



Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-008-2015-00030-01
Demandante:	Sofanor Pérez Martínez
Demandado:	SENA
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de julio de 2016, mediante la cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. Demanda

a) Pretensiones (fs. 1 - 8).

El señor Sofanor Pérez Martínez presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la COLPENSIONES - SENA, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA Que se declare la nulidad Parcial de la resolución No. 0147 de fecha 13/02/1996 artículo primero proferida por el Secretario General de la entidad demandada, a través de la cual le fue reconocida la pensión de Jubilación al señor (...) por la no inclusión de todos los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicio al momento de adquiría su status de pensionado -01/01/1996.

SEGUNDA.- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0573 de fecha 19/07/1996, que modificó la Resolución No. 0147 de fecha 13/02/1996 que le reconoció la pensión de Jubilación al demandante (...).

TERCERA - Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 01418 de fecha 27/10/2003 a través de la cual se declaró la perdida ejecutoria de la Resolución No. 0147 de fecha 13/02/1996, que le reconoció la pensión de Jubilación al demandante.

CUARTA.- Que se declare la nulidad del oficio No. 2-2014-014360 de fecha 28 de Agosto de 2012 que le negó la reliquidación de la pensión de Jubilación al demandante señor (...) por la no inclusión de todos los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicio al momento de adquirí su status de pensionado y por ende queda agotada la vía gubernativa

QUINTA.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicito que se condene a la parte demandada (...) SENA, (...) para que reconozca y ordene el pago de la reliquidación de la



pensión de Jubilación al señor (...) con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionado en la cuantía que asciende a la suma de \$517.937.05, efectiva a partir del día 01 del mes Enero del año 1996.

SEXTA.- *Que como efectos de las anteriores peticiones, solicito que se condene a la entidad (...) SENA a pagar al demandante (...) las mesadas adicionales de junio y diciembre desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando el pago se verifique.*

SÉPTIMA.- *Que como efectos de las anteriores peticiones, solicito que se condene a la entidad (...) SENA (...) a pagar al demandante señor (...), 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.*

OCTAVA.- *Que se dicte sentencia en concreto, en el supuesto caso que sea favorable al demandante la sentencia.*

NOVENA.- *Que se condene a la entidad (...) SENA, al pago de los intereses moratorios de conformidad con la Ley 1437 de 2011 artículo 190 y 192 del C.P.A.C.A.*

DECIMA.- *Que se condene en costas a la parte demandada*

UNDÉCIMA.- *Que se me reconozca la personería de actor..*

b) Hechos.

Para sustentar fácticamente las pretensiones el demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Prestó sus servicios como empleado del SENA desde el 4 de noviembre de 1975 hasta el 30 de diciembre de 1995, en el cargo de Instructor T.C., Grado 1, en la especialidad de Auxiliar.

Le fue reconocida su pensión de jubilación mediante Resolución No. 01473 del 13 de febrero de 1996, la cual no fue liquidada con todos los factores salariales devengados en el año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionado.

Posteriormente la citada Resolución fue modificada por la Resolución No. 0573 del 19 de julio de 1996; luego mediante Resolución No. 01418 del 27 de octubre de 2003 se declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución que le reconoció la pensión de jubilación.

El 25 de junio de 2012 solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, solicitud que fue negada mediante oficio No. 2-2012-014360 del 28 de agosto de 2012.

La entidad accionada al momento de liquidar su pensión debió tener en cuenta todos los factores salariales que devengaba en durante el último año de servicio, comprendido entre 1994 -1995, tales como la asignación básica; subsidio de



alimentación, prima de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, recargos nocturnos, horas extras, prima técnica, de fe, dominicales y festivos, auxilio de transporte, prima quinquenal, bonificación especial de recreación.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 1, 2, 6, 23 y 29 de la Constitución Política; 138, 155, 156, 161 y 162 de la Ley 1437 de 2011; Ley 114 de 1913; Decreto 1743 de 1966; Decreto 2143/1995; Ley 33/1985; Ley 62 de 1985 y Ley 100/93.

Señaló que la Ley 33/85 estableció en su artículo 1° que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Adujo que cumple con los requisitos para ser beneficiario de la reliquidación de su pensión de vejez, y esta se encuentra tutelada legalmente en el artículo 58 de la Constitución, que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquiridos con justo título y, atendiendo la fecha su nacimiento y la que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, contaba con más 40 años de edad, y por ello, es beneficiario del régimen de transición.

Las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidaron sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. No obstante, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que el régimen de transición abarca la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión.

3.2. Contestación.

EL SENA (fs. 57 – 75), adujo que los factores tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión del demandante estuvieron conforme a los lineamientos legales vigentes y jurisprudenciales que estaban rigiendo en ese momento, y se encontraron definidos expresamente por el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que es aplicable a todos los empleadores del sector público y privado, entre ellos al SENA, dicha norma establece que *"El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituidos por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; b) Los gastos de representación ;c) La prima técnica cuando sea factor de salario; d) las primas de antigüedad ascensional y de capacitación cuando sean factor de*



salario; e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y; g) La bonificación por servicios prestados"

Mediante Resolución No. 0147 de 13 de febrero de 1996, se reconoce pensión de Jubilación la cual fue modificada por la Resolución No. 0573 del 19 de julio de 1996, en la que liquidó la pensión con todos los factores salariales devengados, en el cual erradamente se le incluyó el sueldo de vacaciones, que por ser un descanso remunerado no tienen connotación salarial.

No es procedente extender los efectos de la sentencia del 4 de agosto de 2012, porque en el presente caso se genera un debate jurídico adicional al analizado en la sentencia de unificación, en cuanto a la naturaleza de factores salariales sueldo vacaciones, prima de navidad y vacaciones que se pretende por parte del SENA en el evento de salir condenado excluirlo para modificar el ingreso base de liquidación.

No existe unidad de criterios dentro de la jurisprudencia respecto de los factores que deben incluirse dentro del ingreso base de liquidación de la pensión. En algunas oportunidades, la Sección Segunda del Consejo de Estado, así como los diferentes Tribunales y Juzgados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ordenan la reliquidación de la pensión con la inclusión de todo lo devengado, sin detenerse en revisar si los conceptos tienen o no carácter salarial. *Contrario sensu*, otros fallos efectúan un estudio juicioso sobre los factores que tienen connotación salarial, dentro de los que se destaca el proferido el 10 de febrero de 2011, en la que se señaló que *La Sala añadió que resulta válido para las liquidaciones pensionales tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contra prestación directa por sus servicios, excluyendo aquellas sumas que cubren los riesgos, infortunios o contingencias a los que el trabajador se puede ver enfrentado, es decir, los que tienen carácter prestacional.*

COLPENSIONES (140 – 151) se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas.

Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.



Alegó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional coincide con la de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que el beneficio derivado del régimen de transición consiste en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo y que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.

Adujo que la intención del legislador al enlistar unos factores base de cotización, fue la de permitirle u obligar a las entidades públicas a hacer sus cálculos presupuestales y obtener las correspondientes provisiones en cada vigencia presupuestal. Lo cual sería imposible, si la determinación de los factores base de cotización se hubiera dejado solamente a la reglamentación de las Cajas o abierto a criterio del intérprete, como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

La interpretación hecha en la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, va en contravía del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece como principio constitucional la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

3.3. Sentencia de primera instancia (Fs. 186 - 197).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 11 de julio de 2016, negó las pretensiones de la demanda, ordenó al SENA que revisara y ajustar la pensión del actor porque había incluido en el IBL el sueldo por vacaciones y se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida.

Para sustentar su decisión manifestó que el demandante nació el 24 de septiembre de 1938, y para el año 1994 tenía 56 años de edad, y laboró durante más de 20 años al servicio del SENA; siendo su último cargo el de Auxiliar Grado 1; y por ello, le es aplicable las disposiciones de la Ley 33/85. Al momento en que se le reconoció la pensión de vejez no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio.

Revisadas las resoluciones que le reconocieron la pensión, observó que en las mismas se le reconoció bajo el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93 y se le tuvo en cuenta como factores salariales la asignación mensual, sueldo por vacaciones, subsidio de alimentación, recargos nocturnos, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, dominicales y festivos, auxilio de transporte, horas extras y bonificación por recreación; en consecuencia, las resoluciones demandadas no están viciadas de nulidad por las razones que alega la parte demandante y en consecuencia no están llamadas a prosperar las pretensiones del actor.



En cuanto al factor "sueldo de vacaciones", que se le reconoció al actor como factor salarial y que pide el SENA se excluya, sostuvo que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, estableció que las vacaciones corresponden al "descanso remunerado", por lo que no es salario ni prestación, razón por cual, no es posible computarlos para fines pensionales.

3.4. Recurso de apelación (fs. 199 - 212).

La parte demandante manifestó que cuando solicita la reliquidación de su pensión de vejez por la omisión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, conforme a la Ley/85 modificada por la Ley 62/85 y la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado de agosto de 2010, lo hace con la finalidad que la accionada, le incluyera la prima técnica y la prima quinquenal.

Manifestó que el régimen de transición en el marco de un nuevo sistema pensional, implica para quienes a la entrada en vigencia del mismo reúnen los supuestos de hecho allí establecidos (edad, o tiempo de servicio) el reconocimiento de su derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraban afiliado, es decir el mantenimiento de las condiciones bajo las que aspiraban a concretar su derecho pensional, pues ello hace razonable su configuración legal.

El juez al decidir de fondo la solicitud de reliquidación, debió tener en cuenta la garantía de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso, con base al principio de primacía del derecho sustancial sobre el derecho formal.

La sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010, el Consejo de Estado, señaló que *"Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la sala previo debate surtidos con apoyos en antecedentes históricos, normativos y Jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicio. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de Julio de 2009 proferida por la Sección Segunda de esta alta corporación que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones- de quienes se les aplica la ley 6° de 1945"*.

Adujo que la condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también



34

legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cual norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicar o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulados en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de la fuentes formales de derecho", precepto que debe incluir en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

- Actuación procesal en segunda instancia.

Mediante auto del 5 de septiembre de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 6, C-2), y por providencia de 7 de diciembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 11, C-2).

La parte demandante presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación (fs. 13 – 22, C-2).

El SENA presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda (fs. 23 - 27, C-2).

COLPENSIONES presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda (fs. 28 - 29, C-2).

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito, sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.



5.2. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala establecer de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, en particular la prima técnica y la prima quinquenal, a que se refiere expresamente en el recurso de apelación.

Deberá la Sala establecer si procede aplicar al caso bajo estudio el IBL previsto en la Ley 33/85 por razones de favorabilidad frente a las reglas previstas en la materia por la Ley 100/93.

5.3. Tesis del Despacho

La Sala estima que el demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclamó en la demanda, esto es, con base en todo lo devengado en el último año de servicios, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la ley anterior, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93, y los factores que deben incluirse en el mismo son exclusivamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones, tal como lo exige el Acto Legislativo 01/05.

Sin embargo, habrá de modificarse la sentencia de primera instancia porque se constató que el demandante percibió prima técnica durante el tiempo que se tuvo en cuenta para efectos de establecer el IBL y de acuerdo con el Decreto 1158/94 dicho factor salarial hace parte del ingreso base de cotización en seguridad social.

El principio de favorabilidad no se aplica en casos como el presente en que no existe duda alguna acerca de las normas aplicables al caso y menos aun cuando se pretende la aplicación de reglas propias más favorables de varios regímenes legales con desconocimiento del principio de inescindibilidad.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial

5.4.1. 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, 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.

A la entrada en vigencia de la Ley 100/93 el demandante contaba con 56 años de edad, lo que la hace beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93.

5.4.2. 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 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 norma 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.



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: El Decreto 1748 de 1995,

“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 5° 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:

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:

“Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Ley 90 de 1946, «Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales», en sus artículos 1° y 76 ordenó:

Establécese el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los siguientes riesgos: a. Enfermedades no profesionales y maternidad; b. Invalidez y vejez; c. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y muerte», y 76 « [...]. Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales [...].»

Y dicha pensión de vejez, se adquiere con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 49 del mismo año, del consejo nacional de seguros sociales obligatorios: a) sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y b) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al



cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

En concreto, se infiere que a pesar de que los empleados del SENA se encuentren afiliados al ISS, la pensión de jubilación, en principio, es reconocida, de manera temporal, por el SENA, a la luz del régimen establecido para los funcionarios de la Rama Ejecutiva, que, en el presente asunto, es la Ley 33 de 1985, cuyos requisitos para acceder a ella, antes mencionados, no son superiores a los requeridos para la pensión de vejez del ISS y a la que, después, este se subroga en dicha prestación. (...)

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.

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

En todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia transcrita, el régimen pensional aplicable al demandante en su condición de empleado del SENA era el previsto en la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85.

La Ley 33 de 1985, en su artículo 1º dispone:

"ARTÍCULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.



No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.(...)

PARÁGRAFO 2°. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

PARÁGRAFO 3°. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3° ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de 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".

5.4.3. Sentido y alcance del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

El Consejo de Estado había adoptado de manera reiterada y pacífica el criterio según el cual a las pensiones de los servidores del estado beneficiarios del régimen de transición se les debía aplicar el régimen normativo que con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 regulaba lo relativo a la edad, tiempo de servicios y el **monto de la pensión**, y que la expresión subrayada comprendía tanto el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), como el ingreso base de liquidación, pues el principio de inescindibilidad imponía aplicar la norma comentada de manera integral e impedía liquidar la pensión aplicando edad y tiempo de servicio del régimen anterior y el monto del nuevo régimen.



También sostuvo la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo Subsección A, en sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación 250002325000200607509 01 (0112-2009), que para efectos de la liquidación de la pensión debían tenerse en cuenta todos los factores salariales (...) *En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino 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"*

En la sentencia C-258 de 2013 la Corte Constitucional estudió una demanda contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992,¹ cuyo texto es el siguiente: "El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los Representantes y Senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el Congresista. Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. - PARÁGRAFO. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los Representantes y Senadores en la fecha en que se decrete la jubilación, el reajuste, o la sustitución respectiva."

En este fallo la Corte asumió una interpretación distinta del artículo 36 de la Ley 100/93, según la cual el concepto de monto comprende únicamente el porcentaje o tasa de reemplazo (75%), el cual diferenció del ingreso base de liquidación, al cual se aplica para liquidar la mesada pensional, y por ello el IBL de las personas cobijadas por el régimen de transición se debían regir por la Ley 100/93 y no por el régimen anterior.

La Corte sostuvo los criterios anteriores aduciendo la violación del principio de igualdad por la norma acusada - porque conduce a transferir subsidios públicos excesivos a un grupo de personas que no sólo no están en condición de vulnerabilidad o debilidad, sino que por regla general pertenecen a un sector en mejores condiciones socio-económicas, e impone un sacrificio desproporcionado de los principios y finalidades de la seguridad social - y declaró inexecutable las expresiones "durante el último año y por todo concepto", "Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo

¹Ley 4 de 1992, **Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.**



legal", contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión "por todo concepto", contenida en su párrafo.

De acuerdo con esta segunda interpretación los beneficiarios del régimen de transición tendrían derecho a una pensión equivalente al 75 % (monto) del promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio (IBL).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-078 de 2014, denegó el amparo solicitado por un ciudadano que alegó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia incurrió en causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, al desconocer el régimen especial que se basa en el sistema de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto se tomó como base para liquidar la pensión, el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y no el ingreso base de liquidación, que corresponde a lo devengado en el último año de servicio, tal y como lo disponen las normas especiales que rigen para las pensiones de los trabajadores de la extinta Telecom. Se apoyó esta sentencia de tutela en los parámetros de interpretación utilizados por sentencia C-258/13 frente a la norma mencionada.

El ciudadano afectado por la sentencia T-078 solicitó su nulidad ante la Sala Plena invocando la vulneración del derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente constitucional en vigor de las Salas de Revisión.

Por auto 326 de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió denegar la petición de nulidad porque consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente, dado que antes de la Sentencia C-258 de 2013 no existía un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y a falta de dicha interpretación estaba permitida aquella que de acuerdo con Constitución y la ley acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada y aclaró las sentencias C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004 proferidas por la Sala Plena sobre el tema, ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y por ello el precedente aplicable al caso luego de la Sentencia C-258 de 2013 era el fijado en ésta.

Aseguró la Corte en esta providencia que "...el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna".



La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de abril 29 de 2015, examinó los conceptos de precedente judicial y jurisprudencia en vigor y su carácter vinculante; así como la jurisprudencia de las Salas de Revisión previa a la Sentencia C- 258/13 que establecían que el monto de la pensión de las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100/93 era el previsto en el régimen anterior – en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado -; describió igualmente los fundamentos de la Sentencia C- 258/13 que consideró que el IBL de dichas personas debía regirse por la Ley 100/93 y las sentencias T-078 de 2014 que por vía de tutela reiteró dicho criterio y del auto de Sala plena que negó la solicitud de nulidad en su contra. Describió igualmente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia para concluir que se identificaba con los criterios adoptados en la misma materia por el fallo de constitucionalidad mencionado y reiteró que éste constituía un precedente jurisprudencial obligatorio para todas las autoridades.

Así mismo, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016**, precisó que **los derechos pensionales causados antes de la expedición de la expedición de la sentencia C-258 de 2013**, no son afectados por la interpretación consignada en ella.

Sin embargo, la Sentencia T-615/16 fue anulada por la Corte Constitucional, a solicitud de la UGPP, según consta en Auto 229 de diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Magistrado Ponente (E) José Antonio Cepeda Amarís, debido a que se estableció que en la misma no se tuvo en cuenta el precedente de la Corporación surgido desde la sentencia C-168 de 1995 y materia de las sentencias C-258/13, SU/230/15, SU 405/16 y SU-210 de 2017.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL En Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, sostuvo:

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

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

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

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



- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera sub-regla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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

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

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

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

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

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos

² Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"



estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

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

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

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

La Sala prohíja los criterios expuestos por la Corte Constitucional en los fallos reseñados y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de la Sala Plena de los Contencioso Administrativo, citado previamente, y los aplicará al caso concreto.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la certificación suscrita el 21 de mayo de 1996 por el Jefe del Grupo de Recursos Humanos del SENA, donde constan los factores devengados por el demandante desde 1994 hasta 1995 (fs. 13-20).
- Copia de la Resolución 0147 de 1996, por medio de la cual el SENA reconoció la pensión de vejez del actor, y la liquidó con los factores devengados entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de diciembre de 1995 (fs. 95 - 99).
- Copia de la Resolución 0573 de 19 de julio de 1996, por medio de la cual el SENA modificó el artículo 1º de la Resolución No. 0147/96, y calculó la pensión teniendo en cuenta lo devengado entre el 1º de abril de 1994 y el 1º de enero de 1995, más los sueldos devengados desde el 2 de enero de 1995 hasta el 30 de diciembre de 1994 teniendo en cuenta la asignación básica, sueldo por vacaciones, subsidio de alimentación, recargos nocturnos, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, dominicales y festivos, auxilio de transporte, horas extras y bonificación por recreación (fs. 21 - 27).



- Copia de la Resolución No. 001305 del 20 de mayo de 2003, por medio de la cual el I.S.S. reconoció una pensión de vejez al demandante a partir de junio de 2003 (fs. 120-121).
- Copia de la Resolución No. 01418 de 27 de octubre de 2003, por medio de la cual el SENA declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria de la Resoluciones Nos. 0147 de 1996 y 0573 de 1996, por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sometida su vigencia, con ocasión a la compartibilidad (fs. 123-124).
- Copia del oficio No. 2-2012-014360 del 28 de agosto de 2012, por medio del cual el SENA negó la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez del demandante con inclusión en el IBL de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (fs. 36 ~ 42).
- Cd de antecedentes administrativos remitido por COLPENSIONES (f. 154).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

a) En el presente caso, el demandante alegó ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ello tiene derecho a que su pensión se liquide teniendo en cuenta la Ley 33/85, es decir, con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios. La anterior pretensión la apoyó en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010.

De acuerdo con las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado descritas en el marco normativo y jurisprudencial, la norma anterior debe ser interpretada en el sentido de que a las personas beneficiarias del régimen de transición se les debe aplicar el régimen pensional anterior, únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión. Pero el ingreso base de liquidación - IBL -, debe calcularse de acuerdo con lo previsto en la Ley 100/93, pues este componente no fue sometido a transición. Y los factores que deben tenerse en cuenta en estos casos para liquidar la pensión son aquéllos sobre los cuales se hayan realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

En el acápite referido al marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia, se llegó a la conclusión de que las Leyes 33/85 y 62/85 constituían el régimen pensional aplicable a los empleados del SENA, aunque hubieran sido afiliados al En el sub-lite no es objeto de discusión que el demandante estaba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y que el régimen previo a dicha ley, en su caso era el establecido en la Ley 33/85 y 62/85, toda vez que las pruebas allegadas al expediente demuestran que al 1º



de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, tenía más de 40 años de edad, toda vez que nació el 24 de septiembre de 1938 (fs. 12).

b) En el proceso quedó demostrado que al accionante se le reconoció una pensión mediante Resolución 0147 de 1996, y se liquidó con los factores devengados entre el 1 de abril de 1994 y 31 de diciembre de 1995, y con posterioridad mediante la Resolución 0573 de 1996, el SENA modificó la anterior Resolución y calculó la pensión teniendo en cuenta lo devengado entre el 2 de enero de 1995 al 30 de diciembre de 1995, incluyéndole la asignación básica, sueldo por vacaciones, subsidio de alimentación, recargos nocturnos, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, dominicales y festivos, auxilio de transporte, horas extras y bonificación por recreación (fs. 21 - 27).

Así las cosas, no es posible incluirle a la demandante en su pensión todos los factores salariales devengados el último año de servicios, como es su pretensión, sino únicamente los factores salariales establecidos en el Decreto 1158/94, sobre los cuales se hubieran efectuado cotizaciones.

Aunque el actor solicitó en la demanda que se incluyera en su base de liquidación pensional todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, pretensión que fue denegada en primera instancia con el argumento de que habían sido reconocidas por las resoluciones que reconocieron y reliquidaron su pensión; en el recurso de apelación el demandante limita su pretensión a la inclusión de dos factores salariales en concreto: la prima técnica y la prima quinquenal.

Al examinar los certificados de salarios devengados mes a mes desde abril de 1994 hasta diciembre de 1995, obrantes a folios 13-20 del expediente, se advierte que el demandante efectivamente devengó ambos factores salariales; pero solo uno de ellos, el correspondiente a prima técnica, debió ser considerado como parte del ingreso base de liquidación de la pensión del accionante, porque está previsto expresamente como ingreso base de cotización en el Decreto 1158/94.

Sin embargo, no hay prueba en el expediente de que se hubieran efectuado aportes en seguridad social en pensiones sobre el factor salarial anterior.

Como la carga de efectuar y cobrar los aportes no es del demandante sino del empleador y del asegurador, la Sala dispondrá efectuar la reliquidación pensional incluyendo la prima técnica en la base de liquidación, disponiendo al tiempo que, en el evento de que no se hubieran hecho los aportes por el factor salarial anotado, se descuenta del monto de la condena las sumas que debió aportar el trabajador; y se ordenará igualmente al SENA que efectúe el pago de los aportes a su cargo por dicho concepto, si no lo hubiera hecho.



Aunque también se probó en el proceso que el actor devengó prima quinquenal, no se demostró que se hubieran hecho aportes a seguridad social con base en ese factor salarial y como además no se encuentran enlistado en el Decreto 1158/94 como ingreso base de cotización, se denegará la pretensión de incluirlo en la base de liquidación.

c) El demandante solicitó en el recurso de apelación, que en virtud del principio de favorabilidad se aplicara a su caso la interpretación más favorable del artículo 36 de la Ley 100/93, que en su opinión corresponde a la contenida en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, que avala la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios en el IBL.

La pretensión del demandante no es de recibo porque la sentencia de 28 de agosto de 2018 que unificó la jurisprudencia en torno a la interpretación que debe darse al artículo 36 de la Ley 100/93 que estableció el régimen de transición previsto en dicha norma, fijó sus propios efectos en el numeral segundo de su parte resolutive en los siguientes términos:

"Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables."

Luego, la aplicación de la sentencia de 28 de agosto de 2018 es de obligatorio acatamiento y aplicación por parte de este Tribunal en el presente caso.

Adicionalmente la aplicación del principio de favorabilidad no tiene cabida en el sub lite, porque se trata de un instrumento orientado a garantizar la plenitud del ordenamiento cuando existen lagunas o vacíos normativos; esto es, cuando al decidir un situación sometida al conocimiento de la jurisdicción se advierte que no existe norma expresa que le dé solución, razón por la cual se acude a una norma jurídica que regula un caso análogo, con la posibilidad de justificar su aplicación con una misma razón de derecho. Y es evidente que el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Decreto Reglamentario 1158/94 no tienen vacío alguno con relación al modo en que deben liquidarse las pensiones sometidas al régimen de transición allí previsto, y los factores salariales que deben integrar el ingreso base de liquidación.

d) Aunque el SENA en la contestación de la demanda solicitó que en caso de proferirse sentencia desfavorable se excluyera de la base de liquidación factores que a su juicio no debió incluir, la Sala se abstendrá de enjuiciar el acto



demandado por esos motivos, en vista de que no constituye un cargo de nulidad contra los actos demandados y por ello no hacen parte del objeto de litigio.

Si dicha entidad llegara a considerar que sus propios actos son ilegales puede incoar en su contra demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en ejercicio de la acción de lesividad, asunto que, se reitera, no son materia de este proceso.

Por todo lo anterior, habrá de modificarse la sentencia apelada en cuanto denegó totalmente las pretensiones en primera instancia; y en su lugar se accederá parcialmente a las mismas; al tiempo se mantendrá la decisión de denegar las demás pretensiones; todo ello conforme a las consideraciones anteriores.

- Prescripción.

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de tres (3) años y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción por una sola vez y sólo por un lapso igual.

En el caso de la pensión, no prescribe el derecho a su reconocimiento y pago, pero sí el de las mesadas.

La suspensión del término de prescripción originada en una reclamación administrativa comprende las mesadas causadas dentro de los 3 años previos a dicha reclamación y se extiende durante los tres años siguientes; de modo que si no demandan judicialmente dentro de ese periodo, se extinguen definitivamente. Ello, sin perjuicio de que posteriormente el interesado pueda reclamar y suspender la prescripción de las mesadas que se causaran con posterioridad a la primera reclamación, respecto de las cuales opera la prescripción en los mismos términos.

En el sub-lite se estableció que el demandante solicitó la reliquidación de la pensión el 14 de agosto de 2012 (fs. 36), y la demanda fue interpuesta el 14 de enero de 2015, es decir se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de agosto de 2009.

- Indexación

La suma que resulte a favor de la demandante, deberá ser actualizada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, aplicando la siguiente fórmula, mes a mes:



$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (mesadas insolutas) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DAÑE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

5.6. Costas en segunda Instancia.

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del C.P.A.C.A. que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este sentido el recurso de apelación interpuesto por la parte apelante fue resuelto parcialmente favorable, y por ello no hay lugar a condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia apelada, la cual quedará así:

1. Declarar parcialmente la nulidad de las Resoluciones Nos. 0147 del 13 de febrero de 1996, 0573 de 19 de julio de 1996, 01418 de 27 de octubre de 2003 y del oficio No. 2-2014-014360 de 28 de agosto de 2012, únicamente en cuanto omitieron incluir en su ingreso base de liquidación el factor salarial correspondiente a prima técnica.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a COLPENSIONES reliquidar la pensión del actor, incluyendo en el ingreso base de liquidación, además de los factores reconocidos, la prima técnica devengada dentro del tiempo que le hacía falta para adquirir su derecho, en los términos del artículo 36 de la Ley 100/93.

En consecuencia, deberá reconocer y pagar a su favor la diferencia entre las mesadas percibidas con ocasión del reconocimiento pensional y las sumas que debió recibir conforme al reconocimiento efectuado en el párrafo anterior.

Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo



que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DAÑE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

3. Respecto del factor adicional (prima técnica) deberá descontarse del valor de la condena las sumas correspondientes a los aportes a seguridad social que no se hubieran efectuado al sistema, y que correspondían al trabajador.

El SENA deberá pagar los aportes en la proporción en que le corresponden, en caso de no haberlo hecho oportunamente y asumirá las cargas que le corresponden en aplicación de las disposiciones legales que regulan la compartibilidad en materia pensional.

4. Se declara la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 14 de agosto de 2009.

5. COLPENSIONES deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

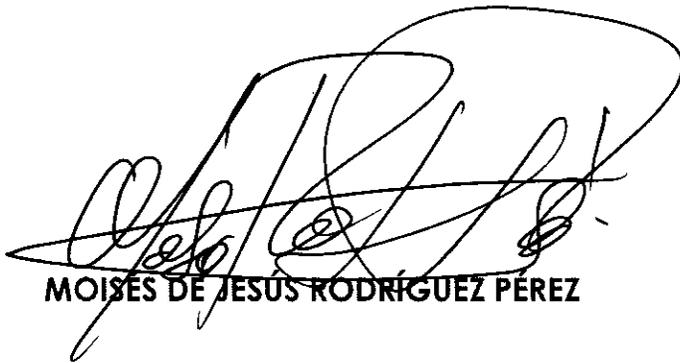
6. Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Juzgado de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE