



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:	13001-33-33-012-2014-00080-01
Demandante:	Rosalba Judith Assia Tapia
Demandado:	SENA y COLPENSIONES
Asunto	Reliquidación de pensión de jubilación
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas contra la sentencia de 09 de junio de 2015, mediante la cual el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA (fs. 1-7, C-1)

a) Pretensiones

La señora Rosalba Judith Assia Tapia 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 el SENA y COLPENSIONES, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Declárese la nulidad parcial de la Resolución No. 02217 del 13 de agosto de 2008, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación de la señora Rosalba Judith Assia Tapia.

2. Declárese la nulidad de la Resolución No. 03018 del 04 de noviembre de 2008, que resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. 02217 del 13 de agosto de 2008....

3. Declárese la nulidad parcial de la Resolución 02579 de 2009, por medio de la cual se suprimió el parágrafo 1º de la Resolución No. 02217 del 13 de agosto de 2008, y se reliquidó la pensión de la señora Rosalba Judith Assia Tapia.

4. Declárese la nulidad de la comunicación No. 2-2012-014276 (sic) del 28 de agosto de 2013, que negó la solicitud de reliquidación de la pensión de la señora Rosalba Judith Assia Tapia.

5. A título de restablecimiento del derecho, se ordene al SENA, reliquidar la pensión de la señora Rosalba Judith Assia Tapia, teniendo en cuenta al momento de la reliquidación todos los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicios, incluyendo además de la asignación básica, la prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, viáticos, auxilio de alimentación, prima de antigüedad, prima de vacaciones y bonificación por servicios (...)

(...) Las sumas que resulten a favor del demandante, por la diferencia entre



lo pagado por la pensión reconocida y lo que debe pagar por concepto de reliquidación, se indexarán aplicando la siguiente fórmula:

$$R: RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final (fecha de ejecutoria de esta providencia) entre el índice inicial (fecha en que debió efectuarse el pago). (...) ”

b) Hechos.

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

Se desempeñó como Instructor Grado 17 para el Centro Agro Empresarial y Minero de la Regional Bolívar del SENA, desde el 25 de mayo de 1971 hasta el 19 de diciembre de 2008.

Por tener los requisitos de edad y tiempo de servicios cumplidos, el SENA, mediante la Resolución No. 02217 del 13 de agosto de 2008, reconoció su pensión aplicando la Ley 100 de 1993 con respecto al IBL, teniendo en cuenta solo la asignación básica, desconociendo los demás factores salariales devengados por la demandante durante su último año de servicios.

Mediante la Resolución 02579 de 2009, se suprimió el artículo 1º de la Resolución anterior y se reliquidó su pensión de jubilación.

Solicitó a la accionada la reliquidación de su pensión, pero su petición fue denegada mediante la comunicación No. 2-2013-011274 del 28 de agosto de 2013.

c) Normas violadas

La parte demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 6º, 53 y 58 de la Constitución Política, 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993, y 1º de la Ley 33 de 1985.

Sostuvo que la actora, por cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios, se hizo beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 la Ley 100 de 1993, es decir, que para liquidar su pensión se debe aplicar la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad y tiempo de servicios, y para calcular el IBL se debe aplicar lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93.

Citó ampliamente las Sentencia de 04 de agosto de 2010, Radicado interno N° 0112-09; proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en apoyo de sus argumentos.



3.2. Contestación.

- **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y legales.

Señaló que los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades regladas deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos del valor de cosa juzgada, en pro y en contra de los administrados y de la autoridad que los profiere, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea por error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y hayan sido proferidos con maniobras dolosas o fraudulentas.

En este orden de ideas, las causales por las cuales es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo serían las siguientes: Violación a la ley, vicios de forma, falsa motivación y desviación de poder.

Transcribió el artículo 36 de la Ley 100/93 sobre régimen pensional de transición, y sostuvo que aquellas personas que al 1º de abril de 1994 cumplieran con alguna de las dos condiciones dispuestas por la norma (edad o tiempo de servicio cotizado), tienen derecho a que, para el reconocimiento de la pensión de vejez, se les tomen en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.

Para determinar la norma que le resulta aplicable en virtud del aludido régimen de transición, si a la fecha señalada se encontraba vinculada al Instituto de Seguros Sociales, es decir, que no se había presentado ni reportado la novedad de retiro, le resulta aplicable lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que establece que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causa petendi, falta de derecho para pedir, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica (fs. 63-67, C-1).

- **EL SENA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que en el caso de la actora la pensión fue reconocida de conformidad con lo previsto los artículos 36 inciso 3º de la Ley 100/93 y 3º del Decreto 813 de 1994; es decir, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado durante el último año de servicios tomando como factores salariales establecidos en el artículo 3º de la Ley 33/85, modificado por el artículo 1º de la Ley 62/85.



Señaló que la demandante está regida por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que en consecuencia debe aplicarse el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia C-258 de 2013, según el cual los únicos aspectos sometidos a la transición son, los requisitos de edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero que el IBL no fue un aspecto sometido a transición, por lo que los factores salariales a tener en cuenta son los establecidos en artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, aquellos factores que sirvieron de base para los aportes en pensión, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005.

Se opuso a la declaración de nulidad de la Resolución No. 02579 de 2009, mediante la cual se suprimió el parágrafo 1° de la Resolución 02217 del 13 de agosto de 2008, en razón a que la compartibilidad pensional SENA/ISS es de orden legal.

Propuso las excepciones de decaimiento de los actos acusados, inexistencia de causa jurídica para pedir indebida interpretación, improcedencia de la solicitud de intereses de mora (indexación), compensación, pago, prescripción, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido y la genérica (fs. 72-88, C-1).

3.3. Sentencia de primera instancia (213-231).

El Juzgado de primera instancia, mediante sentencia de 09 de junio de 2015, accedió parcialmente a las pretensiones de las demanda, así:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada SENA.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 2217 del 13 de agosto de 2008 y la Resolución No. 02579 de 2009,, solo en lo correspondiente a la forma de liquidación del monto pensional reconocido, la nulidad de la Resolución No. 03018 de 2008 y la comunicación No. 2-2012-014276 de 28 de agosto de 2013, por medio del cual el SENA negó al demandante la petición de reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, emanadas del SENA.

TERCERO: En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al SENA, reliquidar a favor de la actora Rosalba Judith Assia Tapia la pensión de jubilación reconocida, en cuantía del 75% del promedio devengado durante el último año de servicios, es decir, entre el 19 de diciembre de 2007 y 18 de diciembre de 2008, incluyendo los factores salariales devengados por el actor que se discriminan a continuación: los factores reconocidos en la Resolución N° 2579 de 2009, adicionando a ellos los factores correspondientes al subsidio de alimentación, prima de junio, prima de diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, viáticos, bonificación por servicios, auxilio de transporte; conforme a la certificación que obra a folios 14, 134 a 139 del expediente. A su vez, se autoriza a la entidad demandada, una vez haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los factores salariales devengados por el demandante señalados anteriormente, a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y que fueran devengados durante el último año de servicios sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal por parte del empleador.



Las sumas que resulten de la condena se actualizarán aplicando la siguiente fórmula: (...)

$$R: RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

(...) 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 causación de cada una de ellas.

CUARTO: La entidad demandada pagará a la demandante el mayor valor entre el valor de la mesada pensional reajustada por medio de la presente sentencia y el valor de la mesada pensional reconocida por el ISS; pago que tendrá efectos fiscales a partir del 15 de agosto de 2010 hasta el momento en que COLPENSIONES reconozca la prestación en un monto mayor al reconocido y reliquidado por el SENA como consecuencia de la presente sentencia. (...)

Para sustentar su decisión, el A-quo sostuvo que, el régimen aplicable para establecer el IBL con el fin de determinar el monto de la pensión de la demandante, es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Sostuvo que si bien, al momento del reconocimiento pensional del demandante el Consejo de Estado tenía criterios disímiles frente a los factores que debían tomarse en cuenta para la liquidación, para la fecha en que el actor solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, dicha Corporación había definido el tema mediante a sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 4 agosto de 2010. , por lo tanto, la entidad demandada debía acatar dicha providencia y reliquidar la pensión en comento con base en los criterios allí expuestos.

Agregó que en el caso concreto el ingreso base de liquidación se debe calcular con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios (19 de diciembre de 2007 y 18 de diciembre de 2008), esto es, sueldo básico, subsidio de alimentación, prima de junio, prima de diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, viáticos, bonificación por servicios y auxilio de transporte.

Ordenó a la entidad demandada, que efectúe los aportes sobre los factores salariales que no fueron tenidos en cuenta en el ingreso base de cotización del demandante al ISS, hoy COLPENSIONES, en la debida proporción, por el periodo que efectivamente los devengó y de forma actualizada. Igualmente la actora, deberá realizar los correspondientes aportes sobre los mismos factores.

Sostuvo que como la actora presentó la solicitud de reliquidación el 15 de agosto de 2013, las mesadas causadas antes del 15 de agosto de 2010 están prescritas.

3.4. Recurso de apelación.

- El SENA (fs. 234 - 242, C-1) manifestó que la normatividad legal y constitucional, ordena de forma clara y expresa que las pensiones de jubilación se liquiden



teniendo en cuenta los factores salariales respecto de los cuales se realizaron aportes a pensión. En ese orden, reconoció la pensión de jubilación de la actora mediante la Resolución No. 02217 del 13 de agosto de 2008, modificada por la Resolución No. 02579 del 14 de septiembre de 2009, teniendo en cuenta los factores de asignación básica y bonificación por servicios, pues respecto de éstos se efectuaron los descuentos para pensión.

Sostuvo que la sentencia apelada ordenó la inclusión de factores que no tienen carácter salarial, como los viáticos y primas de navidad y vacaciones, para apoyar su afirmación citó la sentencia de 10 de febrero de 2011 y el salvamento de voto del Consejero Gerardo Arenas Monsalve en la sentencia de 04 de agosto de 2010, ambas proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Adujo que el Consejo de Estado en sentencia de unificación de agosto de 2010, fijó una nueva posición frente a la liquidación de las pensiones de vejez de los empleados públicos y estableció que las mismas deben liquidarse teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos por el trabajador, independientemente de que sobre los mismos se hubieren efectuado o no aportes a pensión. Sin embargo, los actos administrativos demandados son del año 2008, y se expidieron conforme a la jurisprudencia vigente en ese momento, por lo que aplicar la jurisprudencia de forma retroactiva crea inseguridad jurídica y presupuestal.

Con relación al pago de aportes a pensión por inclusión de nuevos factores en pensiones compartidas, afirmó que COLPENSIONES determinó los mecanismos para el pago de aportes pero no el procedimiento para realizarlo, lo que afecta tanto al SENA como al pensionado, ante la imposibilidad de reliquidar la pensión.

Sostuvo que la entidad encargada de reliquidar la pensión de vejez del actor a es COLPENSIONES, pues mediante la Resolución 18712 de 11 de septiembre de 2009, reconoció dicha prestación.

COLPENSIONES (fs.243-250, C-1) sostuvo que mediante las resoluciones demandadas el SENA reconoció la pensión de jubilación de la actora teniendo en cuenta para el IBL los factores correspondientes a la asignación básica y la bonificación por servicios, respecto de los cuales se efectuaron los descuentos para aportes a pensión.

El SENA en cumplimiento de lo preceptuado en el Acto legislativo No. 001 de 2005 no podía, so pena de desconocer un mandato, reconocer la pensión de jubilación la demandante, incluyendo factores salariales respecto de los cuales no realizó aportes para pensión.

- Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto de 25 de febrero de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (**f. 3, C-2**), y por providencia de 24 de



agosto 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.9, C-2**).

La parte demandante (fs. 11-15, C-2) presentó alegatos y sostuvo que si se acogiera lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se afectaría el derecho a la igualdad de los beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y el principio de favorabilidad en material laboral. En apoyo de sus argumentos citó algunos pronunciamientos de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El **SENA** presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (**fs. 16-22, C-2**), **COLPENSIONES** presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (**fs.23-24, C-2**); y 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, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todo los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

5.3. Tesis de la Sala

La demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 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 33/85, 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.

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.

5.4.2. Régimen pensional aplicable al caso concreto

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo 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 2o. 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) sin 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 3o. 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 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º 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.

Dicha contradicción se superó por parte del Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, de 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 1989¹. 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

¹ 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 [...]”.



33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

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

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

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

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

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

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 cédula de ciudadanía de la demandante, donde consta que nació el 18 de octubre de 1949 (f.13, C-1).
- Copia de la certificación expedida por la Directora Regional Bolívar del SENA, donde consta que la demandante prestó sus servicios en esta entidad desde el 25 de mayo de 1971 hasta el 03 de mayo de 1979, del 04 de junio de 1979 al 10 de enero de 1983, y del 10 de febrero de 1983 hasta el 30 de junio de 2008, en el Cargo de Instructora Grado 17 del Centro Agro empresarial y Minero (f.106, C-1).



- Copia de la certificación de devengados por la accionante, suscrito por el SENA, desde el 1° de abril de 1994 hasta el 30 de junio de 2008, igualmente consta los factores base de cotización en el último año de servicios (del 1° de julio de 2007 al 30 de junio de 2008) (f.107, C-1).
- Copia del reporte de nómina de acumulados por mes, suscrito por el SENA, en el que consta los factores salariales devengados por la actora durante su último año de servicios (fs. 134-139, C-1).
- Copia de la Resolución No. 02217 de 13 de agosto de 2008, mediante la cual el SENA reconoció a la accionante la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado sobre el salario promedio de 10 años, con los siguientes factores salariales: asignación básica y bonificación por servicios (fs. 109-111, C-1).
- Copia de la Resolución No. 03018 de 04 de noviembre de 2008, por medio de la cual el SENA confirmó en todas sus partes la Resolución No. 02217 de 13 de agosto de 2008 (fs. 20-23, C-1).
- Copia de la Resolución No. 02579 de 14 de septiembre de 2009, por medio de la cual el SENA modificó la Resolución No. 02217 de 13 de agosto de 2008 (fs. 25-27, C-1).
- Copia de la Resolución No. 04111 de 28 de diciembre de 2009, por medio de la cual el SENA declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones No. 02217 de 13 de agosto de 2008 y 02579 de 14 de septiembre de 2009, en cuanto a la obligación a cargo del SENA de pagar el valor total de la mesada pensional, por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sometida su vigencia (fs. 182-184, C-1).
- Copia de la petición radicada el 15 de agosto de 2013 en el SENA – Regional Bolívar, mediante la cual el demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación (fs. 28-30, C-1).
- Copia de la respuesta a la petición anterior radicada con el No- 2-2013-011274 de 28 de agosto de 2013, por medio de la cual el SENA niega la solicitud de reliquidación pensional del actor (fs. 32 – 35, C-1).

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

El artículo 36 de la Ley 100/93 estableció un régimen de transición para quienes a la fecha de su entrada en vigencia hubieran cumplido 35 años de edad, si fueran mujeres, y 40 si fueran hombres; o 15 años de servicios.

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 la Ley 33 de 1985, 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.**

Se encuentra acreditado mediante la Resolución No. 02217 de 13 de agosto de 2008, que la pensión de la demandante fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo equivalente al 75%); que el IBL que se tuvo en cuenta fue el previsto en los artículos 36 inciso 3° de la Ley 100, (el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios); y que los factores salariales que se tuvieron en cuenta fueron la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, conforme a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100/93 que han adoptado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la sentencia de unificación que en esta oportunidad prohija la Sala.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado examinada previamente, solo deben tenerse en cuenta a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que se hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

Al examinar el certificado de devengados durante los últimos 10 años, obrante a folios 129, así como el certificado de devengados durante el último año de servicios, se advierte que los factores devengados y que pretende incluir en el ingreso base de liquidación (subsido de alimentación, prima de navidad, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de vacaciones, sueldo por vacaciones y viáticos) no están previstos por el Decreto 1158/94 como base de cotización en materia pensional.

Así las cosas, no es posible aplicarle a la actora, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 de manera íntegra, sino que debe aplicársele el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en la forma explicada en la sentencia de unificación previamente citada.

Por lo anterior, se revocará el fallo apelado, mediante el cual el Juez A – quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. En su lugar, se denegarán las mismas.



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.

Como el recurso de apelación se decide en forma favorable a las apelantes, no habrá 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

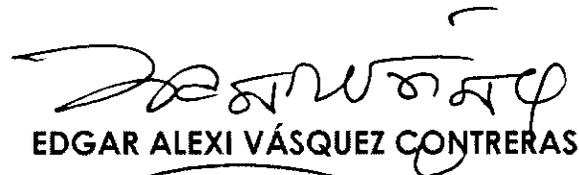
PRIMERO: Revocar la sentencia apelada, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

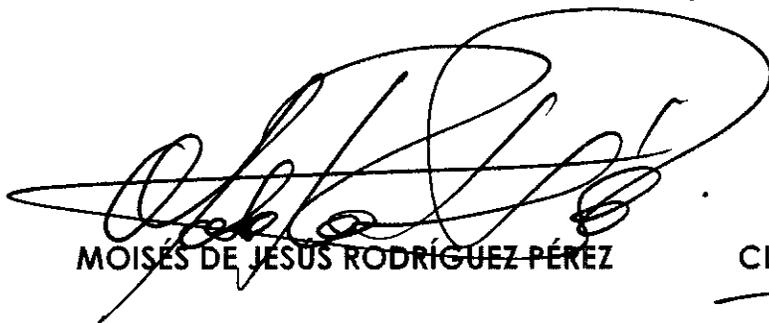
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, devolver el expediente al Despacho de origen.

CUARTO: 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 PÉNUELA ARCE