

Cartagena de Indias D.T y C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dos mil veinte (2020).

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-001-2016-00090-01
Demandante	ELISA ESCORCIA MORENO
Demandado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA y COLPENSIONES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Reliquidación de pensión de jubilación SENA – procede la inclusión de otros factores que no fueron tenidos en cuenta.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 14 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se decidió negar las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora ELISA ESCORCIA MORENO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y COLPENSIONES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 002770 de fecha 22 de noviembre de 2007, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación de la demandante, en cuantía de \$1.615.818.

13-001-33-33-001-2016-00090-01

SEGUNDO: Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2-2016-003507 de fecha 22 de abril de 2016 por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión en mención.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene al SENA a reliquidar la pensión de la accionante, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio de los factores devengados en el último año de servicios con la inclusión de los siguientes factores: prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, vacaciones, viáticos, auxilio de manutención, incremento por antigüedad, prima de vacaciones y bonificación por servicios.

CUARTO: Que se ordene la indexación de las diferencias que resulten de la reliquidación pensional, y las mesadas efectivamente pagadas a la accionante; así como el pago de intereses moratorios.

QUINTO: Solicita que, en caso de que se ordenen descuentos, en virtud del principio del equilibrio económico, los mismos se hagan únicamente sobre el último año de servicios.

2.3 Hechos

Como fundamentos fácticos, se expone que la señora ELSA ESCORCIA MORENO, prestó sus servicios al SENA, como instructora, hasta el 30 de julio de 2005; y que, mediante Resolución No. 002770 de fecha 22 de noviembre de 2007, la entidad en comento le reconoció una pensión en cuantía de \$1.615.818.

Expone que el 8 de marzo de 2016, la interesada presentó ante el SENA una solicitud de reliquidación de su pensión, toda vez que solo se le tuvo en cuenta la asignación mensual devengada; dejando de lado los demás factores como son: gastos de representación, subsidio de alimentación, prima técnica, auxilio de transporte, prima de localización, prima de navidad, prima de servicios de junio y diciembre, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones, bonificación por servicios, viáticos permanentes, horas extras, recargo nocturno,

13-001-33-33-001-2016-00090-01

dominicales y festivos, bonificación por compensación, y prima de coordinación.

El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA- expidió la Resolución No. 2-2016-003507 de fecha 22 de abril de 2016 por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión en mención.

2.4 Normas violadas y concepto de la violación

El demandante expuso, como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Nacional, art. 2, 29, 48, 49, 53, 58 y 230.
- Ley 4 de 1992
- Dec. 902 y 903 de 1969; Dec. 546/71; Dec. 1231/73; Dec. 717 y 2726/78; Dec. 1726/73; Dec. 1660/78.

Como concepto de violación expone que la accionante tiene derecho a que se le reconozca su pensión con fundamento en el régimen de transición dispuesto en la Ley 100/93, según la cual el beneficiario adquiere la pensión con 55 años de edad y 20 años de servicio; en un monto del 75%.

Expresa, que conforme con la sentencia de la Corte Constitucional en la que se analizó el IBL de los congresistas no es aplicable al caso concreto, pues las condiciones de los afectados no son las mismas, toda vez que no todos los pensionados gozan de las prerrogativas y privilegios de los primeros; de igual forma, tampoco se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del régimen.

2.5 Contestación de la demanda

2.5.1 Contestación del SENA¹

En su escrito de contestación de la demanda, la accionada manifestó que son parcialmente ciertos los hechos mencionados por la actora; sin embargo las pretensiones deben ser negadas atendiendo lo siguiente:

¹ Folio 36-55

13-001-33-33-001-2016-00090-01

Argumenta que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, toda vez que a la demandante le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93 (la cual causó el 27 de abril de 2000). Que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 100/93, la pensión se liquidó con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1 de abril de 1994 y el 27 de abril de 2000, actualizado anualmente por el IPC. Sostiene que dicha pensión fue reliquidada posteriormente, para incluir en la misma los sueldos devengados con posterioridad entre el 28 de abril de 2000 al 30 de julio de 2005, día en el que se retiró la interesada.

Afirma, que la demandante pretende que se le incluyan como factores salariales algunos elementos que no devengó en servicio activo, como son los gastos de representación, auxilio de transporte, prima de localización, viáticos y prima de coordinación. De igual forma, se solicita que se incluyan factores que no son salariales, como son las vacaciones y la prima de coordinación.

Manifiesta que se opone a que se declare la nulidad del Oficio 2-2016-003507 de fecha 22 de abril de 2016, toda vez que el mismo no tiene la virtud de ser catalogado como un acto administrativo, toda vez que no decide o crea algún derecho. En el caso de marras, el oficio en comento solo dio respuesta negativa a una petición elevada por la parte interesada, sin que ello genere una vulneración a sus derechos, puesto que no puede pretenderse que la administración conteste de manera favorable todas las solicitudes que se le hacen.

Indica, que si bien es cierto el Consejo de Estado ha interpretado que el concepto de monto que establece el art. 36 de la Ley 100/93 agrupa el IBL y la tasa de reemplazo, lo cierto es que la Corte Constitucional ha realizado una interpretación diferente, según la cual el monto de la pensión solo hace referencia a la tasa de reemplazo y deja por fuera el IBL, el cual debe ser liquidado con base en lo establecido en el art. 21 de la Ley 100/93, con los factores salariales que establece la ley, de forma taxativa.

13-001-33-33-001-2016-00090-01

En consonancia con lo expuesto, solicita que se de aplicación a las sentencias C- 258/13 y SU-230/15, y se nieguen las pretensiones de la demanda. Como excepciones de fondo se propusieron las siguientes: inexistencia de causa jurídica para pedir indebida interpretación; prescripción; improcedencia de la solicitud de intereses de mora; compensación; pago; enriquecimiento sin causa; cobro de lo no debido.

2.5.2 Contestación de COLPENSIONES²

Por medio de escrito allegado dentro de la oportunidad correspondiente, Colpensiones S.A., dio contestación a la demanda, manifestando que no le constan los hechos narrados en la misma y manifestando que se opone a las pretensiones de la actora.

De igual manera, propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que las pretensiones de la accionante están encaminadas a declarar la nulidad de unos actos administrativos que no fueron expedidos por Colpensiones, sino por el SENA. Que Colpensiones solo le reconoció la pensión de vejez a la señora ELISA ESCORCIA MORENO, una vez la beneficiaria acreditó cumplir con los requisitos del régimen general pensiones (60 años de edad y 20 años de servicio), en ese sentido, la norma aplicable a este tipo de casos es el Acuerdo 040 de 1990.

Además de lo anterior, presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir; buena fe; cobro de lo no debido; e innominada.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de sentencia del 14 de agosto de 2017, la Juez Primero Administrativo del Circuito de Cartagena decidió negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

² Folio 186-192 c.1

³ Folio 213-215 y 220-225

13-001-33-33-001-2016-00090-01

Sostiene la Juez a quo, que en el caso de marras no hay lugar a discusión en lo que se refiere a la aplicación del régimen de transición de la Ley 100/93; y precisa que la solicitud de la parte actora es que se reliquide su pensión con base en el 75% de lo devengado en el último año de servicios con la inclusión de todos los factores salariales.

Al respecto sostuvo que, en este evento debía acogerse la interpretación realizada por la Corte Constitucional en el sentido de que el régimen de transición solo se encuentra compuesto por la edad, el tiempo de servicio y la tasa de reemplazo; que el IBL aplicable es el establecido en la Ley 100/93, en su artículo 21 y el inciso tercero del art. 36. En ese orden de ideas expuso que a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100/93, a la actora le hacían falta 6 años para adquirir el status pensional, por lo que ese el IBL que debía tenerse en cuenta para liquidar su pensión.

De igual forma explicó, que los factores salariales para calcular su pensión, eran aquellos delimitados en el Decreto 1158 de 1994 o aquellos sobre los cuales se hayan realizado descuentos. En ese sentido, advirtió la Juez de instancia, que los factores a los que tenía derecho la accionante eran la asignación mensual, el subsidio de alimentación, y el sueldo de vacaciones; lo que impedía que se le reliquidara la pensión en los términos exigidos en la demanda.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, solicitando que se dé aplicación a la sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, que constituye precedente judicial para resolver este tipo de casos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, el acoger las sentencias de la Corte Constitucional afecta el derecho a la igualdad de la accionante. Además, las providencias de la corporación mencionada no son acordes al principio de progresividad y no regresividad, pues si ya la Constitución Nacional previo la

⁴ Folio 226-233 cdno 1

13-001-33-33-001-2016-00090-01
finalización del régimen de transición, y solo queda un pequeño volumen de casos en litigio, ello no afecta la sostenibilidad fiscal del sistema.

Como sustento de su iniciativa, invocó en su impugnación una serie de sentencias del Consejo de Estado que insiste, deben ser aplicadas como precedente en este evento.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por medio de acta del 8 de noviembre de 2017⁵, se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que con auto del 6 de abril de 2018⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 28 de septiembre de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión⁷.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte demandante no presentó alegatos.

6.2. Alegatos de la parte demandada- SENA⁸: La parte accionada presentó su escrito de alegatos ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda.

6.3. Alegatos de la parte demandada- COLPENSIONES⁹: La parte accionada presentó su escrito de alegatos ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda.

6.4. Concepto del Ministerio Público: No presentó concepto.

⁵ Folio 1 cdno apelaciones

⁶ Folio 5 cdno apelaciones

⁷ Fol. 10 cdno apelaciones

⁸ Fol. 16-20 cdno apelaciones

⁹ Fol. 13-15 cdno apelaciones

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.3 Actos administrativos demandados.

- Resolución No. 002770 de fecha 22 de noviembre de 2007, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación de la demandante, en cuantía de \$1.615.818.
- Oficio No. 2-2016-003507 de fecha 22 de abril de 2016 por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión en mención.

7.4 Problema jurídico.

Para la Sala el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Le asiste derecho la señora ELISA ESCORCIA MORENO a que se le reconozca y ordene la reliquidación de la pensión reconocida por el SENA, con base en el 75% de lo devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales, por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100/93?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala concluye que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, toda vez que la señora ELISA ESCORCIA MORENO no tiene derecho a que se

13-001-33-33-001-2016-00090-01

le reconozca la reliquidación de su pensión con base en el 75% todos los factores devengados en el último año de servicio; en atención a que ésta es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de acuerdo con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado, el IBL debe calcularse conforme lo establece la Ley 100/93, con los últimos 10 años de servicio o lo que le faltare para adquirir el derecho, si es menor; y con los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158/94 o aquellos sobre los cuales haya cotizado.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1. Del régimen establecido en la Ley 33 de 1985

La Ley 33 de 1985, dispuso en su artículo 1º, el régimen pensional aplicable a los empleados oficiales que, a la fecha de su entrada en vigencia, aun no hubieran adquirido el status pensional, así:

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 (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.

(...)

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), 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.

7.6.2 Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición

13-001-33-33-001-2016-00090-01

pensional, el cual señala que: *“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...”*.

Como se desprende de la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación (55 años), al tiempo de servicio (20 años) y el monto de la prestación (75%).

En reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, 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 subreglas:

94. La primera subregla 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:



13-001-33-33-001-2016-00090-01

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. (...)

96. **La segunda subregla** 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 subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

(...)

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 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"



13-001-33-33-001-2016-00090-01

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".

Se concluye entonces, que las personas beneficiarias del régimen de transición tienen derecho a la aplicación de la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del 75%; además, los factores salariales sobre los cuales se liquidaría la pensión son aquellos contemplados en el Decreto 1158 de 1994 o aquellos sobre los cuales demuestre haber efectuado cotización.

7.8 Caso concreto

7.8.1 Hechos Probados

- Por medio de registro civil de nacimiento visible a folio 72 del expediente, se constata que la señora ELISA ESCORCIA MORENO, nació el 27 de abril de 1945, por lo que cumpliría los 55 años en 2000 y los 60 años el año 2005.
- Mediante Resolución No. 00764 del 12 de junio de 2003, el SENA negó el reconocimiento de una pensión a favor de la señora ELISA ESCORCIA MORENO, argumentando que la misma debía estar a cargo del ISS (fl.

13-001-33-33-001-2016-00090-01
77-80). A través de Resolución 01155 de 2003, se confirmó la decisión anterior (fl. 89-99)

- Por medio de Resolución 002770 del 22 de noviembre de 2007¹⁰, el SENA le reconoció a la señora ELISA ESCORCIA MORENO una pensión en cuantía de \$1.615.818; en dicho acto administrativo se expone que la interesada contaba con 30 años de servicio en el SENA, que adquirió el status pensional del 27 de abril de 2000.

Para efectos de liquidar la pensión, se tuvo en cuenta como IBL los últimos 6 años de servicio, pues este es el tiempo que le faltaba para pensionarse, contados desde cuando entró en vigencia la Ley 100/93; como tasa de remplazo se tuvo en cuenta el 75% y como factores salariales se reconocieron los siguientes: sueldo básico, subsidio de alimentación y sueldo por vacaciones (fl. 9-12).

- Petición No. 1-2016-001403 del 8 de marzo de 2016, por medio de la cual la accionante solicitó la reliquidación de su pensión (fl. 14-16).
- Oficio No. 2-2016-003507 de fecha 22 de abril de 2016 por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión en mención (fl. 18-20).
- Certificado del SENA, en el costa que, entre el 1 de abril de 1994 y el 30 de diciembre de 2002, la señora ESCORCIA MORENO devengó lo siguiente: sueldo mensual, subsidio de alimentación, recargo nocturno, prima de servicio junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, horas extras, sueldo por vacaciones (fl. 73-76).
- Resolución No. 475 del 1 de marzo de 2005, por medio del cual el Instituto de Seguros Sociales ordena el reconocimiento y pago de una pensión a favor de la demandante, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 90%. La misma se haría efectiva una vez se verificara el retiro del servicio de parte de la actora (fl. 103-104).

¹⁰ FOL. 9-12

7.8.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme con las pruebas allegadas al plenario, se tiene que la señora ELISA ESCORCIA MORENO nació el 27 de abril de 1945¹¹; y que laboró como INSTRUCTORA en la en el SENA, por más de 30 años¹². De igual forma se advierte, que la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que para la fecha de la entrada en vigencia de la norma (abril 1994), contaba con más de 40 años de edad; y, más de 15 años de servicio.

Ahora bien, encuentra la Sala que la interesada en este evento pretende que se le de aplicación integral a la Ley 33/85, para liquidar su pensión, pues a su parecer, esa es la interpretación que se le debe dar al artículo 36 de la Ley 100/93; además, que se le incluyan todos los factores devengados en el último año de servicio, conforme lo contempla la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado.

- Aplicación integral de la Ley 33/85 y el ingreso base de cotización

De las pruebas arrimadas al plenario, se tiene que, mediante Resolución 002770 del 22 de noviembre de 2007, el SENA le reconoció a la señora ELISA ESCORCIA MORENO una pensión en cuantía de \$1.615.818. Para el anterior reconocimiento, se tuvo en cuenta que la accionante había cumplido la edad de 55 años y que había cotizado más de 20 años al servicio de la administración pública (Ley 33/85). Para efectos de liquidar la pensión, se le tuvo en cuenta a la demandante, el IBL de **los últimos 6 años**, pues este es el tiempo que le faltaba para pensionarse, contados desde cuando entró en vigencia la Ley 100/93 (fl. 9-12).

A juicio de la accionante, el SENA debió tener en cuenta como IBL el último año laborado. Sin embargo, la posición de la parte demandada es que a la accionante se le calculó el IBL de forma correcta, pues este corresponde al

¹¹ Folio 72

¹² Folio 9-10

13-001-33-33-001-2016-00090-01

tiempo que le hacía falta para obtener el derecho a la pensión, desde cuando entró en vigencia la Ley 100/93.

Al respecto, es necesario exponer que, como bien quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado ha establecido, por medio de sentencia de unificación del año 2018, que el IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93 se calculará de la siguiente manera:

- i) A quien le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión (a la fecha en entrada en vigencia de la Ley 100/93), el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello.
- ii) O 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.

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que la demandante no le asiste derecho a reclamar la reliquidación pensional con base en el último año de salario, puesto que, el precedente jurisprudencial es claro en determinar que solo pueden tenerse en cuenta para ello, los últimos 10 años de servicio o el tiempo que le hiciera falta a la para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

En el caso de marras, se tiene que la actora cumplió los 20 años de servicio el 23 de noviembre de 1990¹³, y que los 55 años de edad los cumplió el 27 de abril de 2000, por lo que, desde la entrada en vigencia de la Ley 100/93 (1 de abril/94), le faltaban 6 años y 26 días para adquirir el status pensional, plazo éste que es el que se le debía tomar para calcular su IBL. Así las cosas, no le asiste razón a la demandante en este evento, por lo que dicha pretensión se encuentra bien denegada.

¹³ Folio 73-76

13-001-33-33-001-2016-00090-01

- **Factores salariales**

En lo que respecta a los factores salariales, la segunda sub-regla contenida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, expone que la pensión solamente debe liquidarse con los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones o en su defecto, con los establecidos en el Decreto 1158/94, que son los siguiente:

- La asignación básica mensual;
- Los gastos de representación;
- La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- La bonificación por servicios prestados

En el caso bajo estudio, no existe prueba de cuales fueron los factores sobre los cuales la demandante realizó cotización al sistema de seguridad social en pensiones, durante los últimos 6 años (formato No. 3 (B) de cotización); por el contrario, solo se cuenta con un certificado en las que se evidencian los factores devengados por la interesada en los años 1994-2002¹⁴, así:

- **sueldo mensual,**
- subsidio de alimentación,
- **recargo nocturno,**
- prima de servicio junio y diciembre,
- prima de navidad,
- sueldo por vacaciones
- prima de vacaciones,
- **bonificación por servicios prestados,**
- **horas extras,**

¹⁴ Folio 73-76

13-001-33-33-001-2016-00090-01

De acuerdo con lo anterior se tiene que, de los factores enlistados en el Decreto 1158/94, la accionante devengó, entre el año 2000, 2001, 2002, 2004 y 2005 los siguientes: **asignación básica, horas extras, recargo nocturno y bonificación por servicio**. Ahora bien, contrastada la información anterior, con lo reconocido en la Resolución 002770 del 22 de noviembre de 2007, se tiene que el SENA solamente le tuvo en cuenta a la señora ELISA ESCORCIA MORENO, para liquidar su pensión, los siguientes factores: **sueldo básico, subsidio de alimentación y prima de vacaciones** (fl. 9-12), dejando por fuera las horas extras, el recargo nocturno y la bonificación por servicio; e incluyendo otros elementos que no corresponden con la clasificación hecha en el Decreto 1158/94.

En mérito de lo expuesto, esta Judicatura encuentra demostrado que a la demandante le asiste derecho para reclamar la reliquidación de su pensión, no con la inclusión de todos los factores salariales, sino, solo con aquellos que se encuentran contenidos en el Decreto 1158/94, y que devengó en servicio activo; lo anterior, sin perjuicio de que sobre los mismos el SENA haga los descuentos que en la oportunidad correspondiente no se llevaron a cabo; pues no puede perderse de vista que el sistema debe mantener el equilibrio económico; además, el Decreto 1158/94 estableció de forma clara cuáles eran los factores sobre los que todo empleador estaba obligado a liquidar los aportes pensionales de sus trabajadores; así las cosas, dado el caso de que el SENA hubiera omitido dicha obligación, no puede atribuírsele dicha carga al trabajador.

Debe resaltarse también que, si bien es cierto que la Resolución 002770 del 22 de noviembre de 2007 reconoce otros factores que no se encuentran incluidos dentro del decreto en cita, lo cierto es que sobre ello no puede pronunciarse esta jurisdicción, puesto que ese no era el objeto de la demanda.

De la prescripción de mesadas

Precisado lo anterior, con relación a la prescripción de mesadas, la Sala observa que en el presente caso la pensión de la accionante fue reconocida en el año 2007; y la petición de reliquidación de la misma fue presentada el

13-001-33-33-001-2016-00090-01
día 8 de marzo de 2016, es decir por fuera del término de prescripción de tres años que para tal efecto dispone el Art. 41 del Decreto 3145 de 1968¹⁵. En ese orden de ideas se declararán prescritas las diferencias resultantes causadas con anterioridad al 8 de marzo de 2013, como quiera que con respecto de aquellas operó el fenómeno de la prescripción.

La decisión

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal ordenará la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 002770 de fecha 22 de noviembre de 2007, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación de la demandante, y la nulidad del acto administrativo No. 2-2016-003507 de fecha 22 de abril de 2016 por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión en mención. Para en su lugar ordenar la reliquidación de la pensión de la señora ELISA ESCORCIA MORENO, con la inclusión de los siguientes factores salariales **asignación básica, horas extras, recargo nocturno y bonificación por servicio** (devengados entre el año 2000, 2001, 2002, 2004 y 2005).

En consecuencia, se ordenará el pago de las diferencias correspondientes a las sumas reliquidadas y las efectivamente pagadas; con excepción de aquellas que se encuentren prescritas; es decir, aquellas causadas con anterioridad al 8 de marzo de 2013. Las sumas reconocidas, deberán ser indexadas.

VII.- COSTAS

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas al SENA, en ambas instancias, por ser la parte vencida.

¹⁵ "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescriban en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

13-001-33-33-001-2016-00090-01

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

FALLA

PRIMERO: REVOCASE la sentencia de primera instancia, conforme con las consideraciones expuestas en esta providencia, en su lugar, dispóngase lo siguiente

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad parcial de la Resolución No. 002770 de fecha 22 de noviembre de 2007, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación de la demandante, y la nulidad del acto administrativo No. 2-2016-003507 de fecha 22 de abril de 2016 por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión en mención.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENASE la reliquidación de la pensión de la señora ELISA ESCORCIA MORENO, únicamente en lo que tiene que ver con la inclusión de los siguientes factores salariales: **horas extras, recargo nocturno y bonificación por servicio** (devengados entre el año 2000, 2001, 2002, 2004 y 2005); precisando, que tal liquidación deberá efectuarse teniendo en cuenta las doceavas partes de la bonificación en mención.

CUARTO: En consecuencia, **DISPÓNGASE** el pago de las diferencias correspondientes a las sumas reliquidadas y las efectivamente pagadas; con excepción de aquellas que se encuentren prescritas; es decir, aquellas causadas con anterioridad al 8 de marzo de 2013.

QUINTO: Las diferencias resultantes se ajustaran en su valor aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor,

13-001-33-33-001-2016-00090-01
certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia),
por el índice inicial, (23 de diciembre de 2003).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la formula se aplicara separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

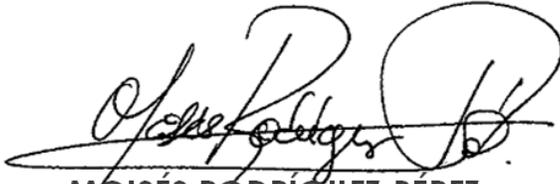
SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida en este asunto, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, conforme lo establece la parte motiva esta providencia.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No 011 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Ausente con permiso