDO GOMEZ MERIÑO estuvo vinculado en calidad de empleado público del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-SENA-, desde el 3 de septiembre de 1969 hasta el 29 d marzo de 1994, desempeñando las funciones de Jefe Grado 01 Supervisor para un total de veintisiete (27) años, seis (06) meses y veintisiete (27) días de servicios, tal y como se acredita con la certificación expedida el Jefe 01 del Grupo de Recursos Humanos del SENA Regional Bolivar y Sucre, de fecha cinco (05) de marzo de 1994 (F. 34-36)

5.1.2. Que el señor EDUARDO GOMEZ MERIÑO, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez mediante Resolución No. 0343 del 21 de abril de 1994, expedida por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, en cuantía de \$413.442.00, efectiva a partir del 30 de marzo de 1994 (Fl.10-13)

5.1.3. Mediante Resolución No. 1220 de 1995 el SENA niega la reliquidación de pensión de vejez solicitada por el actor. (Fl.14-16)

5.1.4. Mediante Comunicación No. 2-2014-003719 del 21 de marzo de 2014 expedida por el SENA se negó reliquidación de pensión de vejez solicitada por el actor de fecha 28 d febrero de 2014 radicada bajo el No.1-2014-003037 (Fl. 21-24)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrimado al expediente, se tiene que el señor EDUARDO GOMEZ MERIÑO es beneficiario del régimen pensional anterior a



13-001-33-33-013-2014-00231-01

la Ley 100 de 1993, en la medida en que para la fecha en que entró a regir dicha la ley – 1º de Abril de 1994-, el actor ya tenía 55 años de edad y 20 años de servicios; por lo que era aplicable el reconocimiento y liquidación de su asignación la contemplada en la Ley 33 y 62 de 1985.

En esa medida, concluye la Sala que, la entidad accionada para liquidar la pensión de vejez del demandante, debió tener en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes a la Entidad de previsión durante el último año de servicios. Sin embargo el SENA contempla otros factores que son de índole especial para dicha entidad, por lo que se deberán tomar en cuenta los contemplados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 los cuales son: asignación básica, subsidio de alimentación, recargo nocturno, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados y horas extras.

En el sub judge, se acreditó que el demandante adquirió su estatus jurídico de pensionado el día 8 de agosto de 1991, tal y como se indica en el acto administrativo de reconocimiento pensional –Resolución No. 0343 del 21 de abril de 1994; así mismo, se acreditó que el peticionario fue retirado del servicio el 30 de marzo de 1994. (F. 10-13).

De otro lado, se encuentra acreditado con el certificado expedido por el Jefe 01 del Grupo de Recursos Humanos del SENA Regional Bolívar y Sucre, de fecha cinco (05) de marzo de 1994, que el demandante en el último año de servicio, comprendido entre el 30 de marzo de 1993 al 30 de marzo de 1994, devengó los siguientes factores salariales: (i) asignación básica, (ii) subsidio de alimentación, (iii) prima de servicios diciembre (iv) prima de navidad (v) prima de vacaciones; (vi) bonificación por servicios prestados (f. 35-36); los cuales fueron tenidos en cuenta como base de liquidación pensional de señor Gomez Meriño, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 0343 del 21 de abril de 1994 mediante la cual se le reconoció pensión de jubilación.

Así las cosas, esta Colegiatura confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones, en consideración a que en el sub judge el SENA reliquidó la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores salariales devengados y, señaló como período para determinar el IBL, el último año de servicios, lo que no contraría los criterios establecidos por la Corte Constitucional, que adopta y prohija esta Sala de Decisión, al adquirir





13-001-33-33-013-2014-00231-01

el actor el status pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el día 8 de agosto de 1991.

6. Condena en Costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación a la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada³.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del expediente.

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 cuatro (04) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por el señor EDUARDO GOMEZ MERIÑO, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha

³ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.

13-001-33-33-013-2014-00231-01

liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

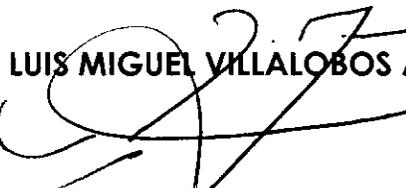
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

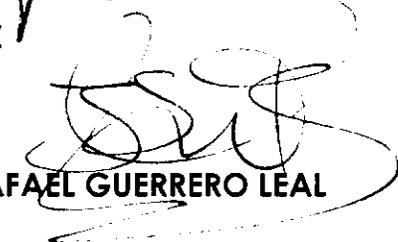
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL