

**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00

Cartagena de Indias, 16 de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00077-00
Demandante	DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS.
Demandado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA y COLPENSIONES
Tema	Reajuste de pensión.
Sentencia No	0037

**1. PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS, a través de apoderado judicial, contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA y COLPENSIONES.

**I. LA DEMANDA**

Por medio de escrito, el actor a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

**Pretensiones:**

**PRIMERO:** Que se declare la nulidad parcial de la resolución No. 03631 de fecha 27 de noviembre de 2009, por medio de la cual se reconoce la pensión de jubilación de la señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS en cuantía de \$2.020.888.

**SEGUNDO:** Que se declare la nulidad parcial de la resolución No. 03419 de fecha 23 de noviembre de 2010 por medio de la cual se reliquida la pensión de jubilación de la señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIA en cuantía de \$2.034.021 y declaran pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución No. 03631 de 27 de noviembre de 2009.

**TERCERO:** Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2-2016-002752 de fecha 31 de marzo de 2016 por medio de la cual se niega la indexación de la primera mesada y por consiguiente la reliquidación de la pensión.

**CUARTO:** Que a título de restablecimiento, se ordene al SENA re liquidar la pensión de la señora DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo como factores salariales, además de la asignación básica, los siguientes:

Prima de navidad, prima de junio y diciembre, gastos de transporte, vacaciones, viáticos, auxilio de manutención, incremento por antigüedad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y cualquier otro emolumento recibido como contraprestación de sus servicios.

**QUINTO:** En caso que a la parte actora no se le hubiesen descontado los aportes de ley, se proceda de conformidad para salva guardar el equilibrio financiero del sistema, pero solo por el último año de servicio.

**SEXTO:** Que se condene a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 189, 192 y 195 CPACA.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00

**SEPTIMO:** Que se condene al pago de costas y gastos del proceso.

## 2. ANTECEDENTES

### HECHOS

En respaldo de su medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la parte demandante, planteó los fundamentos facticos que a continuación se sintetizan:

1. La demandante prestó sus servicios al SENA como instructora y de manera ininterrumpida, hasta el 31 de agosto de 2009.
- 2.- mediante resolución No. 03631 de 27 de noviembre de 2009 el SENA le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$2.020.888.
- 3.- A través de resolución No. 03419 de 23 de noviembre de 2010 se reliquida la pensión de jubilación de la accionante por valor de \$2.061.306.
- 4.- En fecha 08 de marzo de 2016 se presenta solicitud de reliquidación de pensión, la cual es resuelta desfavorablemente mediante acto administrativo No. 2-2016-002752 de 31 de marzo de 2016

### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Constitucionales: artículos 2, 29, 48, 49, 53, 58, y 230 de la constitución.

Legales: ley 4 de 1992; decreto ley 902 y 903 de 1969; decreto ley 546 de 1971, decreto ley 1231 de 1973; decreto ley 717 y 2726 de 1978; decretos reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978.

Sustenta el apoderado judicial de la parte demandante que su apadrinado trabajó en una entidad pública y que al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 para los servidores públicos de orden nacional, el actor por edad y tiempo de servicio se hizo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha ley, es decir que para adquirir su pensión de jubilación se debió aplicar la ley pensional anterior a la ley 100 de 1993, la cual es la ley 33 de 1985, pero el ingreso base de liquidación se determina con fundamento en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

### CONTESTACIÓN

#### ➤ SENA

Manifiesta la entidad demandada que los conceptos de prima de navidad, de servicios, de productividad, factor nacional y recreacional, no hacen parte de los factores salariales que de conformidad con el decreto 1158 de 1994, integran en 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 encuentran en régimen de transición.

El núcleo de las controversias sobre la forma de liquidar la pensión del demandante en régimen de transición no recae sobre si los factores enlistados en la ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 del mismo año son o no taxativos, sino, si el IBL de la pensión y los factores que conforman la base de liquidación hacen o no parte del régimen de transición. Por lo que esta entidad se acoge a los dispuesto en jurisprudencia de la corte constitucional y corte suprema de justicia, que precisa que el beneficio derivado del régimen de transición consiste en una aplicación atractiva de las

**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00**

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 claramente lo establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Para el caso bajo estudio, el SENA liquidó la pensión del demandante de acuerdo al precedente fijado por la corte constitucional en 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 decreto 1158 de 1994.

Propone las excepciones previas de inexistencia de causa jurídica para pedir indebida interpretación; improcedencia de la solicitud de intereses de mora; compensación; pago; prescripción del reajuste solicitado; enriquecimiento sin causa; y cobro de lo no debido.

**➤ COLPENSIONES.**

Explica la demandada que la presente acción se dirige contra el SENA ya que los hechos y pretensiones son tendientes a la nulidad y reliquidación de la pensión de vejez reconocida por esa entidad conforme la ley 33 de 1985, por ello las pretensiones recaen sobre esa entidad, por lo que resulta evidente la falta de legitimación en la causa por parte de COLPENSIONES.

Ahora bien, para efecto de reconocimiento de pensión de jubilación a los servidores del SENA, le son aplicables las normas del decreto 3135 de 1968 sustituidos por la ley 33 de 1985 en cuyo artículo 1 prevé que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual y vitalicia equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

En virtud de lo anterior, conforme el artículo 127 del decreto 2464 de 1970 y artículo 35 del decreto 1014 de 1978, los servidores del SENA continuaron afiliados al Instituto de Seguros Sociales, que de conformidad con el artículo 01 de la ley 90 de 1946 cubre los riesgos de vejez, reemplazando la pensión de jubilación que se adquiere cuando reúnan los requisitos señalados en el artículo 12 del decreto 758 de 1990.

Lo anterior, no obstante que los servidores del SENA se hallen afiliados al instituto de seguros sociales, dicho establecimiento tiene la obligación legal de reconocer a sus servidores la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobierna a los empleados públicos en general, ya que el ISS por virtud de su afiliación a él, solo les reconoce, a los 60 años, la pensión de vejez.

Pero cuando el instituto asume el riesgo de vejez, sustituye al SENA en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y en consecuencia el goce de la pensión de jubilación en estos casos es incompatible con la pensión de vejez.

Propone como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe y cobro de lo no debido.

**TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el día 27 de abril de 2016, posteriormente mediante auto de fecha 04 de mayo de 2016 se admite y fue notificada al demandante por estado electrónico No. 069.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 01 de agosto de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Mediante auto de fecha 07 de diciembre de 2016, se citó a las partes a audiencia inicial para el día 01 de marzo de 2017, en la cual se fijó el litigio, se decretaron unas pruebas, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para presentar alegatos dentro de los 10 días siguientes.

**ALEGACIONES****DEMANDANTE:**

No presentó alegatos finales.

**DEMANDADO:**➤ **SENA**

Se aprecia que el legislador estableció los requisitos para acceder a la pensión que allí se reglamenta: haber cumplido 20 años continuos o discontinuos de servicios en el sector oficial y 55 años de edad, siendo la cuantía de la pensión el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. Respecto de los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, se precisa que tanto la ley 33 como la 62 de 1985 advierten la forma precisa y detallada cuales son los factores sobre los cuales el empleado del orden nacional deben aportar a pensión, e indican al mismo tiempo, cuales son los factores base de liquidación de pensión.

Los actos administrativos demandado fueron expedidos en vigencia de la jurisprudencia del consejo de estado, que disponía que la pensión de jubilación se debía liquidar incluyendo únicamente los factores salariales relacionados en la ley 33 de 1985 y respecto de los cuales se hubiese aportado para pensión, es decir, los actos administrativos fueron expedidos en acatamiento de la normatividad constitucional y legal vigente.

➤ **COLPENSIONES.**

Se ratifica en los argumentos expuestos inicialmente en la contestación de la demanda, y agrega que la pensión de vejez reconocida por el régimen de prima media con prestación definida tuvo en cuenta, como no podía ser de otra manera, las normas propias que lo gobiernan, como son el caso particular y concreto, el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, resulta improcedente reliquidar la prestación reconocida con base en una normatividad que solo podía ser aplicada por el SENA cual es la ley 33 de 1985.

**CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

Se abstuvo de emitir concepto.

**3. CONTROL DE LEGALIDAD**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00

#### 4. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley, procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto.

#### CUESTIONES PREVIAS

Se presentaron las excepciones de: "INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA PARA PEDIR INDEBIDA INTERPRETACIÓN; IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE INTERESES DE MORA; COMPENSACIÓN; PAGO; PRESCRIPCIÓN DEL REAJUSTE SOLICITADO; ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA; Y COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, BUENA FE Y COBRO DE LO NO DEBIDO", pero como quiera que las excepciones presentadas se centran en el debate jurídico de la presente demanda, se resolverá al momento de decidir de fondo las pretensiones deprecadas.

#### PROBLEMA JURIDICO

¿Le asiste a la demandante DALGY ESTHER VILLADIEGO ELIAS el derecho a que se le incluya la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicio en la pensión de jubilación?

#### - TESIS

Los actos administrativos demandados, la Resolución No. 03631 de 27 de noviembre de 2009, 03419 de 23 de noviembre de 2010 y acto administrativo No. 2-2016-002752 de fecha 31 de marzo de 2016 mediante la cual se reconoce y reliquida, la pensión de vejez de la demandante; no se ajustan a derecho, puesto que se omitió en la liquidación de la misma la totalidad de los factores salariales y prestacionales que devengó el actor en el último año de servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Como quiera que en este caso, al actor no se le tuvieron en cuenta para liquidar la Pensión de Vejez todos los factores salariales, se deberá incluir los demás factores que disfrutó para liquidar la pensión, en consecuencia se declara la nulidad de los actos administrativos demandados, y en su lugar la entidad demandada liquidara la pensión con todos los factores salariales devengados, como son: asignación mensual, subsidio alimentación, bonificación, prima de servicio junio, prima de servicio diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones; con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

#### ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

En el presente asunto se resolverá como debe interpretarse el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 10 de 1993; y en consecuencia la forma como debe aplicarse la liquidación de la pensión del accionante si es con el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el párrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00**

Antes del análisis que nos dará la conclusión para resolver este caso en concreto; ya que anteriormente esta Casa Judicial venía aplicando lo señalado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985; pero es pertinente reconsiderar teniendo en cuenta la nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia SU-230 de 2015.

Recordemos que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece el régimen de transición de la siguiente manera:

*“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.”*

De la norma transcrita, se concluye que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1º de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, indicando que a ellos se les aplicaría lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Por su parte el artículo 1 de la ley 33 de 1985 consagraba lo siguiente:

*“Artículo 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos o llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años 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 aquéllos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.”.(Negrillas fuera del texto).*

Así, la Ley 33 de 1985, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, establece que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación el empleado oficial debe haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegar a la edad de cincuenta y cinco años (55), caso en el cual la respectiva Caja de Previsión le pagará 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.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00

Respecto de los factores que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto de la pensión de jubilación, la norma referida fue modificada por la Ley 62 de 1985, en cuyo artículo 1º dispuso:

*"Artículo 1º.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que 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
- 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."*

No obstante, los factores salariales aquí señalados, el H. Consejo - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-, en providencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), estableció que dichos factores no son taxativos; al efecto señaló:

*"(...) de acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Lev 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (...)*

*"Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en tomo a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.*

*"Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales -en las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978."*

Así entonces, conforme a los principios de progresividad, favorabilidad en materia laboral y primacía de la realidad sobre las formalidades, la interpretación que debe darse a la Ley 33 de



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00

1985, modificada por la Ley 62 de 1985, es que la misma no contiene una lista taxativa de los factores a tener en cuenta en la base de la liquidación pensional, razón por la cual, debe entenderse como salario para efectos de la liquidación pensional todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que adopte.

En lo que tiene que ver con el período a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, *fuere superior*, el Despacho considera que esta disposición no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiarla del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es, la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad, que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones tomando de cada una ellas aquello que resulte más favorable. Sin embargo, excepcionalmente, en casos que por favorabilidad resulta más beneficioso aplicar el promedio de los últimos 10 años, se podrá hacer, siempre y cuando el actor pruebe que dicha liquidación, le es más beneficiosa.

Ahora bien, esta Casa Judicial no desconoce el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, contenido en la Sentencia SU 230 de 2015, sin embargo, tampoco puede desconocer lo contemplado en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, que dispone: *"Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas."* Este artículo fue estudiado por la Corte Constitucional en Sentencia C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que se dijo:

*"El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Así, determina que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Hasta aquí, el precepto no hace nada distinto que reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y tácticos análogos.*

*El precepto contiene una segunda prescripción, la cual prevé que para cumplir con las obligaciones constitucionales aludidas, las autoridades deberán "tener en cuenta" las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones. A esa fuente el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, más no aplicado coactivamente.*

Dicho artículo fue declarado exequible, bajo la precisión de que no puede desconocerse en forma privilegiada las sentencias de la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad, esto es las sentencias C, habida cuenta de que hay mandato constitucional que así lo impone, artículo 243 de la Carta Política. Bajo estos razonamientos, entiende el Despacho, que ante esta circunstancia, bien se puede seguir aplicando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que se ha venido aplicando sistemáticamente en esta jurisdicción, habida cuenta que no estamos ante una sentencia de constitucionalidad, sino una sentencia de tutela, que así sea de unificación, en virtud de la Ley 270 de 1996, no tiene el mismo carácter que las sentencia de constitucionalidad.



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00**

Al respecto el Honorable Consejo de Estado reiteró la importancia de las Sentencias de Unificación como precedente jurisprudencial, señaló además, que se deben tener en cuenta los pronunciamientos de la unificación emitidos por dicha Corporación, pues, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, a cargo del cual se encuentran las sentencias de unificación y sus efectos en el interior de la propia jurisdicción. Así mismo, dichos precedentes jurisprudenciales generan un imperativo para las autoridades judiciales y administrativas, que están obligadas a tenerlas en cuenta para decidir casos similares, para extender sus efectos a los ciudadanos que lo soliciten y se encuentren en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

*“...Se ha señalado hasta el momento (i) que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado deriva de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que, en tal sentido, es anterior a la ley 1437 de 2011; y (ii) que la Administración tiene el deber general de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al asunto que debe resolver en sede administrativa, lo cual reduce la litigiosidad, promueve la seguridad jurídica y asegura el principio de legalidad y la igualdad de trato a los ciudadanos.*

*En este contexto, la ley 1437 de 2011 reformó el valor de las sentencias de unificación a través de varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así: 1. Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10);... 3. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art. 256 y ss) ... 5. La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendiente de fallo en las Secciones que la componen y a estas últimas que lo hagan en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus subsecciones o en los tribunales administrativos (artículo 271). 6. Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, parágrafo)<sup>1</sup>.*

De acuerdo a los argumentos expuestos anteriormente, se continuará aplicando en su integridad la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), pues, representa un importante precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción, por tanto, dicho pronunciamiento tiene el carácter vinculante para los operadores judiciales de esta jurisdicción, dentro del cual se encuentra esta Casa judicial. En la cual señaló:

*De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.*

(...)

<sup>1</sup> Consejo de Estado de Consulta y Servicio Civil. C.P. William Zambrano Cetina del 10 de diciembre de 2013. No. 11001-03-06-000-2013-00502-00 (2177).

**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00**

*Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.*

*De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.*

(...)

*Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.*

(..)

*En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.*

(...)

*Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para*



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00

*efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*

*No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional."*

Por último, es necesario recordar que el principio de sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, el cual en casos como estos conllevaría la cancelación de los aportes no realizados, los cuales no solo corresponden al último año de servicio sino a toda su vida laboral porque el riesgo que ampara la pensión se construyó a lo largo de todo el tiempo de servicio prestado.

Por consiguiente, de las mesadas pensionales reliquidadas se deben deducir las sumas ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto, y una vez ejecutado lo anterior la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se dispusieron incluir y que corresponden a toda su vida laboral, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.

En relación con este punto en específico el Consejo de Estado<sup>2</sup> ha dicho:

*"... la Ley 33 de 1985 regla dos materias fundamentales, a saber: 1ª) MEDIDAS EN RELACIÓN CON LAS CAJAS DE PREVISIÓN, TENDIENTES A SU FORTALECIMIENTO y 2ª) REGULA DE MANERA "GENERAL" EL DERECHO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON RELEVANCIA EN LOS APORTES SOBRE LOS FACTORES PERTINENTES Y DEROGA LA NORMATIVIDAD "GENERAL" PENSIONAL ANTERIOR CON CITACIÓN DE LOS ARTS. 27 Y 28 DEL DL. 3135/68, por lo que se entiende que a partir de su vigencia se aplica a sus destinatarios.*

*Ahora, el Art. 3º. de esta Ley -norma "general"- determina que se deben pagar APORTES en favor de la Caja de Previsión por las retribuciones que perciben los empleados oficiales y luego señala los factores sobre los cuales se deben liquidar Aportes a los empleados oficiales nacionales, para finalmente precisar que las PENSIONES DE EMPLEADOS OFICIALES DE CUALQUIER ORDEN se deben liquidar sobre los mismos factores por los cuales se haya aportado; pero, ese artículo 3º fue MODIFICADO por el Art. 1º de la Ley 62 de sep. 16/85, que lo reemplazó totalmente (con nuevo texto) donde se determina que los empleados oficiales deben pagar aportes a las Cajas a las cuales estén afiliados, que esos aportes se pagarán sobre los factores remunerativos que allí se precisan y que las "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."*

*No sobra advertir que ANTES DE LA EXPEDICIÓN DEL RÉGIMEN DE APORTES CON TRASCENDENCIA PENSIONAL (Ley 33/85) el Legislador previamente había consagrado la*

<sup>2</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION 'B'. Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO. Sentencia del 29 de junio de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-12720-01(6201-05. Actor: DORA ISABEL ACUÑA DE DEVIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00**

*obligación de los servidores públicos de pagar un porcentaje de la retribución percibida en favor de la Entidad Prestacional con miras a que éstas tuvieran recursos con que cumplir sus obligaciones, aunque la norma no determinaba, en ese tiempo, que solo sobre los factores que se aportara se haría la liquidación pensional; más aún, algunos factores pensionales estaban exentos de pagar el porcentaje como la prima de navidad.*

*En fin, es importante que los servidores públicos paguen APORTES SOBRE LAS RETRIBUCIONES QUE PERCIBAN EN FAVOR DE LAS ENTIDADES PRESTACIONALES con el fin de que éstas tengan recursos con los cuales puedan cubrir sus obligaciones, más cuando no es posible admitir que un servidor EXIJA DERECHOS a una Entidad sin cumplir OBLIGACIONES con la Entidad por cuanto son correlativos el derecho y la obligación; aún más, la Jurisdicción en varias providencias ha determinado que si por causa de la Administración ya sea por omisión u orientación equivocada no se recauda el aporte de una retribución que tiene incidencia pensional, tal situación no puede constituirse en un OBSTACULO INSALVABLE para que se le tenga en cuenta en la liquidación pensional, pues basta ordenar en la Sentencia que se recaude dicho aporte, descontándolo de las sumas a pagar, con lo cual se da cumplimiento a la ley y no se causa un perjuicio al servidor público, ya que si así no se hace, bastaría la conducta omisiva del Pagador para causar una lesión económica al funcionario en materia pensional."*

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

#### **CASO CONCRETO**

El demandante, señora DALGY VILLADIEGO ELIAS, nació el día 16 de septiembre de 1954 (ver folio 10), lo cual quiere decir que para el 1° de Abril de 1994, contaba con 39 años de edad, y laboró durante más de 17 años; siendo su último cargo instructor grado 18 en el Centro De Comercio Y Servicios De La Regional Bolivar- SENA según se desprende de certificación laboral obrante a folio 106; lo que significa que le es aplicable las disposiciones de la Ley 33 de 1985, pero al momento en que se le reconoció la pensión de vejez no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio.

Acorde con lo expuesto se tiene que la reliquidación de la pensión en el caso que nos ocupa, debió efectuarse acorde con lo normado en las normas citadas, es decir, teniendo en cuenta para tales efectos el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como quiera que en este caso, la entidad que reconoció el derecho pensional, no tuvo en cuenta para liquidar la Pensión de Vejez todos los factores salariales (ver resoluciones 03631 de 27 de noviembre de 2009 y 03419 de 23 de noviembre de 2010 obrante a folios folio 10 a 12, 16 a 17), así las cosas, se deberá declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y en su lugar, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES deberá liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados según certificación (ver folio 122), con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%, como son: asignación mensual, subsidio alimentación, bonificación, prima de servicio junio, prima de servicio diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones.

Respecto a la prescripción de las mesadas pensionales, es preciso aclarar que al demandante se le reconoció la pensión de vejez a partir del 27 de noviembre de 2009, es decir, su derecho a reliquidación se hace exigible a partir de esta fecha, sin embargo el actor presenta su reclamación el **08 de marzo de 2016** (según folios 19 a 21), solicitando la reliquidación de su pensión de vejez conforme a la ley 33 de 1985, momento en el que operó el fenómeno de la interrupción natural de la prescripción de las mesadas pensionales originadas a partir del **08 de marzo de 2013** y siguientes, de lo cual se advierte que solo procede el pago de las diferencias que resulten a partir del **08 de marzo de 2013**, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, pues las diferencias



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00**

anteriores a esta última fecha se encuentran prescritas conforme el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Con respecto a la demandada, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA; el despacho considera que no le asiste legitimación en la causa por pasiva como quiera que dicha entidad no es la administradora de pensiones; pero en la medida que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considere que esta no realizó los aportes para la pensión del demandado teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengó la señora DALGY VILLADIEGO ELIAS, deberá hacer los cobros respectivos a dicha entidad.

De otro lado, se ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada en las consideraciones generales, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Las sumas a favor del demandante y las deducciones por aportes se ajustarán de acuerdo a las normas legales.

**COSTAS**

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

“.....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

**5. FALLA**

**PRIMERO-** Declarar no probadas las excepciones presentadas por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES según las consideraciones de la parte motiva.

**SEGUNDO-** Declarar que a SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, no le asiste responsabilidad frente a la accionante, según las consideraciones y condiciones de la parte motiva de esta providencia.



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00077-00**

**TERCERO-** Declarar nulo los actos administrativos Resolución No. 03631 de 27 de noviembre de 2009, 03419 de 23 de noviembre de 2010 y acto administrativo No. 2-2016-002752 de fecha 31 de marzo de 2016.

**CUARTO-** En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, **ORDÉNASE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a efectuar una nueva liquidación de dicha Pensión, siendo equivalente al 75% del promedio de todos los factores de salario devengado en el último año de servicio, esto es asignación mensual, subsidio alimentación, bonificación, prima de servicio junio, prima de servicio diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones. Si frente a alguna de estas sumas no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía efectuar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, y los girará a las entidades destinatarias si hay lugar a ello.

**QUINTO- CONDENASE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, pagar al demandante las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, según lo dispuesto en el numeral 4° de la parte Resolutiva de esta sentencia, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO: DECLÁRASE LA PRESCRIPCIÓN** del ajuste de valor y el pago de los mismos, respecto de las sumas causadas con anterioridad al 08 de marzo de 2013, conforme a la parte motiva de la presente providencia.

**SEPTIMO-** Negar las demás pretensiones de la presente demanda.

**OCTAVO-** Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 195 y 192 del C.P.A.C.A.

**NOVENO-** No condenar en costas.

**DECIMO-** Ejecutoriada esta providencia, expidase copia auténtica para su cumplimiento haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo, devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ**  
Juez