



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

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2014-00073-01
Demandante	EDUARDO MARDINI NORIEGA
Demandado	SENA
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	IBL- Transición.

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 05 de octubre de dos mil quince (2015), 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: Solicito que se DECLARASE LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 002321 del 17 de Octubre de 2007, por medio el cual se le reconoce la pensión de jubilación del señor EDUARDO ENRIQUE MARDINI NORIEGA.

SEGUNDO: Solicito que se DECLARASE LA NULIDAD de la Comunicación No. 2-2011-023181 de fecha 15 de diciembre del 2011 de Coordinador Grupo de Pensiones del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA por medio el cual niegan la reliquidación de la pensión del señor EDUARDO ENRIQUE MARDINI NORIEGA.

TERCERO: DECLARASE LA NULIDAD de la comunicación No. 2-2013-011273 del 28 de agosto del 2013, negando la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación del señor EDUARDO ENRIQUE MARDINI NORIEGA.

CUARTO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordena al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, reliquidar la pensión del señor EDUARDO ENRIQUE MARDINI NORIEGA teniendo en cuenta al momento de la reliquidación todos los

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 18-07-2017





factores de salario devengados por el demandante en el año inmediatamente anterior al último año de servicios o en su defecto los últimos diez años de conformidad con el principio de favorabilidad incluyendo además de la asignación básica los factores de prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, vacaciones y bonificación por servicios y cualquier otro emolumento recibido como contraprestación de sus servicios, los cuales se encuentran debidamente certificados por la respectiva pagaduría, de acuerdo con las constancias que obran en el expediente administrativo de pensiones que reposa en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA.

Las sumas que resulten a favor del demandante, por la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y lo que debe pagar, una vez se reliquide se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{RH \times \text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante, esto es, la diferencia entre lo que se le ha pagado como pensión de jubilación y lo que se le debe pagar al reliquidarla conforme a esta sentencia, a partir del 1 de febrero de 2008, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en la parte final del artículo 195 del CPACA. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el artículo 189 del CPACA.

QUINTO: Ordénese también que la condena de que trata la pretensión anterior se ajuste en su valor tomando como base el índice de Precios al Consumidor o al por Mayor, como indica el CPACA.

SEXTO: Igualmente ordénese a las demandadas el pago de los intereses comerciales y/o moratorios aplicables a las mencionadas sumas tal como lo indica el C.C.A.

SEPTIMO: Que se condene en costas de conformidad con el artículo 188 CPACA, y a su vez se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos establecidos en los artículos 189 S.S del CPACA."

1.2. HECHOS

1.2.1. Manifiesta el demandante que prestó sus servicios al SENA desde el 19 de enero de 1988 hasta 01 de febrero de 2008, sin interrupción. Se desempeñó como Instructor Grado 15 en el Centro de Atención Integral al sector Agropecuario Regional Bolívar.



1.2.2. Aduce el accionante que a través de resolución No. 002321 del 17 de octubre de 2007, la Secretaría general del servicio Nacional de Aprendizaje SENA, le reconoció pensión de jubilación con un valor de TRES MILLONES CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TRECE PESOS (3.056.513), el cual se notificó el 26 de octubre de 2007.

1.2.3. Arguye el accionante que el 12 de diciembre de 2011 presentó reclamación administrativa solicitando la reliquidación de la pensión de jubilación, el cual fue negada a través de comunicación No. 2011-023181.

1.2.4. El 15 de agosto de 2013, el accionante presentó solicitud de reliquidación de la pensión, el cual fue negada a través de oficio No. 2-2013-011273 del 28 de agosto de 2013.

1.2.5. Indica el accionante que el SENA al reconocer la prestación económica solo tuvo en cuenta la asignación básica mensual que devengaba, realizó la liquidación en los términos de la ley 100 de 1993 sin tener en cuenta los demás factores salariales. Señala que debe reliquidarse su pensión de jubilación, teniéndose en cuenta todos los factores salariales, tomando como base el último año o en su defecto los últimos 10 años teniendo en cuenta el principio de favorabilidad.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD.

La parte demandante señala como normas violadas, los artículos 6,53 y 58 de la Constitución Nacional; además el artículo 14, inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y del Código Contencioso Administrativo, el artículo 138.

Aduce que, el actor estuvo al servicio de una entidad pública, y que al entrar en vigencia el Sistema General de pensiones de la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos del orden nacional (1 de abril de 1994), el actor por edad y por tiempo de servicio se hizo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la mencionada ley.



2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA¹.

La parte demandada el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la prestación de servicios del actor en el SENA, el reconocimiento de pensión de jubilación, la reclamación administrativa, solicitud de reliquidación de la pensión; en cuanto a la liquidación sin tener en cuenta los demás factores salariales estipulados en la ley 100, aduce que no es cierto.

Sostuvo que las pensiones del régimen de transición consagradas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siendo el régimen legal anterior la ley 33 de 195, se debe tener en cuenta a la hora de la liquidación la edad (55 años), el tiempo de servicios de 20 años continuos o discontinuos y el monto o tasa de reemplazo del 75%.

Afirma que aquellas personas que el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL será (a) el promedio de lo devengado en el tiempo que hiciere falta para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, (b) el promedio de lo 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; en los casos en que a las personas el 1° de abril les faltara más de 10 años para cumplir con los requisitos de la pensión, se le aplicaba el artículo 21 de la ley 100 de 1993, en el que se estipula que 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.

Siendo así las cosas, solicitó al juzgado que se pronuncie sobre los aportes de pensión y salud que deben efectuarse, señalando el tiempo de liquidación de los mismos, porcentaje a cargo del SENA y del accionante, e indicación expresa que Colpensiones y la EPS estarán obligados a recibir el pago de los aportes que se dispongan en el fallo judicial, sin cobrar al SENA mora alguna.

¹ Ley 100 de 1993



Propuso como excepciones no comprender la demanda a todo los litisconsorte necesario, decaimiento de los actos acusados, inexistencia de causa jurídica para pedir indebida interpretación, improcedencia de la solicitud de intereses de mora, compensación, pago, prescripción del reajuste solicitado, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, la genérica.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA².

Mediante sentencia de fecha (05) de octubre de dos mil quince (2015), el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda ordenando se liquide la pensión del señor Eduardo Mardini Noriega, 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. 002321 de 2007, expedida por el SENA.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. De la parte accionada³.

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 INSTANCIA⁴.

² Folios 384-400.

³ Folios 406-420.

⁴ Folios 3 y 8, cuaderno de 2ª instancia.





Mediante auto de fecha 27 de abril de 2016, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada, por medio de auto de 12 de mayo de 2016, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandante⁵.

El accionante presentó alegatos de conclusión dentro del trámite de la segunda instancia; solicitando acceder a las pretensiones de la demanda, alegando que el fallador deberá tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y precedente judicial, por ende deberá aplicar la Sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila y la Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve, el cual constituye un precedente de unificación.

Manifiesta el accionante que se debe tener como guía la decisión de la Corte Constitucional, originada en una sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se estipuló el IBL con el promedio de los ingresos recibidos en los últimos 10 años de servicios.

6.2. Parte demandada- SENA⁶.

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. COLPENSIONES⁷

⁵ Folios 19-22 cuaderno de 2ª instancia.

⁶ Folios 41-51, cuaderno de 2ª instancia.

⁷ Folios 52-53 cuaderno de 2ª instancia.



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.

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 del señor Eduardo Mardini, 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 durante dicho período?

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 judice* 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 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 entendido⁸ 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 avanzada⁹.

Bajo esta perspectiva, la garantía y goce de la pensión, como derecho fundamental integral de la seguridad social, debe ser estudiado y aplicado

⁸ Sentencia T-039 de 2017

⁹ Sentencia T-013 de 2011.



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*¹⁰", así pues, es la encargada de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en que debe interpretarse la norma Superior¹¹.

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 revestidos¹²; 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 Política¹³.

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*

¹⁰ Artículo 241 Constitución Política de Colombia.

¹¹ Sentencia T-018 de 2018

¹² 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.

¹³ Sentencia T-410 de 2014





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 Política¹⁴.

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

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 asociados¹⁶.

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

¹⁴ Sentencia T-233 de 2017.

¹⁵ Ibídem

¹⁶ T-410 de 2014.





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 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 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.

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 cubre, 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 2016¹⁷ 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 Congressistas 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

¹⁷ Exp. 2013-01541 (4683-2013).





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 2018¹⁸, 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 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

¹⁸ Radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01.





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 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 al señor EDUARDO MARDINI NORIEGA, se le reconoció una pensión de jubilación mediante Resolución No. 002321 de 2007, expedida por la Secretaria General del servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, en cuantía de TRES MILLONES CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TRECE PESOS (\$3.056.513). (fl. 13-16).

5.1.2. Obra en el expediente reclamación administrativa de reliquidación pensional de jubilación por parte del señor Eduardo Mardini Noriega, dirigida al Director General del SENA. (fl. 18-22)

5.1.3. Obra en el expediente Comunicación No. 2-2011-023181, mediante la cual se resuelve reclamación administrativa de reliquidación pensional de jubilación, el cual es negada. (fl. 24-25)

5.1.4. Obra en el expediente reclamación administrativa de reliquidación pensional de jubilación por parte del señor Eduardo Mardini Noriega, dirigida al SENA. (fl. 26-28)

5.1.5. Obra en el expediente Comunicación No. 2-2013-011273, mediante la cual se niega reliquidación de pensión de jubilación del accionante. (fl- 29-32)

5.1.6. Obra en el expediente certificación de factores devengados por el accionante del 01 de enero de 2007 a 30 de junio de 2012. (fl. 11)

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. 002321 del 17 de octubre de 2007, en el que se reconoce pensión de jubilación al accionante, igualmente se pretende la nulidad de la comunicación No. 2-2011-023181 de fecha 15 de diciembre de 2011 y comunicación No. 2-2013-011273 del 28 de agosto de 2013, en las que se niega la solicitud de la reliquidación de pensión de jubilación del señor Eduardo Mardini.

El a quo en el fallo apelado, procedió a declarar la nulidad parcial del contenido de la resolución No. 002321 de 2007, expedida por el SENA, 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.

Ahora bien, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y el material probatorio arrojado al expediente, se tiene que el señor EDUARDO MARDINI NORIEGA, 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 40 años de edad y 13 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.

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 el accionante (prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, vacaciones, viáticos, auxilio de manutención, incremento por antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y subsidio de alimentación), 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.29); 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 al señor EDUARDO MARDINI NORIEGA, 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 cinco (05) de octubre de dos mil quince (2015), 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 cinco (05) de octubre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo de Cartagena, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ejercido por el señor EDUARDO ENRIQUE MARDINI NORIEGA 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 el señor EDUARDO ENRIQUE MARDINI NORIEGA contra el SERVICIO



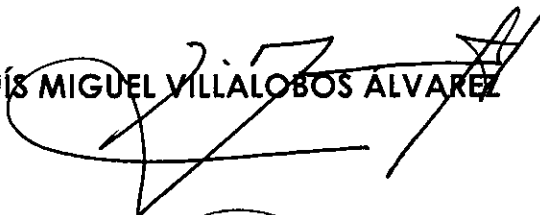
NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: Sin condena en costas en ambas instancias.

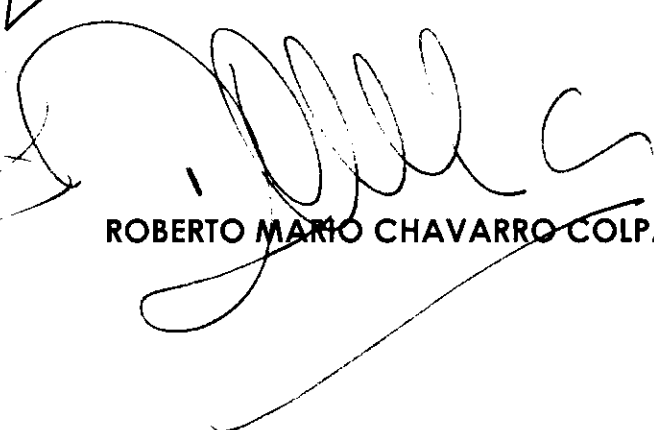
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS