

241

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Tribunal Administrativo De Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección “E”

Magistrado Ponente: Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente: 25307-33-31-702-2012-00067-01
Demandante: Ruperto Euclides Garavito Pinzón
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- y Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-
Controversia: Reconocimiento Pensión de Jubilación con Régimen de Transición de la Ley 100 de 1993 –Ley 33 de 1985

Sentencia de Segunda Instancia

I. Objeto de la decisión

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en audiencia el 18 de octubre de 2013, por el Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión de Girardot, que negó las pretensiones de la demanda.

II. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones¹:

El señor Ruperto Euclides Garavito Pinzón en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contemplado en el artículo 85 del C.C.A, presentó demanda en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje, en adelante

¹ Ff. 18 y 18 vueltos.

Sena, y del Instituto de Seguros Sociales ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

La parte actora solicitó la declaratoria de nulidad del oficio No. 2-2010-002682 del 26 de noviembre de 2010 proferido por el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena, por medio del cual le informó al accionante el trámite dado a la solicitud del reconocimiento de la pensión de jubilación, y de la solicitud de reconocimiento de la pensión identificada con No. 94597 de fecha 22 de noviembre de 2010 elevado ante el ISS –hoy Colpensiones- por parte del Sena; a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordenara a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, con el 75% del promedio total de los factores salariales devengados en el último año anterior a adquirir el estatus pensional.

De igual forma pretende el pago de los ajustes de valor, el reconocimiento de los intereses moratorios, el cumplimiento al fallo de conformidad con lo previsto en el artículo 176 del C.C.A., y que se condene en costas a la entidad demandada.

1.2. Hechos²:

El señor Ruperto Euclides Garavito Pinzón nació el 15 de agosto de 1954, prestó sus servicios en la Institución Agrícola de Andalucía –Valle desde el 7 de mayo de 1976 al 4 de marzo de 1980 y en el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena- desde el 7 de julio de 1980, y a la fecha de presentación de la demanda se encontraba laborando.

Adquirió el estatus jurídico de pensionado el 15 de agosto de 2009, y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 15 años de servicio, por lo cual es beneficiario del régimen de transición, y considera que tiene derecho a que su pensión sea reconocida de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985.

El 2 de noviembre de 2010 presentó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación ante el Sena de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985.

El Sena asumió como propio el trámite de la pensión de jubilación como consta en el radicado No. 94597 del 22 de noviembre de 2010, donde solicitó y radicó ante el

² Ff. 17 y 18.

ISS -hoy Colpensiones- la documentación para que el ISS reconociera la pensión y no el Sena.

El ISS a través del Oficio No. 1-2010-002968 del 9 de diciembre de 2010 requirió al Sena para solicitar información laboral. El Sena por medio del oficio No. 2-2010-002839 del 16 de diciembre de 2010 dio respuesta a la solicitud allegando la información requerida

La abogada Maryori Gómez de la Hoz presentó derecho de petición ante el ISS, una vez otorgado poder por parte del Director del Sena, reiterando la solicitud de reconocimiento elevada el 22 de noviembre de 2010, adicionalmente requirió al ISS para que indicara si la documentación aportada el 16 de diciembre de 2010 era la pertinente.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación³

La parte demandante señaló como disposiciones violadas los artículos 13, 25, 29, 39 y 53 de la Constitución Política, 1º de la Ley 33 de 1985, 36 de la Ley 100 de 1993 y 9º de la Ley 797 de 2003.

Consideró que con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad había vulnerado los derechos del demandante, al no haber tenido en cuenta que por ser beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tiene derecho a que su pensión sea reconocida de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es, cuando acredite 55 años de edad y 20 años continuos o discontinuos de servicio.

Manifestó que existe mala fe por parte del Sena, pues una vez el accionante radicó ante ella la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación, el Sena no resolvió la solicitud a través de acto administrativo, sino que procedió a radicar ante el ISS la petición sin mediar ningún poder o autorización del accionante, como tampoco entregó los documentos requeridos por el ISS -hoy Colpensiones- cuando esta los requirió y nunca informó en qué estado se encontraba la solicitud de reconocimiento de la pensión.

Respecto a las actuaciones desplegadas por el ISS -hoy Colpensiones- señaló que la entidad no valoró la documentación presentada con la solicitud y no reconoció el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993.

³ Ff. 18 vueltos a 20.

2. Contestación de la demanda

2.1. Instituto de Seguros Sociales – Administradora Colombiana de Pensiones⁴

El ISS -hoy Colpensiones- contentó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico, pues el accionante no ha elevado ninguna petición a la entidad por medio de la cual solicite el reconocimiento de la prestación que le permita estudiar si efectivamente tiene derecho o no al reconocimiento de la prestación.

Propuso como excepciones i) inexistencia del agotamiento de la vía gubernativa, ii) improcedencia del reconocimiento pretendido, iii) improcedencia del pago de los intereses moratorios, iv) prescripción, v) presunción de legalidad, vi) principio de seguridad jurídica, y vii) principio de igualdad.

2.2. Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena⁵

El Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena- contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la entidad no ha vulnerado ningún derecho del actor por cuanto una vez el accionante adquirió el estatus jurídico de pensionado, la entidad procedió a darle trámite a la solicitud antes el ISS, esto es, recopilando la información y verificando que se le diera respuesta a la solicitud de reconocimiento.

Refirió que con la expedición del Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009 se crea y se dictan normas para la liquidación, reconocimiento y pago de unos bonos especiales de financiamiento para los funcionarios públicos que se encuentren afiliados al ISS, por lo que las entidades públicas carecen de competencia para reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación a los funcionarios que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 10 de 1993, pues solo están facultados para recopilar los documentos necesarios para el reconocimiento de la prestación.

3. Sentencia de primera instancia⁶

⁴ Ff. 24 a 28.

⁵ Ff. 29 a 35.

⁶ Ff. 69 a 74.

El Juzgado Segundo (2º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Girardot, mediante sentencia proferida en audiencia el 18 de octubre de 2013, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

El Juez de primera instancia manifestó que el oficio demandado no resolvió la petición de reconocimiento y pago de la pensión y menos indicó si el demandante es beneficiario del régimen de transición, en el solo se informa al accionante que la solicitud de su pensión fue remitida por competencia al ISS, la cual fue radicada a la entidad bajo el No. 94597, es decir, que al ser un auto de trámite y no una decisión definitiva de la actuación administrativa no es susceptible de ser controvertido ante la jurisdicción contenciosa.

Con relación a la solicitud de nulidad del radicado de la solicitud de reconocimiento, señaló que esta no es procedente por cuanto el actor al pretender la nulidad del radicado lo que busca es volver las cosas al estado anterior, lo que quiere decir que no elevó la solicitud de reconocimiento de prestación.

Señaló que no es cierto que con la expedición de los actos administrativos se esté obligando al actor a seguir laborando, pues la edad de retiro en forzoso en Colombia desde la expedición del Decreto 2400 de 1968 es de 65 años, por lo que solo a partir de esa edad, se puede afirmar que es ilegal que un empleado siga laborando, situación que no ocurre en este caso.

Con base en lo anterior, procedió a negar las pretensiones de la demanda, por no encontrarse demostrados los supuestos de hecho esgrimidos en la demanda.

4. Del recurso de apelación

4.1. De la parte demandante⁷

La demandante señaló que no comparte los argumentos expuestos por el fallo de instancia por cuanto la parte actora solicitó ante el Sena el reconocimiento de la pensión y ante la falta de respuesta de fondo, tanto del Sena como del ISS -hoy Colpensiones-, se configuró el silencio administrativo negativo, por lo que el juez de instancia debió ordenar la nulidad de ellos.

Manifestó que por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tiene derecho a que su pensión sea reconocida conforme a lo establecido en la Ley

⁷ Ff. 45 a 48.

33 de 1985, y de acuerdo a lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, su pensión debe ser reconocida incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Indicó que el Decreto 4937 de 2009 no establece que las entidades del Estado no puedan reconocer pensiones de jubilación, este decreto reglamentó la expedición de bonos tipo "T" y no modificó el contenido de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Señaló que al momento de entrar en vigencia el Decreto 4937 de 2009 el accionante cumplió con los requisitos exigidos en la Ley 33 de 1985, por lo que no debió aplicarse de forma retroactiva el contenido del Decreto 4937 de 2009.

5. Trámite procesal en segunda instancia

El 20 de marzo de 2014⁸ se admitió por esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, que a su vez dispuso correr traslado para alegar de conclusión el 15 de agosto de 2014⁹.

Atendiendo lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA18-11125 del 11 de octubre de 2018, este Despacho por auto del 19 de octubre de 2018 dispuso remitir el expediente a la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo - Despacho del Dr. Leonardo Galeano Guevara.

A través del Oficio No. 17 del 1º de febrero de 2019¹⁰, este Despacho informó a la Oficial Mayor de la Subsecciones E y F de este Tribunal el extravío del expediente, pues una vez finalizada la medida de descongestión no fue entregado físicamente ni aparece en la relación del Sistema Siglo XXI.

Realizadas las diligencias del caso¹¹ y ante la pérdida total del expediente, este Despacho por medio de auto del 16 de julio de 2019¹² citó a las partes y al Ministerio Público a audiencia de reconstrucción total del expediente conforme lo establecido en el artículo 133 del C.G.P.

El 11 de septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de reconstrucción del expediente en donde se procedió a incorporar la documental que fue allegada por

⁸ F. 207

⁹ Según da cuenta el detalle de registro del expediente que obra en la página de la Rama Judicial, link Consulta de procesos, visible a folio 81 y 82 del expediente.

¹⁰ F. 5.

¹¹ Ver folios 1 a 4, 6 a 14,

¹² F. 64.

el Sena y Colpensiones en la audiencia y se solicitó se allegara la prueba documental que fue requerida a través del auto del 24 de agosto de 2017.

6. Alegatos de conclusión

6.1. De la parte demandante¹³

La parte demandante presentó alegatos de conclusión en segunda instancia insistiendo en los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, pues considera que el actor al ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tiene derecho a que su pensión sea reconocida de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, por lo que solicita revocar el fallo de primera instancia y en su lugar acceder al reconocimiento de la prestación.

6.2. De la entidad demandada¹⁴

El Sena hizo uso de su derecho argumentado que las pretensiones de la demanda no tiene vocación de prosperar, pues con la expedición del Decreto 4937 de 2009 el Sena no tiene competencia para reconocer la prestación solo interviene con la expedición del bono pensional tipo T, pues Colpensiones es la entidad que debe proceder a reconocer la prestación.

7. Concepto del Ministerio Público

Dentro del expediente no quedó acreditado que el Ministerio Público hubiese rendido concepto alguno.

III. Consideraciones de la Sala

1. Competencia

El artículo 133 del C.C.A. dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

¹³ Ff. 52 a 59.

¹⁴ Ff. 49 a 51.

2. Problema jurídico

Se controvierte la nulidad del oficio No. 2-2010-002683 del 26 de noviembre de 2010 proferido por el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena- por medio del cual informó al demandante Ruperto Euclides Garavito Pinzón que carecía de competencia para reconocer la pensión de Jubilación y el radicado No. 94597 a través del cual el Sena en nombre del demandante radicó ante el ISS –hoy Colpensiones- la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación.

Por lo tanto, corresponde a esta Sala establecer si el demandante Ruperto Euclides Garavito Pinzón tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Para el anterior análisis, se tendrá en cuenta además de las premisas fácticas y normativas, el análisis de las pruebas recaudadas y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

3. Cuestión previa – problema jurídico asociado o subordinado

Previo a resolver el problema jurídico, corresponde a la Sala determinar si los actos administrativos demandados son objeto de control jurisdiccional. Este análisis se hace con base en lo preceptuado por el artículo 164 del C.C.A., que permite en la sentencia definitiva decidir sobre las excepciones propuestas o sobre las que el fallador encuentre probadas.

Se encuentra probado que en el presente asunto el actor pretende que esta jurisdicción declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en: a) el Oficio No. 2-2010-002682 del 26 de noviembre de 2010 expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje –Sena-, por medio del cual le informó al demandante que de conformidad con lo establecido en el Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009 no tenía competencia para reconocer la pensión, por lo que solicitó ante el ISS -hoy Colpensiones- el reconocimiento de la prestación, y b) el radicado No. 94597 por medio del cual el Sena radicó ante el ISS -hoy Colpensiones- la solicitud de reconocimiento de la prestación.

Sobre el particular, el Código Contencioso Administrativo establecía:

“Artículo 83.- La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los

contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto.

(...)

Artículo 85.- *Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño (...).*"

En estas condiciones, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce acerca de los actos administrativos definitivos en los cuales la manifestación de la voluntad de la administración defina una situación jurídica particular.

En el presente asunto considera la Sala, que el oficio No. 2-2010-002682 del 16 de noviembre de 2010 por medio del cual el Sena le informó al accionante que carecía de competencia para reconocer la pensión de jubilación, si bien es un acto de trámite, puso fin a la actuación en relación con el reconocimiento de la prestación, pues se le estaba cercenando la posibilidad de acceder a la prestación.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 50 del C.C.A., se podrán atacar los actos de trámite que pongan fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla, por lo cual el oficio No. 2-2010-002682 del 16 de noviembre de 2010, sí es un acto administrativo demandable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Respecto a la pretensión que se declare la nulidad de la radicación No. 94597 por medio del cual el Sena elevó ante el ISS – hoy Colpensiones- la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación, considera la Sala que esta petición en los términos del artículo 9 del C.C.A, es una petición en interés particular, la cual no es susceptible de ser enjuiciada por esta jurisdicción, pues esta actividad no puede ser considerada con un acto administrativo, por cuanto en el acto de radicación de la petición no media la manifestación de la voluntad de la administración, no produce efectos jurídicos, simplemente se despliega una actuación.

Sin embargo, el C.C.A en su artículo 40¹⁵ señala que cuando un ciudadano eleva una petición ante una autoridad administrativa y esta no se manifiesta en el término legal de tres meses, se entiende que la administración negó la petición, por lo que se constituye un acto administrativo ficto o presunto, así las cosas, considera la Sala en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, y conforme a lo

¹⁵ Decreto 01 de 1984. Artículo 40. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva se entenderá que esta es negativa. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.

señalado por la parte actora en el recurso de apelación, lo que se pretende a través de este medio de control es que se declare la existencia del acto ficto o presunto y su nulidad producto de la falta de respuesta a la petición del 22 de noviembre de 2010.

Al efectuar el estudio si en este asunto se encuentra configurado la existencia del acto ficto o presunto producto de la falta de respuesta por parte del ISS -hoy Colpensiones- a la petición del 22 de noviembre de 2010 radicado No. 94597, se precisa que revisado el material probatorio que obra en el CD, visible a folio 237, encuentra la Sala que la solicitud sí fue resuelta por el ISS a través de la Resolución No. 02383 del 30 de enero de 2012, por lo que no hay lugar a declarar la existencia de esta figura. Así las cosas, esta Sala considera que este será el acto que debe proceder a estudiarse; pues fue el que negó el reconocimiento de la prestación.

Dilucidado lo anterior, procede la Sala a efectuar el estudio de si el actor tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida en virtud del régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, con el promedio de los factores recibidos en el último año de servicios.

4. Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso en concreto.

4.1. Del régimen pensional de los empleados del Servicio Nacional de Aprendizaje Sena.

El Gobierno Nacional en uso de las facultades conferidas en el artículo 38 del Decreto Extraordinario No. 3130 de 1968, expidió el Decreto 2464 de 1970, *por el cual se aprueba el estatuto de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)*¹⁶, en el cual dispone en los artículos 126 y 127¹⁷ que los empleados del SENA tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la Rama Ejecutiva establece la ley, y que los empleados y trabajadores de dicho ente continuarán afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS).

¹⁶ El Sena es un establecimiento público creado a través del Decreto Ley 0118 de 1957, el cual fue organizado por medio del Decreto Ley 0164 del mismo año.

¹⁷ **Artículo 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.

Artículo 127. Seguro social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA continuarán afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales ICSS.

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.

Posteriormente fue expedido el Decreto Ley 415 de 1979, el cual dispuso en su artículo 16 modificar el contenido del artículo 35 del Decreto 1014 de 1978 en los siguientes términos:

“Artículo 16. El artículo 35 del Decreto 1014 de 1978, quedará modificado así:

El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándolos 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. Entiéndese 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 cuantías 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”.

A través de la Ley 119 de 1994¹⁸ el Sena fue reestructurado y en cuanto al tema pensional en el artículo 46 con relación a las pensiones anticipadas o transitorias estableció:

“1. A partir de enero 1° de 1997 tendrán derecho a la pensión de jubilación, aquellos funcionarios que acrediten estar en condiciones de cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 1996.

2. A partir de enero 1° de 1997 tendrán derecho a la pensión de jubilación, aquellos funcionarios que acrediten estar en condiciones de cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 1998”.

De conformidad con lo hasta aquí señalado es dable concluir para la Sala que los empleados del Sena tienen derecho a que la pensión de jubilación sea reconocida con el régimen establecido para los funcionarios de la Rama Judicial, esto es, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 3135 de 1968 y la Ley 33 de 1985.

¹⁸ Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

Respecto al reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados del Servicio Nacional Aprendizaje SENA, el Consejo de Estado en sentencia del 4 de septiembre de 2017¹⁹ señaló lo siguiente:

“(...) Dicho de otra manera, la entidad patronal, es decir, el ente público que afilió su personal al ISS, debe asumir el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta tanto se cumplan los requisitos que contempla el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el ISS y para que éste, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

Así pues, entre el ISS y el SENA realmente se presenta una sustitución de la entidad encargada de asumir la obligación pensional y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por esta última y la de vejez otorgada por la primera, puesto que ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política²⁰. Máxime, cuando la ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios públicos los empleados del SENA reciban dos pensiones a cargo de diferentes entidades.

Sobre el particular, esta subsección, en fallo del 25 de marzo de 2010²¹ precisó que: «Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez subroga al SENA en la obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones [...]»

Ahora bien, excepcionalmente puede ocurrir que cuando el ISS reconozca 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 deberá cubrir la diferencia resultante, denominándose ello compartibilidad, la cual tiene unos efectos diferentes a los de la compatibilidad. Pues en este caso, el empleador reconoce a su ex trabajador la pensión convencional o extralegal a la que tendría derecho según la ley o la convención y se estipula que la misma será compartida con la pensión de vejez reconocida por el ISS.

Al respecto, en sentencia T-019 del 20 de enero de 2012²², la Corte Constitucional indicó que:

«En virtud de la compartibilidad de las pensiones de jubilación y vejez, los beneficiarios de la pensión de jubilación reciben la mesada pensional del ente público o privado que ha reconocido esta prestación, pero continúan cotizando al Seguro Social con el fin de adquirir los requisitos para que esta última entidad reconozca el derecho a la pensión de vejez.

Una vez esto ocurre se subroga la entidad de seguridad social al ex empleador en la obligación de pago de la misma, salvo en lo relativo al mayor valor que llegare a resultar en su contra, el cual debe sufragar al pensionado. Así, el ex empleador podría eximirse de la totalidad de la prestación de jubilación si el

¹⁹ C.E. Sección Segunda, Subsección A radicación No. 25000-23-25-000-2009-00282-01 M.P. William Hernández Gómez.

²⁰ «Artículo 128 Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas»

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. 25000-23-25-000-2005-05491-01(1639-08). Nelly Arias Betancourt vs. SENA.

²² Corte Constitucional. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-019 de 2012. Gerardo Antonio Lopera Uñatez vs Minera Las Brisas S.A en Liquidación Judicial y el ISS Seccional Antioquia.

monto de la pensión a su cargo fuere igual o menor a la mesada de vejez pagada por la entidad de seguridad social, mientras que su obligación se extinguirá solo parcialmente si la suma sufragada por el Seguro Social tuviere un valor inferior a la que él venía reconociendo, quedando obligado entonces a desembolsar el mayor valor no cubierto por la administradora de pensiones.»
(Se subraya)

En conclusión: Las pensiones de jubilación y de vejez no son compatibles para el caso de los servidores públicos que estuvieron vinculados al SENA, en virtud de la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. Empero sí serán son compatibles.”

Posteriormente fue expedido el Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009²³, el cual en su artículo 18 estableció con relación a la liquidación y pago de bonos especiales de financiamiento para el ISS, lo siguiente:

ARTÍCULO 18. RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN FINANCIADA CON BONO TIPO

T. A partir de la vigencia del presente decreto el ISS o quien haga sus veces, deberá reconocer las pensiones de los servidores o ex servidores públicos que gocen del régimen de transición y que cumplan con los requisitos para obtener una pensión de dicho régimen, a la edad en la que tengan derecho a dicha pensión.

Para tal efecto, todos los afiliados al ISS cuya pensión de transición vaya a ser financiada con bonos especiales pensionales tipo T, deben radicar su solicitud de pensión ante el ISS o quien haga sus veces. Para ello el ISS o quien haga sus veces, deberá suministrar la información y asesoría necesaria, una vez se haya determinado que dicha pensión se debe financiar con el bono pensional especial tipo T de que trata este decreto.

Los plazos o condiciones que tiene el ISS o quien haga sus veces, para otorgar la pensión, son los mismos fijados en las normas vigentes, especialmente el señalado en el inciso final del parágrafo 1° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Cumplidos los requisitos por el servidor público para acceder a la pensión del Sistema General de Pensiones, el ISS o quien haga sus veces, tendrá derecho a obtener el pago de la cuota parte pensional correspondiente a los tiempos de servicio prestados o cotizados a otras entidades diferentes al Instituto de Seguros Sociales, con anterioridad al 1° de abril de 1994, siempre que se hayan tomado en cuenta para el reconocimiento de la pensión.

Vale la pena precisar que como el Sena afilió a sus trabajadores al ISS hoy Colpensiones, tiene la obligación legal transitoria de reconocer a sus funcionarios la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las normas que gobiernan a los empleados públicos en general, mientras el ISS –hoy Colpensiones- hace dicho reconocimiento.

Se aclara que la competencia inicial para el reconocimiento de la prestación por parte del Sena es transitoria, pues una vez se acrediten los requisitos que establece el ordenamiento jurídico para los seguros que ofrece Colpensiones, esta es la entidad obligada a pagar de forma permanente y definitiva la pensión de jubilación de sus afiliados.

²³ El Decreto entro en vigencia el 18 de diciembre de 2009.

Así las cosas, cuando Colpensiones asume el riesgo de la pensión de vejez se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación y para el Sena cesa la obligación del pago de la prestación, por lo que ambas prestaciones no pueden ser percibidas de forma simultánea, pues esto iría en contra de la prohibición constitucional establecida en el artículo 128 de la Constitución, pues nadie puede percibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Ahora, cuando Colpensiones reconoce la prestación y lo haga en cuantía inferior a la que reconoció el Sena, esta última entidad está obligada a cubrir el faltante resultante, lo que daría origen a una pensión compartida entre Colpensiones y el Sena²⁴.

Sin embargo, con la expedición del Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009, el SENA perdió la competencia para reconocer las pensiones a sus servidores entre tanto COLPENSIONES asume tal obligación; claro está, respetando los derechos adquiridos por expresos mandatos constitucionales.

4.2. Régimen de transición

El régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispuso:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. LA edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidos en el inciso anterior que le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciese falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor según certificación expedida por el DANE.”

El Decreto 2527 del 4 de diciembre de 2000 *“Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones”,* dispone:

“Artículo 4º- Conservación de beneficios del régimen de transición. De conformidad con el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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 las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tenían las edades o el tiempo de servicio o de cotización

²⁴ C.E. Sección Segunda Subsección B, radicación No. 17001-23-33-000-2012-00315-01, 18 de mayo de 2017, M.P. Carmelo Perdomo Cueter.

previsto en dicha disposición, serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Para efectos de determinar el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios, en los regímenes de transición previstos en el segundo inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo se sumarán los tiempos de servicios o el número de semanas cotizadas en distintas entidades cuando así lo haya previsto el régimen de transición que se aplique."

El inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que la base para liquidar la pensión de las personas referidas en el inciso 2° del mismo artículo, que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor según certificación que expide el DANE.

4.3. Pensión en el sector público – Ley 33 de 1985

La Ley 33 del 29 de enero de 1985, por la cual se dictan medidas con relación a las Cajas de Previsión Social y con las prestaciones sociales del sector público, enmarcó el régimen pensional que regía para los funcionarios del sector oficial, así, a través de su artículo 1° señaló la regla general para acceder a la pensión de jubilación aplicable a todos los empleados oficiales, y en el inciso 2° de la misma disposición prescribió que no quedaban sujetos a la regla general en ella establecida los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

El tenor literal del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, publicada en el Diario Oficial No. 36856 del 13 de febrero de 1985, que rige a partir de su sanción, y que derogó las disposiciones que le fueran contrarias y específicamente los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 3135 de 1968, dispone:

"ARTÍCULO 1°.- *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y que 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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, A JUBILARSE antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

PARÁGRAFO 1.- *Para calcular el tiempo de servicio*

(...)

La Ley 62 del 16 de septiembre de 1985²⁵, publicada en el Diario oficial No. 37154 del 19 del mismo mes y año, dispone:

“ARTÍCULO 1.- 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 su 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, ASCENCIONAL, Y DE CAPACITACIÓN; DOMINICALES Y FERIADOS; HORAS EXTRAS; BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS; 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 calcular los aportes.”.

4.4. Interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

En virtud de la interpretación fijada de forma reiterativa por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016, y en especial en las últimas sentencias conocidas SU-395 de 2017²⁶, SU-631 de 2017²⁷ y SU-068 de 2018²⁸, se advirtió lo siguiente²⁹:

De acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de transición comprende los elementos que guardan relación con la edad y el monto de la pensión fijada en las normas anteriores al Sistema General de Pensiones (SGP), y además, el tiempo de servicio (pensión de jubilación) o el número de semanas cotizadas (pensión de vejez); por tanto, las disposiciones aplicables relativas a los elementos relacionados serán las previstas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados los empleados que al momento de entrar en vigencia el SGP, esto es, el 1º de abril de 1994 para el orden nacional y el 30 de junio de 1995 para el orden territorial, tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años, si eran mujeres o, cuarenta (40) años, para el caso de los hombres o, para ambos cuando tuviesen quince (15) o más años de servicios.

²⁵ Modificatoria del artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

²⁶ Publicada en el mes de febrero del año 2018.

²⁷ Corte Constitucional, SU-631 del 12 de octubre de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁸ Corte Constitucional, SU-068 del 21 de junio de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁹ En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia SL-027/18, radicación 53383 del 24 de enero de 2018, M.P. Fernando Castillo Cadena.

La H. Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 258 de 2013, consideró que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (artículo 36) fue: *“un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo”*³⁰, significando ello, que los beneficiarios de la transición tienen derecho a pensionarse con la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la prestación del régimen pensional al cual se encontraban afiliados antes de entrar en vigencia la norma general, debiendo acudir para la integración del Ingreso Base Liquidación - IBL, a la Ley 100 de 1993.

La sentencia C-258 de 2013, que estudio el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, fijó los parámetros de interpretación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente en cuanto al modo de calcular el IBL para los beneficiarios del tránsito de legislación, sub regla que luego hizo extensiva en la SU-230 de 2015, reiterada en las SU-427 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017 y SU-068 de 2018, consistente en que el ingreso base de liquidación no es un aspecto sujeto a transición, por lo tanto, a los beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, se les calcula el ingreso base de liquidación con el promedio de los factores salariales devengados durante los últimos 10 años de servicio.

La H. Corte Constitucional en sentencia SU-068/18, del 21 de junio de 2018, manifestó entre otros aspectos:

“8.4. En materia pensional, existe un precedente claro y uniforme que indica la exclusión del IBL del marco jurídico especial y anterior. La Sentencia SU-230 de 2015 fijó un nuevo criterio de interpretación del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 según el cual, el beneficio del régimen de transición consiste en la aplicación ultractiva del régimen anterior opera en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, empero no incluye el ingreso base de liquidación. Lo anterior, con el fin de evitar que se reconozcan pensiones con abuso del derecho, en especial, con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos que buscan distorsionar la relación entre el monto de cotización y el monto de la pensión.

Esa regla se confirmó en las Sentencia SU- 417 de 2016, SU 395 de 2017, SU-210 de 2017 y SU 631 de 2017. En esas decisiones, la Sala Plena consideró en términos generales que, de conformidad con lo decidido en las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al

³⁰Ver Sentencia C-789 de 2002.

reconocimiento pensional. Esa posición se fundamentó en que esa era la interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior y a la cláusula de Estado Social de Derecho. Así mismo, esa hermenéutica evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema. En ese contexto, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes.

La mencionada regla judicial no puede ser desconocida por los jueces que resuelven los casos donde se discute la aplicación y el contenido del régimen de transición, puesto que ello significaría quebrantar los principios de igualdad, de justicia formal, de buena fe y de seguridad jurídica, así como realizar la coherencia y consistencia del sistema jurídico. Inclusive, esa prohibición se extiende al Consejo de Estado en el marco del mecanismo de extensión de jurisprudencia.

(...)

Sin embargo, la Corte llama la atención sobre la obligación que tienen los jueces y corporaciones de seguir los pronunciamientos emitidos por parte de los altos tribunales de justicia, deber que se maximiza cuando estamos en presencia de las decisiones de la Corte Constitucional, ya sea de las providencias proferidas en el trámite de constitucionalidad o de amparo tutelar de derechos. La obligatoriedad del precedente pretende garantizar los principios de igualdad, de justicia formal, de buena fe y de seguridad jurídica, así como realizar la coherencia y consistencia del sistema jurídico. En ese contexto, reprocha que el Consejo de Estado hubiese desconocido el balance judicial vigente en torno a la exclusión del ingreso base de liquidación del régimen de transición, como se había advertido en las Sentencias SU-230 de 2015 y SU-427 de 2016.” (Subraya la Sala)

De acuerdo con lo anterior, el ingreso base de liquidación de las pensiones es un aspecto que no hace parte del régimen de transición, para lo cual debe aplicarse la Ley 100 de 1993, y así se reconoce en la presente decisión con el fin de no incurrir en defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal³¹.

En la sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017³², publicada en el mes de febrero de 2018, la Corte Constitucional dejó sin efectos tres sentencias dictadas por el Consejo de Estado³³, en las cuales había ordenado la reliquidación pensional de empleados públicos sujetos a la transición tanto del régimen general (de la Ley 33 de 1985) como del régimen especial de la Contraloría General de la República, con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios previa consideración, que el ingreso base de liquidación hacía parte de la transición. Posteriormente, en sentencia SU-631 del 12 de octubre de 2017³⁴, se dejó sin efectos tres sentencias, una de ellas dictada por el Consejo de Estado³⁵, en donde se había ordenado reliquidar la pensión de personas amparadas por el régimen especial de la Rama Judicial, con base en el IBL de la legislación anterior.

³¹ Sobre el particular ver SU-395 de 2017, en la cual se revocaron varios pronunciamientos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

³² Con ponencia del M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³³ Sentencias de la Sección Segunda, del 11 de marzo de 2010, del 3 de febrero de 2011 y del 11 de marzo de 2010. Además, dejó sin efecto una reliquidación de pensión ordenada por Tutela del 9 de febrero de 2012, con base en el régimen especial de la Rama Judicial.

³⁴ Con ponencia de la M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁵ Sentencia de la Sección Segunda del 7 de octubre de 2004. Además, se dejaron sin efecto dos sentencias dictadas en Tribunales de Distrito Sala Laboral.

Según estos fallos de unificación, la Corte Constitucional dejó en claro que tanto en el régimen ordinario de la transición (Ley 33 de 1985), como en los regímenes especiales, a saber, la Rama Judicial y la Contraloría General de la República, entre otros, la posición unificada era que el promedio del ingreso base de liquidación debía estar sometido al inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de la misma ley.

De lo expuesto, según el análisis realizado por la Corte Constitucional en precedencia, el IBL –que es determinado por el tiempo y los factores salariales a tener en cuenta- no es un elemento de transición y en esa medida, quienes resulten beneficiarios del art. 36 de la Ley 100 de 1993 se les debe aplicar el ingreso base de liquidación previsto en el inciso tercero de la citada norma, teniendo en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dada en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018³⁶, en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 271 del CPACA, fijó la regla jurisprudencial de la interpretación del ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición, en los siguientes términos:

“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:

- 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 hiciere 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 subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del

³⁶ C. P. César Palomino Cortés, Exp. 520012333002012-00143-01.

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 1989³⁷. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

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.

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 solo 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.

³⁷ 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 [...]”.

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.” (Subraya fuera de texto).

Adicionalmente, se determinó que dichas reglas jurisprudenciales se debían aplicar a todos los asuntos que se encuentren pendientes de decisión en sede judicial o administrativa, así:

“Efectos de la presente decisión

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional -como guardiana de la Constitución-, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política³⁸. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida

³⁸ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: « [...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo.” (Subraya fuera de texto).

IV. Caso concreto

1. Hechos probados

El demandante Ruperto Euclides Garavito Garzón nació el 15 de agosto de 1954³⁹, y prestó sus servicios en la Institución Agrícola de Andalucía -Valle desde el 17 de mayo de 1976 hasta el 4 de marzo de 1980⁴⁰ (entidad de carácter público), y en el Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena- desde el 7 de julio de 1980 hasta el 1º de marzo de 2015⁴¹, siendo el último cargo desempeñado el de Instructor Grado 20 en el Centro Agroecológico y Empresarial.

El 2 de noviembre de 2010 el actor elevó petición ante el Sena, con radicado No. 1-2010-002664, por medio del cual solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación⁴².

El Sena por medio del Oficio No. 2-2010-002682 del 26 de noviembre de 2010⁴³ informó al actor que la solicitud fue remitida al ISS -hoy Colpensiones, argumentando:

“En atención a la solicitud de pensión de jubilación, presentada con comunicación número 1-2010-0002664 radicada el 2 de noviembre de 2010, atentamente informamos que anexando la documentación allegada por usted esta Regional dio trámite a su solicitud ante el Instituto de Seguros Sociales de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009 “Por el cual se modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, se crean y se dictan normas para la liquidación, reconocimiento y pago de unos bonos especiales de financiamiento para el ISS” entendiéndose que es el Seguro Social la entidad competente para el reconocimiento de esta prestaciones.

Dado lo anterior, remitimos copia del radicado 94597 del 22 de noviembre de 2010⁴⁴, para efectos del seguimiento al trámite el cual puede efectuar con este número (...).”

El ISS por medio del Oficio No. 1-2010-002968 del 9 de diciembre de 2010⁴⁵ solicitó al Sena la documentación necesaria a fin de confirmar la información laboral del señor Ruperto Euclides Garavito Garzón.

³⁹ F. 149.

⁴⁰ F. 144 ver CD visibles a folio 134 y 237.

⁴¹ F. 145 Ver CD visible a folio 134 y 237 y según se observa en el Oficio No. 2-2015-000485 del 10 de febrero de 2015, “ En atención a su

⁴² F. 136.

⁴³ F. 137

⁴⁴ Ver folio 138 donde aparece el radicado.

⁴⁵ F. 139.

252

El Sena por medio del Oficio No. 2-2010-002839 del 16 de diciembre de 2010⁴⁶ dio respuesta a la petición manifestando que con el No. 94597 se radicó en el Centro de Atención al Pensionados-Servidores Públicos la solicitud y documentos del accionante dentro de los cuales se encontraba debidamente diligenciado y firmado el Formato No. 1, certificado de información laboral, certificado de periodos de vinculación laboral para Bonos pensionales y pensiones, consecutivo C008, formato establecido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde se registró la información requerida por el ISS.

El Sena a través de la comunicación No. 2-2011-001568 del 22 de junio de 2011⁴⁷ elevó petición ante el ISS -hoy Colpensiones- solicitando:

"PRETENSIONES

Cordialmente solicito:

1. *Informar a la mayor brevedad si la documentación aportada es la necesaria y pertinente para el trámite de la prestación solicitada y como consecuencia informarnos sobre el estado actual de la solicitud.*
2. *En el evento que se haya aportado la documentación pertinente, disponer de inmediato darle curso al reconocimiento de la prestación económica presentada por el señor RUPERTO EUCLIDES GARAVITO GARZON, mediante apoderado del SENA, por haber cumplido con los requisitos de ley.*
3. *En los términos del poder conferido por el Dr. Mauricio Arturo Parra Parra, cuya copia se anexa a la presente petición, solicito se me reconozca personería para actuar ante el ISS-PENSIONES, en representación del SENA REGIONAL CUNDINAMARCA."*

El ISS por medio de la Resolución No. 02383 del 30 de enero de 2012⁴⁸ resolvió negar el reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Ruperto Euclides Garavito Garzón señalando que el actor no cuenta con 60 años de edad, tal como lo exige el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- a través de la Resolución No. 411220 del 26 de noviembre de 2014 reconoció la pensión de vejez a favor del demandante Ruperto Euclides Garavito Garzón, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de remplazo del 90% sobre un IBL, sin hacer mención de los factores tenidos en cuenta, por considerar que es más favorable que el régimen contenido en la Ley 33 de 1985, condicionando su disfrute al retiro definitivo del servicio.

⁴⁶ F. 140.

⁴⁷ Ff. 141 a 143.

⁴⁸ Ver contenido del CD visible a folio 237.

Contra la anterior decisión la parte actora presentó recurso de reposición⁴⁹, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. GNR 107728 del 15 de abril de 2015 de forma favorable, en donde se ordenó modificar el contenido de la Resolución No. 411220 del 26 de noviembre de 2014, realizando la liquidación con 1.984 semanas de cotización y aplicando una tasa de remplazo del 90% sobre un IBL, sin hacer mención de los factores tenidos en cuenta por la entidad, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, efectiva a partir del 1º de marzo de 2015.

Contra la anterior decisión la parte actora presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto de forma favorable por medio de la Resolución No. VPB 56631 del 13 de agosto de 2015, argumentando:

“Que conforme al análisis jurídico, el interesado tiene derecho a la reliquidación de su pensión de Vejez.

IBL: 3,459,973 x 90.00 = \$ 3,113,976

SON: TRES MILLONES CIENTO TRECE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/CTE

Para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que el peticionario cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en la columna “Aceptada Sistema”:

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
20 años de servicios al Estado y 55 años de edad (Transición frente a la Ley 33) Legal Decreto 2527	15 de agosto de 2009	1 de marzo de 2015	3.459.973.00	2.660.544.00	1	75.00	2.594.980.00	NO
Pensión de Vejez Decreto 758 de 1990 Régimen de Transición-Hombre	15 de agosto de 2014	1 de marzo de 2015	3.459.973.00	2.553.688.00	1	90.00	3.113.976.00	SI

(...)
Que efectuado el nuevo estudio bajo las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 y de las cuales es beneficiario el peticionario, para el caso en estudio Ley 33 de 1985 y Decreto 758 de 1990, se evidencia que es más favorable a los intereses del afiliado el reconocimiento bajo el Decreto 758 de 1990, como quiera que la tasa de remplazo es del 90%, mientras que en la Ley 33 de 1985 la tasa máxima de remplazo aplicables es del 75%.

(...)

⁴⁹ Según se observa en el considerando de la Resolución No. GNR 107728 del 15 de abril de 2015, que obra en el CD visible a folio 237.

2. De la procedencia del reconocimiento de la pensión de jubilación con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 –Ley 33 de 1985- por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena- y/o de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-

Alega la parte demandante que de conformidad con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que la pensión que le fue reconocida se le reliquide en aplicación de la Ley 33 de 1985, en cuantía equivalente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Por su parte, el Sena manifiesta que a partir de la expedición del Decreto 4937 de 2009 la entidad perdió la competencia para reconocer la prestación, por lo que a partir del 18 de diciembre de 2009 la pensión de jubilación es un trámite exclusivo de Colpensiones y el Sena solo interviene con la expedición del bono tipo T.

Colpensiones en la contestación de la demanda señaló que no es posible acceder al reconocimiento de la prestación por cuanto el actor no ha elevado ninguna solicitud para que la entidad estudie y decida de fondo si tiene derecho al reconocimiento de la prestación de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985.

En la sentencia de primera instancia consideró el juez que los actos administrativos no son demandables ante la jurisdicción, por lo cual no era viable acceder a las pretensiones de la demanda.

En el presente caso, la controversia gira en torno a la solicitud de reconocimiento pensional del demandante, de conformidad con la Ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, teniendo en cuenta que para ser beneficiario del régimen de transición se debe acreditar a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 40 años de edad por ser hombre, o contar con más de 15 años de servicio, se procederá a estudiar si el demandante cumple con alguno de estos dos requisitos, y además, se debe determinar cuál es la entidad llamada a reconocer la prestación.

Del material probatorio que obra en el proceso se logra establecer que el demandante Ruperto Euclides Garavito Pinzón contaba con más de 15 años de servicios públicos al 1 de abril de 1994, pues laboró al servicio del Instituto Agrícola de Andalucía (que pagó las cotizaciones como empleado público) desde el 17 de mayo de 1976 al 4 de Marzo de 1980 y en el Sena desde el 7 de julio de 1980 hasta

la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición, es decir, su pensión debe ser reconocida en virtud de lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 33 de 1985, pues los empleados del Sena gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma general establece la ley para los miembros de la Rama Ejecutiva⁵⁰.

Dentro del expediente, también se encuentra acreditado que el demandante laboró al servicio del Sena desde el 7 de julio de 1980⁵¹ y según da cuenta el oficio No. 2-2015-000485 del 10 de febrero de 2015⁵², al accionante le fue aceptada la renuncia a partir del 1º de marzo de 2015 por medio de la Resolución No. 000048 del 30 de enero de 2015.

Ahora, frente a cuál es la entidad encargada de reconocer la pensión a favor del señor Ruperto Euclides Garavito Pinzón, observa la Sala que el Consejo de Estado ha manifestado que una vez se expidió el Decreto 4937 de 2009, las entidades públicas, en este caso el Sena, perdieron la competencia para reconocer la pensión, en la providencia se indicó⁵³:

Del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cuando el servidor laboró en una entidad estatal afiliada al ISS.

En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regímenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector

⁵⁰ C.E. Sección Segunda Subsección B, radicación No. 17001-23-33-000-2012-00315-01, 18 de mayo de 2017, M.P. Carmelo Perdomo Cuellar.

⁵¹ Ff. 145, archivo 16 del CD visible a folio 134, ver CD visible a folio 237.

⁵² Ver CD visible a folio 237.

⁵³ C.E. Sección Segunda, Subsección "B", radicación No. 68001-23-31-000-2008-00516-01, 31 de enero de 2013. M. P. Gerardo Arenas Monsalve.

público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones.

De otra parte, debe destacarse que el acto de reconocimiento de la pensión, por parte de la entidad pública, debe señalar esta circunstancia de reclamo de la pensión al ISS y la subrogación correspondiente.

Así mismo, se hace necesario resaltar que la situación expuesta con anterioridad ya se superó al establecerse en el Decreto 4937 de 2009, una nueva modalidad de bono pensional especial tipo T que es el "bono especial que deben emitir las entidades públicas a favor del ISS o a quien haga sus veces, para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS, o a quien haga sus veces, con el fin de que la administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición..."

Así las cosas, como se encuentra completamente acreditado que el actor es beneficiario del régimen de transición, tiene derecho a que su pensión sea reconocida por Colpensiones, por cuanto a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4937 de 2009 es esta la entidad que se encuentra facultada para reconocer a los empleados públicos el régimen pensional que los cobija, esto es la Ley 33 de 1985, razón por la cual se considera que es la entidad llamada a responder.

Ahora bien, teniendo en cuenta las normas transcritas y los lineamientos jurisprudenciales expuestos, y en todo caso, como el demandante no tenía un derecho consolidado a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -1° de abril de 1994-, el ingreso base de liquidación (IBL) debe calcularse conforme lo dispone el artículo 21 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1158 de 1994.

De tal suerte, que según la Ley 33 de 1985 el demandante tenía derecho a que su pensión de jubilación le fuera liquidada teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales de que trata el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales se hubieren realizado cotizaciones durante los últimos diez años de servicio.

No obstante lo anterior, como Colpensiones ya le reconoció al actor una pensión de jubilación con base en el Decreto 758 de 1990, por medio de la Resolución No. 411220 del 26 de noviembre de 2014, la cual fue reliquidada por medio de las Resoluciones GNR 107728 del 15 de abril de 2015 y VPB 56631 del 13 de agosto

de 2015⁵⁴, con una tasa de remplazo del 90% del IBL percibido en los últimos 10 años de servicio y efectiva a partir del 1° de marzo de 2015, cuando se le aceptó la renuncia al cargo en el Sena, en virtud del principio de favorabilidad, no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda tendientes a obtener la reliquidación de la pensión en cuantía equivalente al 75%, pues como se indicó, la mesada pensional recibida actualmente es mayor a la establecida en la Ley 33 de 1985, porque la tasa de remplazo de la pensión que percibe es del 90% y la de la Ley 33 de 1985 es del 75%, y como el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen contenidos en la Ley 33 de 1985 y en el Decreto 758 de 1990 se calculan de la misma manera, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1158 de 1994, habría un perjuicio en contra del actor al liquidarle su mesada pensional con los requisitos de la Ley 33 de 1985 y con los factores de los últimos diez años de servicios.

Por consiguiente, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por los argumentos señalados en esta providencia.

V. Conclusión

Con lo anteriormente esbozado, encuentra la Sala que no le asiste razón a la parte demandante al solicitar que se le reliquide la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, pues como se indicó, esta Sala acoge el criterio señalado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al considerar que el ingreso base de liquidación de la prestación pensional no es un aspecto sujeto al régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (artículo 36), y por ello, se debe liquidar con el promedio recibido en los últimos diez años de servicio.

Así las cosas, se procederá a confirmar la sentencia impugnada, pero por los argumentos expuestos dentro de los considerandos anteriormente señalados.

VI. Condena en costas en segunda instancia

La Sala considera que no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante, porque si bien es cierto ella fue vencida en el proceso, no ha demostrado con su actuar un comportamiento reprochable, pues en forma razonada, proporcional y adecuada al ordenamiento jurídico intervino en las diligencias judiciales, aspecto

⁵⁴ Ver contenido del CD visible a folio 237.

255

que impide se condene en costas a la luz de lo normado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 55, conforme además con lo expresado en la sentencia del 18 de febrero de 1999, del Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos, expediente No. 10775.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “E”**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Primero.- Confirmar la sentencia del 18 de octubre de 2013 proferida por el Juzgado Segundo (2) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Girardot, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Tercero.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

La anterior decisión, fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase



Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon
Magistrado

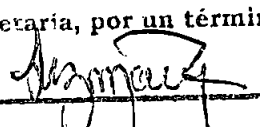


Jaime Alberto Galeano Garzón
Magistrado



Patricia Victoria Manjarrés Bravo
Magistrada

Aclaración Parcial
de voto

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA	
SECCIÓN SEGUNDA (2)	
CONSTANCIA DE FIJACIÓN	
EDICTO #13	
Bogotá, D.C.	06 OCT 2020
HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaría, por un término legal.	
Oficial mayor	



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN E

ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO No. 22

Bogotá, veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	RUPERTO EUCLIDES GARAVITO PINZÓN
DEMANDADO:	SENA Y COLPENSIONES
REFERENCIA:	25307-33-31-702-2012-00067-01
TEMAS:	ACTO DEMANDABLE

Con todo respeto, expongo los motivos que me llevan a aclarar parcialmente el voto dentro de la sentencia proferida por la Sala en el asunto de la referencia, mediante la cual se confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

El motivo de aclaración se debe a que el actor tuvo como único acto demandado el oficio N° 2-2010-002682 del 26 de noviembre de 2010 proferido por el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA, por medio del cual se le informó el trámite dado a la solicitud de reconocimiento de la pensión identificada con No. 94597 de fecha 22 de noviembre de 2010 que éste presentó a esa entidad.

Pese a lo expuesto, el Despacho sustanciador tuvo como acto demandado adicional la Resolución No. 02383 del 30 de enero de 2012 indicando que esa había sido la decisión que profirió Colpensiones respecto de la petición que le remitiera el SENA (94597 de fecha 22 de noviembre de 2010); sin embargo, se advierte que dicho acto fue notificado por aviso con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda (ver expediente administrativo pensional), por lo que era de conocimiento de la parte actora y en ese orden de ideas, debió solicitar su nulidad en el acápite de pretensiones.

Sin perjuicio de lo anterior, con miras a lograr un pronunciamiento de fondo en el proceso de la referencia y dados los sobresaltos que ha tenido su trámite, la decisión del magistrado ponente se acompasa con el derecho de acceso a la administración de justicia y es por esto que se le acompaña en la decisión, no sin antes poner de presente que la parte actora no formuló debidamente las pretensiones de la demanda.

En estos términos dejo planteada mi aclaración de voto.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'P' followed by several loops and a final vertical stroke.

PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO
MAGISTRADA