

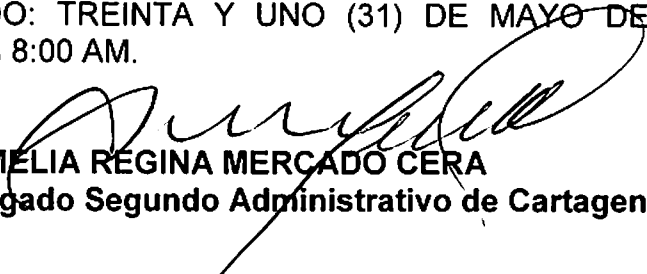


TRASLADO DE EXCEPCIONES
ARTÍCULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011

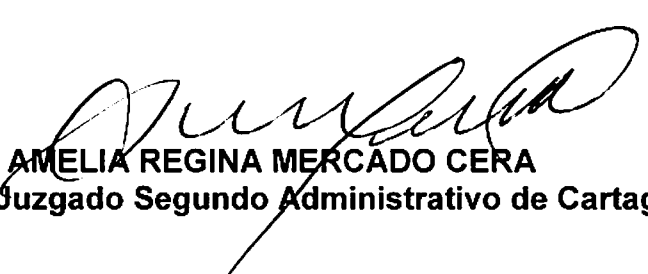
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2016-00071-00
Demandante/Accionante	LEONOR PEREIRA CABARCAS
Demandado/Accionado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA

La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por los Demandados por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co Hoy TREINTA (30) DE MAYO del año dos mil diecisiete (2017).

EMPIEZA EL TRASLADO: TREINTA Y UNO (31) DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE (2017), A las 8:00 AM.


AMELIA REGINA MERCADO CERA
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

VENCE TRASLADO: DOS (02) DE JUNIO DE DOS MIL DIECISIETE (2017), A las 05:00 PM.


AMELIA REGINA MERCADO CERA
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

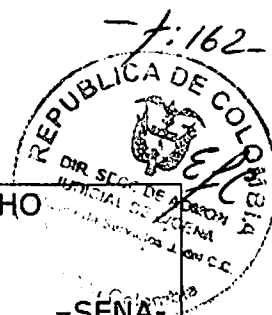
Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718

DOCTOR

JORGE ENRIQUE ROSALES EGEA

**JUEZ SEGUNDO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
CARTAGENA DE INDIAS**

Ciudad.



MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 13001-33-33-002-2016-00071-00

DEMANDANTE: LEONOR PEREIRA CABARCAS

DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-

COLPENSIONES

REFERENCIA: CONTESTACION DEMANDA

OMERIS MARIA ORTIZ ESCUDERO, mayor de edad, residente en esta ciudad, abogada en ejercicio, identificada con la cédula de ciudadanía número 64.554.872 de Sincelejo y portadora de la Tarjeta Profesional No.108137 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA - Regional Bolívar, según consta en el poder otorgado por la Director Regional, Dr. Jaime Torrado Casadiegos, acordes con las resoluciones de nombramiento, acta de posesión adjuntos, de manera atenta y respetuosa procedo a dar contestación a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, exponiendo para su consideración los siguientes argumentos, con el fin de que sean tenidos en cuenta al momento de proferir sentencia dentro del asunto

I. HECHOS

AL PRIMERO HECHO: Cierto-

AL SEGUNDO HECHO: Cierto

AL TERCERO HECHO: Cierto y aclaro, la entidad que represento dio respuesta de fondo a la petición de re liquidación, presentada por el hoy demandante

AL CUARTO HECHO: No es cierto ese hecho como lo plantea el apoderado de la parte demandante y aclaro Los factores tenidos en cuenta por el SENA al momento de liquidar la pensión del demandante, fueron conforme los lineamientos legales vigentes y jurisprudenciales que estaban rigiendo en ese momento. Para liquidar la pensión se tuvo en cuenta el 75% del promedio mensual que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, actualizado con el I.P.C certificado por el DANE, lo anterior en atención a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 que establece: **"El setenta y cinco 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio"**, así mismo el inciso sexto del artículo 1 del acto Legislativo No.01 del 25 de julio de 2005, señaló lo siguiente **"para liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones"** ahora bien, en el caso que nos ocupa la pensión de la demandante fue liquidada conforme a derecho, esto es teniendo como base los factores sobre los que efectuó aportes

Por otro lado informo al Despacho que el demandante solicita que se incluyan factores salariales que no ganó el demandante en su vida laboral, gastos de representación, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de localización, viáticos permanente.

Así mismo solicita en este hecho el apoderado del demandante que se incluyan factores que no constituyen factores salariales como sueldo de vacaciones, prima de coordinación, bonificación por compensación, viáticos.

La Corte Constitucional – máximo Tribunal Constitucional -, en Sentencia SU 230/15 contiene “la última interpretación constitucionalmente aceptada”, conforme a la cual el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se desprende del texto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

AL QUINTO HECHO : No es cierto, que se deban decretar la nulidad parcial de la resolución No.02521 del 2 de noviembre de 2007 , Resolución No.03323 de 2 de diciembre de 2009 y la resolución No.03345 de 13 de noviembre 2009 y decretar la nulidad de los oficios No-2-2015-008977 de fecha 31 de marzo 2016, como consecuencia re liquidar la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios, porque como lo he explicado el SENA liquidó la pensión del Demandante tal y como lo ordena la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 inciso 2 , es beneficiario del régimen de transición establecido en la mencionada norma, por lo cual la edad , el tiempo de servicio y el monto de la pensión son las señaladas por el artículo 1 de la Ley 33 de 1995

La Ley 100 de 1993 consagró, en su artículo 36, las condiciones para acceder a la transición pensional en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

Por haberle faltado al demandante para el primero de abril más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36, inciso 2y 3 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1, inciso 6 del acto legislativo No.01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución política, y la Jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado en sentencia como la No.470 del 21 de septiembre, 249 del 24 de julio de 2003 y 1733-03 del 21 de octubre de 2004, debe liquidarse la pensión como lo establece el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir con el “setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, actualizados con el IPC certificado por el DANE.

Ahora bien el demandante, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices Jurisprudenciales trazadas se liquidó la pensión con todos los factores devengados y los factores sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones, desde ya solicito al señor juez que al momento de fallar no se ordene la inclusión de factores que no devengo el demandante como pretende el demandante.

AL SEXTO HECHO : No es cierto, y aclaro se evidencia en expediente administrativo que apor to con la contestación , que el SENA le liquido la pensión con lo devengado por el demandante, hasta la fecha del retiro del servicio (31 de julio de 2008) y que esta se empezó a pagar inmediatamente se retiro de la Entidad, por lo que no procede lo solicitado en este hecho .

Por otro lado al demandante se le liquido en consonancia con la normatividad vigente y las directrices Jurisprudenciales trazadas para la época. Como se explico anteriormente. Por tanto esta solicitud no está llamada a prosperar.

Solicito al despacho que de aplicación al precedente fijado por la corte Constitucional en sus Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, para el caso en estudio el SENA liquido la pensión del demandante en los términos del inciso segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Por otro lado es oportuno informar al despacho respecto a la COMPARTIBILIDAD pensional SENA -COLPENSIONES (antes ISS), se evidencia en expediente administrativo que mediante Resolución No. 014751 del 22 de julio 2009 del 2 de octubre de 2014 , COLPENSIONES le reconoció a él demandante la pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2008, en cuantía de \$2.208.844 En consecuencia, el SENA mediante la Resolución No.03345 del 13 de noviembre de 2009,declaro la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No.002521 del 2 de noviembre de 2007 y reliquidada por la resolución No.03323 del 2 de diciembre de 2008, en cuanto a la obligación a cargo del SENA ,pagar 100% el valor total de la mesada pensional, por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sometido su vigencia.

Solicito al despacho que de aplicación al precedente fijado por la corte Constitucional en sus Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, para el caso en estudio el SENA liquido la pensión del demandante en los términos del inciso segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

I. A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS (PRETENSIONES)

A LA PRIMERA: Me opongo a que se declare la nulidad parcial de la Resolución No.002521 del 2 de noviembre de 2007, por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación de la señora LEONOR PEREIRA CABARCAS, de DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS SEIS PESOS en cuantía de (\$2.132.506) mensuales, a partir del 2007.

Teniendo en cuenta que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA con la expedición de la Resolución No.002521 del 2 de noviembre de 2007, actuó de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente al momento del reconocimiento de la pensión, toda vez que ha sido posición institucional en tratándose del reconocimiento y liquidación de la pensión vitalicia de jubilación de sus servidores públicos, el someterse a lo que en forma expresa señalen las normas que regulan la materia. Fue así como el SENA, liquidó la pensión a el demandante(artículo 36- inciso 3 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3 del decreto 813 de 1994) tomando como factores de liquidación los conceptos que constituyen base de cotización para los aportes pensionales, de conformidad con lo establecido por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que son los mismos indicados por el artículo 1 de la ley 62 de 1985, así "El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituidos por los siguientes factores: a) La asignación básica mensual; // b) Los gastos de representación; // c) La prima técnica cuando sea factor de salario; // d) las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; //e) La remuneración por trabajo dominical o festivo; // f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y; //g) La bonificación por servicios prestados". De los anteriores factores solo los resaltados aplican para el SENA, como se expone clara y suficientemente en el presente escrito. Por lo cual, la liquidación de la pensión no obedece a un criterio voluntariamente adoptado por la Entidad sino determinado legalmente.

Por otro lado y de acuerdo con la resolución No.002521 del 2 de noviembre de 2007 , que militan en el expediente de la señora Leonor Pereriras Cabarcas, se observa que el SENA le reconoció a el demandante , la pensión de jubilación, liquidándola en las condiciones establecidas por el artículo 36 de la ley 100 de 1990 y con los factores salariales devengados en el último año de servicio señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978; con base en esa norma, el SENA liquido la pensión del demandante con el 75% del salario promedio que el devengo en el último año de Servicio.

A LA SEGUNDA :Me opongo a que se declare la nulidad parcial de la Resolución No.003323 del 2 de diciembre de 2008, por medio de la cual se reliquida la pensión de jubilación reconocida a la señora Leonor Pereira Cabarcas, se le reconoce como nueva mesada a partir del 1 de agosto de 2008, el valor correspondiente a la reliquidación de la pensión, equivalente a \$2.337.614, que para el 1 de febrero de 2008

Teniendo en cuenta que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA con la expedición de la Resolución No. 003323 del 2 de diciembre de 2008, actuó de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente al momento del reconocimiento de la pensión Por tanto esta solicitud no está llamada a prosperar.

A LA TERCERA: Me opongo a que se declare la nulidad parcial de la Resolución No.003345 del 13 de noviembre de 2009, por medio de la cual se declara la perdida de fuerza ejecutoria de las resoluciones No.002521 del 2 de noviembre de 2007 y No.003323 del 2 de diciembre de 2008, esta perdida de fuerza de ejecutoria se da en razon que se cumplio la condicion resolutoria a la que estaba sometida su vigencia

A LA CUARTA :Me opongo a que se declare la nulidad del oficio No. 2-2016-002751 de fecha 31 de marzo de 2016, con la expedición de este documento el SENA actuó de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente, como lo he demostrado en el desarrollo de este escrito. De igual forma, el acto demandado es un oficio emanado de la administración resolviendo una petición del demandante y respecto a este tipo de actuaciones, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en afirmar lo siguiente:

Para el tratadista Jaime Orlando Santofimio el acto administrativo es: "toda manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos".

Para el citado autor los elementos claves para poder llegar a la conclusión de que existe un acto administrativo son:

"1. Existencia de la figura a partir de un acto positivo, consistente en la expresión o manifestación general, o eventualmente, concreta o específica, proveniente de quienes ejercen funciones administrativas.

2. Manifestación realizada por quienes ejercen funciones administrativas, esto es, la expresión de lo querido o deseado conforme a derecho, la cual debe ser de naturaleza unilateral.

3. El acto administrativo debe ser básicamente expresión de voluntad.

4. Las manifestaciones unilaterales de voluntad no sólo pueden provenir de los órganos de la rama ejecutiva del poder público, sino también, de cualquier autoridad de los otros poderes u órganos autónomos e independientes, e incluso de los particulares, a los que les hubieren sido atribuidas funciones administrativas.

5. El quinto elemento caracteriza al acto administrativo por su naturaleza decisoria, es decir, por poseer la fuerza suficiente para crear situaciones jurídicas a partir de su contenido. En consecuencia, si la manifestación de voluntad no decide ni crea situación jurídica, no es un acto administrativo." (negritas y subrayas fuera de texto).

El H. Consejo de Estado, en sentencia del 14 de noviembre de 1996. Radicación: 12543, con ponencia del Dr. Carlos Orjuela Góngora, precisó sobre el particular:

"Para una mejor ilustración acerca de la naturaleza jurídica del acto administrativo resulta oportuno transcribir algunos apartes de una sentencia del Consejo de Estado, del 22 de enero de 1988, citada por el profesor Gustavo Penagos en su obra El Acto Administrativo, Tomo I, páginas 89 y 90. Dijo así esta Corporación:

"Así las cosas, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención ya que ésta supone a aquélla, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para, como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho, y esa decisión, proferida por autoridad competente — pública o privada en un proceso de privatización de lo público como el que se observa esporádicamente en el país—, está sujeta al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo.

"Aparecen así los elementos esenciales del acto.

- Competencia: Facultad para dictar el acto.
- Decisión: Que traduce la voluntad o intención del funcionario competente.
- Contenido: Que es el alcance de la decisión: crear, modificar, o extinguir una relación jurídica, en ejercicio de la función administrativa.

Esos elementos suponen un antecedente esencial; el sujeto emisor, el cual implica, a su turno, la voluntad o la intención".

En este enfoque se observa que los oficios no contienen los elementos esenciales que les permitan inscribirse en la categoría de los actos administrativos. En efecto, los oficios fueron producidos, en su orden, por el Intendente General del Ejército y por el Comandante del Ejército, mas no por el comando de la Fuerza, que sería el competente para dictar el acto de selección. (Subrayado fuera de texto)

Tal como la Sala lo advirtió en líneas anteriores los oficios no contienen en sí una decisión, toda vez que se limitan, el primero, a transmitir una resolución previamente tomada por el Comando de la Fuerza, y el segundo, a transcribir dos prescripciones legales. Por esto mismo, al tratarse de actos que no comportan los elementos ya vistos, la censura del actor frente a ellos quedaría ad portas por la vía jurisdiccional, es decir, sin opción de avanzar de modo plausible más allá de los dominios de la vía gubernativa.

Siendo como es que los oficios impugnados no constituyen verdaderos actos administrativos, resulta ostensible la falencia de uno de los presupuestos procesales referidos para acceder a un fallo de fondo, por lo cual habrá de revocarse la sentencia de primer grado, resolviendo en su lugar de manera inhibitoria". (subrayas y negritas extra texto).

Adicional a lo anterior, el SENA mediante el oficio radicado No. oficio No. 2-2016-002751 de fecha 31 de marzo de 2016, contestó de fondo y oportunamente la petición de solicitud de reliquidación del pensionado.

En relación con el núcleo esencial y los alcances del derecho de petición, la Corte Constitucional ha trazado desde sus inicios una voluminosa y consistente línea jurisprudencial en la cual se ha indicado ⁽¹⁾, que la esencia del derecho de petición consiste en la posibilidad de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, es decir, a que aquéllas sean recibidas, seguida de la garantía de que tales peticiones serán objeto de pronta resolución. Frente a este punto es claro que el solicitante no tiene, en modo alguno, derecho a esperar que la autoridad resuelva su pedido de manera favorable, concediendo lo que aquél busca, al punto de poder afirmar que se vulnera el derecho de petición si quien lo resuelve no accede, sin objeción, a la totalidad de lo pedido. La garantía de este derecho consiste en que la autoridad deberá necesariamente abordar la solicitud que ha recibido, pronunciarse de fondo sobre ella en un tiempo prudencial, y asegurarse de poner la respuesta en conocimiento del peticionario, de tal modo que éste no tenga que esperar de manera indefinida, y esté en la certeza de que la respuesta que reciba resolverá de fondo sobre el tema planteado. (2) Al observar la respuesta dada por la entidad al peticionario queda claro que no se le negó nada de manera arbitraria, y que toda la respuesta se le dio conforme al marco jurídico que regula la materia de su petición.

A LA QUINTA: Me opongo a esta declaración y repodere en el orden planteado en esta pretension por el apoderado de la parte demandante en cuanto a los literales así:

- A) Me opongo a esta declaración por ser consecuencia de la anterior. La Entidad que represento actuó de conformidad con lo dispuesto en la normatividad y jurisprudencia vigente al momento del reconocimiento de la pensión del demandante Y del actual precedente fijado por la corte Constitucional en sus Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Recalco no se le debe suma alguna de dinero a el actor ni antes, ni ahora en su condición de pensionado como quiera que los actos administrativos mediante el cual se le reconoció la pensión de jubilación fue expedido por el SENA a través de funcionario competente y con el lleno de los requisitos legales.

B): Me opongo a esta declaración en razón que la Entidades que represento está pagando en legal forma esta pretensión.

C): Me opongo a esta declaración en razón que es consecuencia de las anteriores.

D) Me opongo a esta declaración en razón que es consecuencia de las anteriores

A LA SEXTA: Me opongo a esta declaración por ser consecuencia de la anterior. La Entidad que represento actuó de conformidad con lo dispuesto en la normatividad y jurisprudencia vigente al momento del reconocimiento de la pensión de la demandante Y del actual precedente fijado por la corte Constitucional en sus Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Así las cosas, queda claro que el regimen de transición contemplado en el artículo 36 de Ley 100/93, conservo para sus beneficiarios la aplicación de la norma anterior, en lo relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la prestación, pero no en lo relacionado con el ingreso base de liquidación

¹ Sentencias T-377 de 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), T-249 de 2001 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), T-1160-A de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

² La Corte Constitucional mediante sentencia T-363 del 6 de agosto de 1997

A LA SEPTIMA: Me opongo a esta declaración ,Por lo antes señalado, no hay mora en la entidad que represento y como lo he afirmado en la respuesta a los hechos anteriores, no se le debe suma alguna de dinero al actor ni antes, ni ahora en su condición de pensionado y mucho menos a cargo del SENA.

A LA OCTAVO: Me opongo a esta declaración en razón que es consecuencia de las anteriores.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

De la lectura de la Resolución No.002521 del 2 de noviembre de 2007 y No.003323 del 2 de diciembre de 2008, con las que se reconoce y se reliquida respectivamente la pensión de la demandante señor Leonor Pereira cabarcas, se evidencia con facilidad que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

El SENA no ha violado ninguna de las normas constitucionales y legales citadas en la demanda, por las siguientes razones:

La señora Leonor Pereira Cabarcas , nació el 16 de junio de 1951 y para el 30 de enero de 2008, completo en el SENA 32 años, 19 días de servicio.

Por lo anterior, hemos afirmar que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Si bien en el caso analizado se evidencia que el núcleo de la controversia es el tema de la liquidación pensional gobernada por la Ley 33 de 1985, aplicable a los servidores de la entidad que represento dentro del marco del régimen de transición, para encontrar la mejor solución judicial al tema de las reliquidación pensional solicitada a la entidad con la presente acción, es necesario abordar la interpretación que el juez contencioso hace del artículo 36 de la ley 100 de 1993, para sustentar la aplicación integral de la ley 33 de 1985, salvo en lo referente a los factores enunciados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

Los incisos segundo y tercero del artículo 36 textualmente prescriben:

" 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 referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (....)"³

En estas disposiciones se consagró un régimen de transición para quienes tenían una cercana expectativa de pensionarse en el régimen al que estaban afiliados, que les permitió conservar algunos de los beneficios del régimen anterior. Y para ello se determinó quiénes son los beneficiarios del régimen de transición, cuáles son las condiciones aplicables del régimen anterior, y adicionalmente cómo se determina en estos casos el Ingreso Base de

Liquidación de la pensión.

Las condiciones aplicables del régimen anterior son: "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" y la misma norma dispone que 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.

Sobre la edad y el tiempo de servicio o semanas cotizadas que se preservan en el régimen de transición no ha habido discrepancia alguna, pero respecto del "monto" de la pensión y del "Ingreso Base de liquidación" si se han presentado posiciones encontradas en la interpretación de los organismos de cierre de las distintas jurisdicciones.

Para el Consejo de Estado el monto de la pensión incluye la tasa de reemplazo, los factores que integran la base y el Ingreso Base de liquidación IBL, de manera que todos ellos deben ser los del régimen anterior.

En sentencia de 21 de septiembre de 2000 el Consejo de Estado expresó que "monto" no es el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75%, pues ese es un número abstracto que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere monto, de ser el resultado de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho que se realiza con la suma de los respectivos factores. "Si los que están en régimen de transición deben jubilarse con la edad, tiempo de servicio o monto de la pensión, no se ve cuáles sean las demás condiciones a que se refiere la ley. El ingreso base igualmente hace parte del monto y por tanto las normas son contradictorias y surge una duda que por mandato del artículo 53 constitucional debe resolverse en lo más favorable al trabajador".

En sentencia de 30 de noviembre de 2000, la misma Sección Segunda sostuvo que si se aplica el IBL del inciso 3 del artículo 36, se afecta el monto, y el régimen de transición deja de ser un beneficio y que no aplicar en su integridad el régimen anterior es desconocer el principio de inescindibilidad de las normas.

Adicionalmente, la jurisdicción contenciosa, a partir de la sentencia de unificación de agosto de 2010, toma como base de la liquidación todo lo devengado en el último año, argumentando que el artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la ley 62 del mismo año, no señaló taxativamente los factores que integran la base de la liquidación.

Para la Corte Suprema de Justicia, por el contrario, el monto es únicamente la tasa de reemplazo, o sea el porcentaje que fija la ley para determinar el quantum de la pensión, y el Ingreso Base de liquidación es el señalado en el inciso 3 del artículo 36.

El máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, en la sentencia de 14 de febrero de 2012, Radicación 41070, reitera su tradicional posición en los siguientes términos:

Frente al régimen de transición pensional y la regulación del ingreso base de liquidación, expuso esta Corporación en sentencia de 17 de octubre de 2008, rad. N° 33343, lo siguiente:

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales

aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado.

"Lo anterior significa que fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición que creó para quienes al momento en que entró a regir el sistema de pensiones les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho prestacional, que es el caso de la actora, dispuso que ese régimen estaría gobernado en parte por la normatividad que, antes de entrar en vigor ese sistema, se aplicaba al beneficiario y, en otra parte, por el propio artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero en uno solo de los elementos que conforman el derecho pensional: el ingreso base de liquidación.

"De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones".

En relación con los factores que integran la base de liquidación la Corte Suprema de Justicia, en forma reiterada ha sostenido:

"En sentencia de 26 de febrero de 2002, rad. N° 17192, ratificada en la 37927 ya citada, explicó la Sala:

"El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.

"Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.

"Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase".

Resulta oportuno señalar, que incluso antes de la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, en los eventos en que los servidores públicos realizaban cotizaciones tampoco lo hacían sobre el total de lo devengado, sino que la ley fijaba los factores salariales para esos efectos; así el tema fue regulado inicialmente en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y luego en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del anterior, que

en esencia contemplaba los mismos ³conceptos salariales a que hoy en vigencia de la Ley 100 de 1993, se refiere el Decreto 1158 de 1994 para integrar el salario base de cotización en materia pensional de los servidores públicos.

En ese orden de ideas, los conceptos de prima de Navidad, de servicios, de productividad, factor nacional y recreación, no hacen parte de los factores salariales que de conformidad con el Decreto 1158 de 1994, integran el ingreso base de cotización de los servidores públicos, ni tampoco de los que deban integrar el ingreso base de liquidación de las pensiones de vejez de esta clase de servidores que se encuentren en régimen de transición.

Como puede apreciarse, la jurisprudencia del Consejo de Estado riñe con la jurisprudencia reiterada y pacífica del máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, lo que acarrea que entidades como el SENA que cuentan con empleados públicos y trabajadores oficiales, con jurisdicciones distintas, se encuentren en la disyuntiva de acatar una jurisprudencia y desconocer otra según sea el caso a resolver en materia pensional de sus servidores.

En sede del Tribunal Constitucional si bien se encuentran algunos pronunciamientos discordantes, vale la pena citar la Sentencia T-1225 de 2005, que coincide con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En esta oportunidad dijo la Corte Constitucional:

“En síntesis, la Corte ordenará al SENA que reliquide la pensión de vejez de Carlos Alberto Osorio Mahecha, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y por consiguiente tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior en cuanto se refiere a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez (entendido como porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación). Asimismo, que por ser ese régimen de carácter general, y por haberle faltado al petitioner más de diez años para pensionarse cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, tiene derecho a que se tome como ingreso base de liquidación pensional, alguno de los dos promedios establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, ordenará al SENA que reliquide la pensión teniendo en cuenta los factores constitutivos del ingreso base de liquidación según los decretos 691 y 1158 de 1994, sin incluir los viáticos permanentes que no aparezcan expresamente consagrados en ellos. En cualquier caso, el actor deberá ejercer los medios de defensa ordinaria en un término de cuatro (4) meses.

Contados a partir del momento en que se le notifique la presente providencia; de lo contrario, cesarán los efectos del presente fallo (art. 8º, incisos 3º y 4º, Decreto 2591 de 1991).”

Pero por fortuna Señor Juez hoy surge un elemento más para facilitar la decisión que ha de tomar respecto de los puntos controvertidos.

En la sentencia de constitucionalidad C-258 de 2013 la Corte Constitucional al decidir sobre la exequibilidad del artículo 17 de la ley 4ª. de 1992, tuvo que interpretar los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y al respecto se pronunció así:

El régimen de transición creado bajo el amparo de la Ley 100 de 1993

La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían

³ M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad social. No obstante, en aras de proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, el legislador estableció un régimen de transición. En cuanto a los Congresistas, el Decreto 1293 de 1994 ordenó la incorporación de todos los funcionarios del Congreso, incluidos los Senadores y Representantes al Sistema General de Pensiones, dejando a salvo sólo los cobijados por el régimen de transición.

En este orden de ideas, la Corporación ha definido el régimen de transición como "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." [84]

3.5.3.1. La Ley 100 de 1993 consagró, en su artículo 36, las condiciones para acceder a la transición pensional en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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

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

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad

social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio." Se tiene entonces que según esta disposición el régimen de transición permite que la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, sean las establecidas en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1° de abril de 1994), tuvieran la edad de treinta y cinco (35) años en el caso de las mujeres; o cuarenta años (40) o más en el caso de los hombres; o que, indistintamente, tuvieran quince (15) o más años de servicios. (...)

La interpretación de estas expresiones conlleva la concesión de una ventaja a los beneficiarios del régimen especial cobijados por la transición, que no fue prevista originalmente por el Legislador al expedir la Ley 100 y que, por tanto, carece de justificación. En efecto, la Sala recuerda que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993[228], tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas. Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo. El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.

Hecha esta aclaración, la Sala considera que no hay una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad. (...)

La Corte declarará la inexecutable de la expresión "durante el último año", contenida en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Además, teniendo en cuenta que, de un lado, la declaración de inconstitucionalidad de la expresión referida creará un vacío en materia de regla de Ingreso Base de Liquidación, y de otro, tal vacío puede conducir a una situación de inconstitucionalidad aún más grave, pues haría imposible la liquidación de las pensiones y limitaría entonces de forma absoluta el derecho a la seguridad social en pensiones de los beneficiarios del régimen especial bajo estudio, la Sala, por medio de un condicionamiento, debe establecer un criterio compatible con la Constitución dentro del respeto al margen de configuración del Legislador.

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia:

- (i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo

en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del ⁴⁵artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, 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, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo."

En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 -la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión "durante el último año" debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.

En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, además de declarar inexecutable la expresión "durante el último año" contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, la exequibilidad del resto del precepto será condicionadas a que se entienda que las reglas sobre IBL aplicables a todos los beneficiarios de ese régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

La interpretación de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 por parte de la Corte Constitucional constituye el elemento definidor del actuar de la administración en la forma de liquidar la pensión de sus servidores en régimen de transición, por dos razones:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional es de aplicación preferente, tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C634 de 2011 al declarar la exequibilidad del artículo 10 de la ley 1437 de 2011 "en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad." La Corte dijo al respecto:

En este orden de ideas, el núcleo de las controversias sobre la forma de liquidar la pensión del demandante en régimen de transición ya no es si los factores enlistados en la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo

⁴ Sentencia de febrero de 1989, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia

⁵ Sentencia T-581 de 2011

año son o no taxativos, sino si el Ingreso Base de Liquidación de la pensión y los factores que conforman la base de liquidación hacen o no parte del régimen de transición. Este interrogante debe despejarse, por las razones ya anotadas, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional que coincide con la de la Corte Suprema de Justicia, que precisa que el beneficio derivado del régimen de transición consiste en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo y que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.

Para las entidades públicas, los factores señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, es restrictiva, como venía interpretándose jurisprudencialmente antes del 4 de agosto de 2010, ya que sobre esos factores es que la entidad puede estimar las reservas presupuestales que debe hacer para pagar los aportes en la respectiva vigencia, tal como lo señala el mismo artículo:

"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, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Por ende, es claro que la intención del legislador al enlistar unos factores base de cotización, fue también la de permitirle u obligar a las entidades públicas a hacer sus cálculos presupuestales y obtener las correspondientes provisiones en cada vigencia presupuestal.

Lo anterior sería imposible, si la determinación de los factores base de cotización se hubiera dejado solamente a la reglamentación de las Cajas, como lo señalaba la parte inicial del artículo, o abierto a criterio del intérprete, como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

El texto resaltado de la norma es imperativo, en cuanto a que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, "estará constituida por los siguientes factores", que enuncia. Si la intención del legislador hubiera sido dejarlos abiertos o a criterio de cada entidad o de cada Juez, hubiera dicho "estará constituido por factores tales como ...", o "entre ellos por ...", etc, o simplemente hubiera dicho de estaba constituido por los factores salariales, pero no lo hizo.

La interpretación hecha en la sentencia invocada por el actor de la presente demanda, va en contravía del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece como principio constitucional "la sostenibilidad financiera del Sistema" pensional, y señala que "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones"; también va en contravía del texto del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto dispone: "... tendrá derecho a que... 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".

Las dos normas tienen en común que al referirse al ingreso base de liquidación de la pensión se refieren a los aportes que se hubieren cotizado, no de los aportes que se coticen hacia el futuro. En condiciones excepcionales y por incumplimiento en el pago de los aportes establecidos legalmente es posible hacer pagos extemporáneos, pero esa premisa no puede convertirse en la regla general de todos los servidores públicos del Estado.

Así, la interpretación de la sentencia invocada atenta contra la seguridad jurídica, no solo de la liquidación de las pensiones, sino del pago de los aportes pensionales que hicieron de buena fe las entidades públicas y los empleados con base en lo dispuesto expresamente por la norma transcrita y la jurisprudencia imperante en esos momentos; pero también atenta contra la seguridad jurídica de los aportes futuros, ya que podría dársele la misma interpretación a las normas que están vigentes y se están aplicando actualmente.

Para llegar a la interpretación que señala la sentencia invocada del 4 de agosto de 2010, la Sección Segunda se remite al análisis del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que en nuestro criterio no es aplicable, porque ese Decreto que señala una larga lista de factores salariales para la liquidación de la pensión, fue expedido en vigencia del Decreto Ley 3135 de 1968, que establecía una forma diferente de liquidar la pensión de jubilación, señalando en su artículo 27 que ésta se liquidaba con el 75% "del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio".

Bajo ese esquema normativo resulta evidente que el listado de factores salariales para liquidar la pensión que señalaba el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 era enunciativo, puesto que lo que en realidad primaba era los salarios devengados por el empleado oficial en su último año de servicios, como lo establecía el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968.

El caso de la Ley 33 de 1985 es diferente, ya que el legislador limitó en su artículo 1º los factores salariales de la liquidación de la pensión, a aquellos que hayan servido de base para los aportes durante el último año de servicio, señalando que la pensión sería del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, y en su artículo 3º, modificado por la ley 62 de 1985, indicó expresa y taxativamente cuáles son esos factores salariales sobre los cuales las entidades públicas y sus servidores públicos están obligados a pagar los aportes pensionales.

Desde esa Ley 33 de 1985, ese ha sido el criterio legal que ha orientado la liquidación de la pensión de jubilación; es así como el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional la premisa en virtud de la cual para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, regla que se resume en que el monto de la pensión depende de lo cotizado, y que se sustenta en el carácter de salario diferido de la pensión.

. En el salvamento de voto efectuado por el H. Consejero Gerardo Arenas Monsalve, a la sentencia de 4 de agosto de 2010 se hace referencia a que la taxatividad de los factores para liquidar la pensión no afecta los principios de igualdad y favorabilidad, bajo el argumento de que "lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparto la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene

sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez 'será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados' ".

La Corte Constitucional Mediante Sentencia SU230 de 2015 aclaró que son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición, y son, la edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para el efecto y el monto de la misma, y que son aplicables a las personas que al 1 de abril de 1994, tuvieran la edad de 35 años en el caso de las mujeres, 40 años en el evento de los hombres, 15 o más años de servicios en cualquier caso.

CONCLUSION

Con todo lo argumentado podemos concluir, que han quedado desvirtuados los argumentos que erradamente se han invocado por la parte demandante, En resumen, las pensiones en régimen de transición gobernado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuando el régimen anterior es la Ley 33 de 1985, deben liquidarse teniendo en cuenta:

1. La edad, de 55 años.
2. El tiempo de servicios de 20 años continuos o discontinuos
3. El monto o tasa de reemplazo del 75%

Para quienes el 1º de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL será (a) "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". (Este se aplicó al demandante) (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1º de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, el señalado en el artículo 21 de la Ley 100, o sea, "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."

5. Los factores que integran la base de liquidación, son los señalados en el Decreto 1158 de 1994 para integrar el salario base de cotización.

Para el caso en estudio el SENA liquidó la pensión del demandante de acuerdo precedente fijado por la corte Constitucional en sus Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, y liquidó la pensión del actor en los términos del inciso segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

SOLICITUD

Señor Juez Ante una remota condena de la entidad que represento, solicito muy respetuosamente al juzgado, se pronuncie expresamente sobre los

aportes a pensión y salud que deberán efectuarse, indicando el tiempo de liquidación de los mismos, porcentaje a cargo del Sena y del Demandante, e indicación expresa que COLPENSIONES y la EPS que estarán obligados a recibir el pago de los aportes que disponga el fallo judicial sin cobrar al SENA mora alguna

Respetuosamente propongo las siguientes excepciones de fondo:

1. INEXISTENCIA DE CAUSA JURIDICA PARA PEDIR INDEBIDA INTERPRETACION.

El SENA ha sustentado ampliamente su posición sobre este tema según concepto de la Secretaría General de la Entidad en su circular 1191 del 24 de agosto de 2005. Sin embargo, encuentro necesario que el Juzgado tenga en cuenta lo siguiente:

El artículo 1º de la ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la ley 33 de 1985, dispuso:

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

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Lo primero que resulta necesario aclarar sobre este artículo es que el SENA es una entidad del orden nacional, por lo cual todos sus empleados incluyendo el demandante son del orden nacional; sobre este aspecto el artículo 1º del Decreto 3123 de 1968 señaló que el SENA "es un establecimiento público con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio del Trabajo, encargado de cumplir la política social del Gobierno en el ámbito de la promoción y de la formación profesional de los recursos humanos del país"; este Decreto fue derogado por el Decreto 2149 de 1992, que mantuvo la naturaleza jurídica de la entidad; posteriormente este Decreto fue derogado por la ley 119 de 1994, que es la norma vigente, la cual señala en su artículo 1º que "El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, es un establecimiento público del orden nacional ...".

Lo segundo que debe precisarse es que esta norma señala de manera clara y precisa que los aportes o cotizaciones para pensión solamente deben ser pagados sobre los siguientes conceptos: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Por ende, no es procedente legalmente en virtud de las normas transcritas en la contestación de esta demanda, tomar para liquidar la pensión factores

adicionales a los anotados anteriormente como base de aportes o cotizaciones para pensión.

Por lo anterior, al pagar los aportes para Seguridad Social para Pensión del demandante al ISS, el SENA obró conforme a lo dispuesto expresamente en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 y de acuerdo precedente fijado por la corte Constitucional en sus Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, y liquidó la pensión del actor en los términos del inciso segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

2. IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE INTERESES DE MORA (INDEXACION)

En nuestra legislación no existe una regla general que preceptúe que la pérdida del poder adquisitivo del peso sea una carga económica que deba asumir el deudor del crédito laboral. La indexación no tiene ese alcance general, máxime cuando se ha obrado de muy buena fe.

El legislador sólo la ha reconocido para casos muy aislados y nuestra jurisprudencia se ha referido o ha hecho uso de ella como remedio o correctivo indicado al pago retardado de obligaciones laborales consentidas y no discutidas (como derechos ciertos e indiscutibles), situaciones estas bien distintas a las que hoy ocupan nuestra atención, pues obrando de buena fe y de acuerdo a lo reglado el SENA pagó los aportes para la seguridad social del demandado al ISS. Por tanto, la indexación resultan distantes y ajenos a la filosofía y estructura de la seguridad social.

La indexación en el caso de los incrementos pensionales no es de recibo legal ni jurisprudencial ya que el sistema opera pagando con aumentos continuos y año a año (de manera vitalicia). Igual ocurre con los intereses de mora.

3. PRESCRIPCION DEL REAJUSTE SOLICITADO

El reconocimiento de la pensión se realizó mediante No. No.002521 del 2 de noviembre de 2007 y No.003323 del 2 de diciembre de 2008, así tomando lo establecido para el efecto, tenía el actor tres años para solicitarlo.

Obliga en derecho su proposición por derecho procesal y en todo lo que favoreciere los intereses de la parte que represento. (Prescripción trienal de que trata los artículos 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969)

4. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

En derecho se llegaría a configurar un enriquecimiento sin causa, prohibido expresamente por la ley, si se optara por reconocer y pagar la pensión o incremento para el periodo reclamado por el actor, cuando para esa época existe pago total del salario que por el trabajador debía reconocérsele en virtud de su vinculación laboral activa con el SENA. Obrar en contravía de este precepto, principio y axioma de derecho es completamente arbitrario y fuera de los límites de la ley, en congruencia con la normatividad citada, especialmente en la primera excepción propuesta.

5. COBRO DE LO NO DEBIDO

Al actor se le ha pagado a lo que tiene derecho por ley. El cobro que se hace desconoce la congruencia entre lo que ocurre como hechos y lo que pretende como derecho. Al actor no se le debe suma alguna de dinero y está cobrando por fuera de la ley unos factores salariales que nunca fueron devengados.

El SENA liquido la pensión del demandante de acuerdo precedente fijado por la corte Constitucional en sus Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, y liquido la pensión del actor en los términos del inciso segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

6. LA GENERICA

Fundamentada en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, relacionada con todo hecho que se encuentre plenamente demostrado en el proceso y que constituya una excepción susceptible de ser declarada a favor de la parte demandada.

ANEXOS:

1. Copia del poder otorgado por el Director Regional Bolívar
2. Copia de documentos que acreditan representación legal como resolución de nombramiento, acta de posesión y facultad delegada
3. Copia de Expediente Administrativo de la señora LEONOR PEREORA CABARCAS

PRUEBAS

Comedidamente solicito tener como pruebas las obrantes en el plenario y las que tenga a bien se sirva decretar el Despacho.

OTROS ASPECTOS DE ESTA CONTESTACION DE DEMANDA

Contestados en los anteriores términos los hechos de la demanda, propuestas las excepciones y establecidas las razones de nuestra defensa procedo a darle cumplimiento a los otros requisitos que para el efecto trae el Código Contencioso Administrativo:

- a. El demandado según el texto de la demanda, lo es el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, es por esta razón que me han conferido poder para que los represente en este proceso.
- b. El Procurador o Representante de la demandada lo es la suscrita abogada OMERIS MARIA ORTIZ ESCUDERO, por lo que solicito a su despacho, comedidamente, reconocerme personería.

Las notificaciones personales que deban hacerse a la demandada o a la suscrita apoderada pueden dirigirse a la sede del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA Regional Bolívar ubicado ternera kilometro uno vía turbaco de la ciudad de Cartagena de indias. El correo electrónico institucional destinado a recibir las notificaciones judiciales es el siguiente: servicioalciudadano@sena.edu.co, el correo electrónico de la suscrita es oortize@sena.edu.co

Cordialmente,



OMERIS ORTIZ ESCUDERO
C.C No.64.554.872 de Sincelejo
T.P 108137 del C.S. de la J.