REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias, Once (11) de julio dos mil dieciséis (2016).

ACCIÓN	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICACIÓN	**13-001-33-33-008-2015-00030-00**
DEMANDANTE	**SOFANOR PEREZ MARTINEZ**
DEMANDADO	**COLPENSIONES - SENA**

PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **SOFANOR PEREZ MARTINEZ,** a través de apoderado judicial, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - SERVICIO NACIONAL APRENDIZAJE -SENA.

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora 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.

PRETENSIÓNES

PRIMERO: Que se declare la NULIDAD de las Resoluciones No. 0147 del 13 de febrero de 1996; No. 0573 del 19/07/1996; No. 01418 del 27/10/2003 y del Oficio No. 2-2014-014360 de fecha 28/08/2012, en las cuales se le reconoce pensión, declara pérdida de ejecutoria y niega la reliquidación de la misma con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios a la adquisición del status de pensionado.

SEGUNDO: Que como consecuencia de dichas declaraciones de nulidad se ordene el restablecimiento del derecho, ordenado la reliquidación o reajuste de la pensión de jubilación del demandante incluyéndole en el salario base de liquidación todos los factores salariales devengados en su último año de servicio, a partir de la fecha en que adquirió el status de pensionado, es decir, a partir del 01 de enero de 1996, junto con los reajustes correspondientes.

TERCERO: Se condene a las demandadas a la indexación de la primera mesada pensional, calculada desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando se verifique el pago.

CUARTO: Se condene a las demandadas al pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando se verifique el pago

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

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

HECHOS

1. El señor SOFANOR PEREZ MARTINEZ, identificado con la cedula de ciudadanía No.4.009.013 expedida en Sopla viento - Bolívar, presto sus servicios como empleado de la entidad SERVICIO NAC10NAL DE APRENDIZAJE – SENA- dentro del periodo de 04/11/1975 hasta el día 30/12/1995, en el Instructor T.C., Grado 01 en la especialidad de Auxiliar.

2. El señor SOFANOR PEREZ MARTINEZ le fue reconocida su pensión de JUBILACIÓN mediante resolución No. 01473 de fecha 13/02/1996, la cual no fue liquidada con todos los factores salárialeS devengados por el convocante en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status de pensionado.

3. El señor SOFANOR PEREZ MARTINEZ, elevo petición de reliquidación de pensión de Jubilación mediante escrito de fecha 25/06/2012, el cual fue resuelto por la entidad convocada mediante oficio no. 2-2012-014360 de fecha 28/08/2012, la cual fue negada por dicha entidad.

4. La administración al momento de liquidar la pensión al convocante debió tener en cuenta todos los factores salárialeS que devengaba en durante el último año de servicio a la fecha en que adquirió el status de pensionado, es decir año 1994-1995 tales factores salariales son para la liquidación de su mesada pensional: asignación básica; subsidio de alimentación prima de servicio- prima de navidad- prima de vacaciones- bonificación por servicios prestados- recargos nocturnos- horas extras- prima técnica de dominicales y festivos- auxilio de transporte- prima quinquenal- bonificación especial de recreación.

NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Estima que la decisión impugnada quebranta los artículos 1, 2, 6, 23, 29 de la Constitución Política de 1991; Ley 1437 de 2011 artículos 138, 155, 156, 161, 162; Ley 114 de 1913; artículo 13,25,53,58 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL; Decreto 1743 de 1966; Decreto 2143/1995 Ley 33/1985; Ley 62 de 1985; Ley 100 de 1993 art.36.

La Ley 33 de 1985 estableció, en su artículo 1º estableció: "*El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado*

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones....". La norma anterior exceptúa de su aplicación cuatro supuestos, a saber:

1º. Los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2º. Los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hubieren cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la ley.

3º. Los empleados oficiales que con veinte (20) años de labor continua o discontinua, se hallaran retirados del servicio, quienes tendrían derecho cuando cumplieran cincuenta (50) años de edad, si eran mujeres, o cincuenta y cinco (55) si eran varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.

4º. Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella. Por tanto, en los casos antes previstos, debe aplicarse el régimen pensional anterior a las leyes 33 y 62 de 1985 el cual pasa a exponerse en forma breve".

Como el señor SOFANOR PEREZ MARTINEZ cumple con los requisitos para ser beneficiario de la RELIQUIDACIÓN DE SU pensión de jubilación, y esta se encuentra tutelada legalmente en el artículo 58 de la Constitución nacional que garantiza el reconocimiento total de los derechos adquiridos con justo título y atendiendo la fecha de nacimiento del peticionario 26 de Octubre de 1926, y la fecha en que entro en vigencia la ley 33 de 1985 esta contaba con 67 años de edad, lo que permite establecer que se encontraba en el régimen de transición por ello para la reliquidación de su pensión de vejez se le debe aplicar el régimen vigente a la fecha de su vinculación, como en efecto le fue reconocido pero con la inclusión de todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir su status de pensionada.

II. RAZONES DE LA DEFENSA

COLPENSIONES

Esta contestación se hace con la garantía que le asiste a la encartada la Constitución Nacional en su art. 23 y su derecho al debido proceso y a su vez el principio de contradicción, el cual abre las puertas a debate jurídico en contra peso a la causa petendi Igualmente se funda en el artículo 144 del Código Contencioso Administrativo y demás normas concordantes.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

Es menester señalar que la ley y en la mayoría de los casos la jurisprudencia nacional, han sido rigurosos con los elementos que debe probar el actor para obtener la prosperidad de la pretensión anulatoria, imponiéndose las siguientes cargas procesales: la individualización precisa del acto que se demanda, la identificación exacta de las normas violadas y el concepto de la violación; copia del acto acusado; si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen y si se trata de un acto administrativo particular, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Además, una vez emitidos los actos administrativos se considera que los mismos están ajustados a derecho, esto es, a las normas jurídicas que le son de obligatoria observancia y cumplimiento. Es una presunción que la ley denomina iuris tantum, la cual se puede desvirtuar cuando se demuestra que se contravino el ordenamiento jurídico.

Como contrapartida necesaria y lógica de la presunción de legalidad de dichos actos, la Constitución y las leyes, en su orden, han regulado y reglamentado, la teoría de las nulidades, con la finalidad de ejercer un control a través del ejercicio de determinadas acciones sobre el actuar de la administración.

Los actos administrativos cumplidos en ejercicio de facultades regladas y de conformidad con los recaudos necesarios para su validez en cuanto a forma y competencia, deben tenerse por firmes, inamovibles y revestidos de valor de cosa juzgada en pro y en contra de los administrados y del mismo poder actuante, principio este que solo sufre excepción cuando media declaración de nulidad, ya sea en supuestos en que ha mediado error grave de derecho o aquellos otros en que los hechos en que se fundan las decisiones, carecen de existencia real y que hayan sido acreditados con maniobras dolosas o fraudulentas.

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

Con respecto al caso concreto se tiene que este circunscribe a un tema probatorio el cual en vía gubernativa no se acreditó el tiempo de servicio de acuerdo con los formatos exigidos para el efecto.
Que sobre la carga de la prueba el Código de Procedimiento Civil su artículo 177 por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, preceptúa:

> *Artículo 177. Carga de la Prueba: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

Que la demandante en vía gubernativa tuvo las siguientes falencias probatorias:

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

Que no aporto los certificados de tiempo de servicio en los formatos para el efecto. Que la circular 13 de 2007 la cual fue expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por el Ministerio de Protección Social dirigidos a todas las entidades que certifican tiempos de servicio y/o salarios para bonos pensiónales o pensiones, ordeno que de acuerdo con los artículos 2 y 3 del decreto 13 de 2001 adoptar los formatos de certificación de información laboral y de salario los cuales fueron revisados por los funcionarios de los dos ministerios los cuales serán de obligatorio cumplimiento por parte de todas las entidades públicas que deban certificar tiempos para pensiones.

De igual manera las administradoras de pensiones deberán exigirlas para realizar los reconocimientos de las prestaciones solicitadas.

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.

Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-789 de 2002. 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.

Además presento las excepciones de BUENA FE, PRESCRIPCION e INEXISTENCIA DE LA CAUSA PETENDI.

SENA

Manifiesta que el artículo 102 del CPACA dispone que las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional en forma condicionada .Sentencia C-816 de 2011, en el entendido de que las autoridades al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

Ello impone que en aquellos casos en que a la administración se le solicite la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado en asunto de la aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 expresa que el propósito de unificación del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones *"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"* es decir, que según la Corte la eliminación a partir de la ley 100 de 1993 de las diferentes bases de liquidación está íntimamente relacionada con el principio y valor constitucional de la igualdad, que como norma constitucional que impregna todo el derecho, debe ser aplicado en forma preferente en la resolución del asunto.

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 salarios, es decir a aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

Sobre el particular es pertinente aclarar y teniendo en cuenta que en algunas ocasiones ha resultado el SENA condenado a la inclusión de factores que no tienen carácter salarial, precisar lo siguiente:

No existe unidad de criterios dentro de la jurisprudencia respecto de los factores que deben incluirse dentro del ingreso base de liquidación de la pensión. En algunas oportunidades, la Sección Segunda del Consejo de Estado, así como los diferentes Tribunales y Juzgados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ordenan la reliquidación de la pensión con la inclusión de todo lo devengado, sin detenerse en revisar si los conceptos tienen o no carácter salarial. Contrario sensu, otros fallos efectúan un estudio juicioso sobre los factores que tienen connotación salarial, dentro de los que se destaca el proferido el 10 de febrero de 20111, en el cual se señala:

"La Sala añadió que resulta válido para las liquidaciones pensiónales 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, excluyendo aquellas sumas que cubren los riesgos, infortunios o contingencias a los que el trabajador se puede ver enfrentado, es decir, los que tienen carácter prestacional."

Como puede observar el despacho en el acto administrativo objeto de la presente demanda se tuvieron en cuentas factores salariales que no debieron hacer parte como factor salarial para efectos pensiónales y solicito que sean

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

excluidos los siguientes una vez el despacho se pronuncie, Sueldo de vacaciones , bonificación por recreación y Primas de Navidad y Vacaciones.

De acuerdo con las Resoluciones Nos.01473 de 13 de febrero 1996 modificada por la resolución No.0573 de 19 de julio de 1996), el SENA le reconoció la pensión de jubilación, liquidándola en las condiciones establecidas en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por haberle faltado para el lo de abril de 1994 menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión; con base en esa norma, el SENA le tuvo en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, el 75% de lo devengado entre el l0 de julio de 1996 al 30 de junio de 1997 (día en que causo el derecho a la pensión de jubilación), de acuerdo con los siguientes factores: Asignación Mensual , Subsidio de Alimentación, Prima de servicios, Prima de Navidad, Prima de vacaciones, Bonificación por servicios Prestados, horas extras y recargos nocturnos, auxilio de transporte, bonificación por recreación, sueldo por vacaciones.

III. ALEGATOS

DEMANDANTE: Concluye, que la pensión de jubilación regulada por la Ley 33 de 1985, se liquida en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, pero si existieran factores, sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

En ese orden de ideas, atendiendo al asunto planteado, se tiene, que conforme a las normas y jurisprudencia arriba citadas y acorde con el acervo probatorio obrante en el sub examine, el señor OFANOR PEREZ MARTINEZ, es beneficiario del régimen de transición, dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siéndole aplicable las disposiciones previstas en la Ley 33 de 198.5.

Siendo ello así, se debe declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, en lo que respecta a la reliquidación pensional, ya que los mismos, no tuvieron en cuenta lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, en donde la pensión, debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, desconociéndose el régimen de transición señalado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Así las cosas, COLPENSIONES en el texto de la resolución que le reconoció la pensión de vejez al actor, no se evidencia en ella cuales fueron los factores salariales que se tuvieron en cuenta como base para liquidar la pensión de vejez otorgada al actor, pero sustento la consecución con base en la transición establecida en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es decir, con el promedio de los últimos diez años previo al reconocimiento, por lo que se ha de entender que no se tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por el actor

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

en el año inmediato a la adquisición de sus status de pensionado, tal como se deja ver con la certificación de los factores salariales aportados con la demanda y en el expediente administrativo.

DEMANDADO:

SENA: al demandante señor SOFANOR PÉREZ MARTÍNEZ, al momento de liquidar la pensión del fueron conforme los lineamientos legales vigentes y jurisprudenciales que estaban rigiendo en ese momento, y se encontraron definidos expresamente por el artículo 6a del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que es aplicable a todos los empleadores del sector público y privado, entre ellos al SENA, lo que significa que los factores a que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión de la demandantes según la norma son los que se encuentran resaltados, 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 jomada nocturna y; g) La bonificación por servicios prestados.

Así las cosas no es cierto como señala el demandante que mi defendida deba re liquidar la pensión de jubilación de la 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 de la Demandante tal y como lo ordena la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 inciso 3 y 150, por ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien a el demandante, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices Jurisprudenciales trazadas se liquidó la pensión con todos los factores devengados y desde ya solicito al señor juez que al momento de fallar sean excluidos los factores salariales reconocidos que no tenían esa connotación salarial de factor salarial tales sueldo de vacaciones y prima de navidad y vacaciones, bonificación especial de recreación (Ver resoluciones. No.01473 de 13 de febrero de 1996 modificada por la resolución No. 0573 de 19 de julio de 1996)

Señor juez no es procedente declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0147 del 13 de febrero de 1996 y de la Resolución No. 0573 de 19 de julio de 1996, que

COLPENSIONES: Atendiendo las Consideraciones de colpensiones, a nuestro juicio decidimos que al demandante no le asiste el Derecho, por cuanto Mediante Resolución 147 del 13 de Febrero de 1996, modificada por la Resolución No. 573 del 19 de Julio de 1996 el empleador SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, reconoció una Pensión de Jubilación

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

con expectativa a compartir con el ISS hoy Colpensiones, a favor del señor PEREZ MARTINEZ SOFANOR, en cuantía de $477.781 a partir del 1 de Enero de 1996.

Mediante Resolución No. 1305 del 20 de Mayo de 2003, el ISS reconoció Pensión de Vejez de Carácter compartida a favor del señor PEREZ MARTINEZ SOFANOR, en cuantía de $467.321 a partir del 18 de Octubre de 1998, liquidada con 1.162 semanas cotizadas, un IBL de $556.335 calculado con el promedio de los IBC del tiempo que le hiciere falta, reportados por el empleador SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, al cual se le aplicó un 84% de porcentaje de liquidación en aplicación del Decreto 758 de 1990.

Mediante Resolución No. 1418 del 27 de Octubre de 2003, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA, declara la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones No. 147 del 13 de Febrero de 1996 y 573 del 19 de julio de 1996 en cuanto a la obligación de pagar el total del valor de la mesada, estableciendo que a partir del 18 de Octubre de 1998, Continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

"(...)
Así mismo el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 modificado por el artículo 20 del decreto 1160 del mismo año estableció:

(.../'Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta el empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado."(...)

Conforme lo anterior, se establece que las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas a la Reliquidación de la Pensión de Jubilación reconocida por el empleador SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA mediante Resoluciones No. 147 del 13 de Febrero de 1996 y No. 573 del 19 de Julio de 1996, por lo tanto al actuar Colpensiones en calidad de litisconsorte, se evidencia que la reliquidación pensional solicitada no afecta la prestación reconocida e ingresada en nómina, por tratarse de prestaciones distintas.

No obstante lo anterior, es necesario aclarar que el único escenario en que la citada decisión afectaría a Colpensiones, sería si en el caso se ordena al empleador SENA al pago de aportes adicionales no realizados a esta entidad,

pero no afectación frente a derechos pensiónales.

MINISTERIO PÚBLICO: se abstuvo de emitir concepto.

V. 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 proceso.

PROBLEMA JURIDICO:

¿Le asiste al demandante SOFANOR PÉREZ MARTÍNEZ 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 DEL DESPACHO

Con base en las sentencias de unificación del Consejo de Estado de Febrero de 2016 y Agosto de 2010, y del artículo 36 de la ley 100 de 1993 se concluye que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1° 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.

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 y a la última sentencia del Consejo de Estado. 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·

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.

Pero revisadas las resoluciones que le reconocieron la pensión las Resoluciones No. 0147 del 13 de febrero de 1996 (folios 95 y ss); y

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

especialmente la Resolución 0573 de 1996 (ver folio 21 y ss); se observa que en dichas resoluciones se le reconoció la pensión al demandante bajo el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengo durante el último año de servicio (ver folio 23 en concordancia con la certificación que obra a folio 13); y en dicha liquidación se tuvieron en cuenta los siguientes factores: Asignación mensual, sueldo por vacaciones, subsidio de alimentación, recargos nocturnos, prime de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, dominicales y festivos, auxilio de transporte, horas extras y bonificación por recreación; en consecuencia las resoluciones demandas no están viciadas de nulidad por las razones que alega la parte demandante y en consecuencia no están llamadas a prosperar las pretensiones del actor.

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 parágrafo 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.

Para resolver el presente caso es pertinente analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia SU-230 de 2015; y la expedida por el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado[1] del 25 de febrero de 2016, que con respecto a aplicación del precedente de la sentencia de la Corte Constitucional manifestó que no era aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa en los siguientes términos:

> "Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general

[1] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutiva de la referida sentencia de control constitucional, "*las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso*".

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión "monto" contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencia de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado "asumirá la deuda pensional que esté a su cargo".

3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.

4) **La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable**, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

derecho, como mínimo a defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predican exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, **no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.**

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.*

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

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.

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 **1°.-** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

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), reiterado en la Sentencia del 26 de Febrero de 2016 ya citada, 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 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. (...)

"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, 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.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

"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 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

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

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.

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 pronunciamiento 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 decir 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 sentencia de unificación a través de varios mecanismos de activación judicial y

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

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)[2].

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) y la Sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, donde figura como Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013, 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.

(...)

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

[2] 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).

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

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

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

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 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[3] ha dicho:

[3] 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-

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

"…. 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. 3°. 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 3° fue MODIFICADO por el Art. 1° 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 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 equívoca no se recauda el aporte de una retribución que tiene

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

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, **SOFANOR PEREZ MARTINEZ**, nació 24 de septiembre de 1938 (ver folio 12), lo que quiere decir que para el año 1994, tenía 56 años de edad, y laboró durante más de 20 años al Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA (ver folio 13 y ss); siendo su último cargo fue como Auxiliar Grado 1; lo que significa que le es aplicables, las disposiciones de la Ley 33 de 1985; y 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.

Pero revisadas las resoluciones que le reconocieron la pensión las Resoluciones No. 0147 del 13 de febrero de 1996 (folios 95 y ss); y especialmente la Resolución 0573 de 1996 (ver folio 21 y ss); se observa que en dichas resoluciones se le reconoció la pensión al demandante bajo el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengo durante el último año de servicio (ver folio 23 en concordancia con la certificación que obra a folio 13); y en dicha liquidación se tuvieron en cuenta los siguientes factores: Asignación mensual, sueldo por vacaciones, subsidio de alimentación, recargos nocturnos, prime de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, dominicales y festivos, auxilio de transporte, horas extras y bonificación por recreación; en consecuencia las resoluciones demandas no están viciadas de nulidad por las razones que alega la parte demandante y en consecuencia no están llamadas a prosperar las pretensiones del actor.

En cuanto al factor "**sueldo de vacaciones",** que se le reconoció al actor como factor salarial y que pide la demanda SERVICIO DE APRENDIZAJE- SENA e excluya; se precisa que, el H. Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, estableció que las vacaciones corresponden al "descanso remunerado", por lo que no es salario ni prestación, razón por cual, no es posible computarlos para

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

fines pensiónales; en consecuencia se ordenará reajustar la pensión del señor SOFANOR PEREZ MARTINEZ.

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 demandante, 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.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO- Declarar probadas las excepciones de mérito COBRO DE LO NO DEBIDO e INEXISTENCIA LA CAUSA JURIDICA PARA PEDIR.

SEGUNDO- En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO- ORDENESE al SERVICIO DE APRENDIZAJE- SENA revisar y reajustar la pensión del señor SOFANOR PEREZ MARTINEZ, en la medida que se le reconoció como factor salarial "sueldo por vacaciones", la cual no

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

debe ser reconocida como tal, según las consideraciones de la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Sin costas.

OCTAVO- Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena