



JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE CARTAGENA



Cartagena de Indias D. T. y C., Veinte (20) de enero de dos mil dieciséis (2016)

21 ENE. 2016

Oficio No.0010

Doctora
KARINA TATIANA RODRIGUEZ CÉSPEDES
Secretaria
Juzgado Décimo Primero Administrativo de Cartagena
Ciudad

Por medio del presente me permito remitir el siguiente memorial que por error fuera remitido al Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena en referencia, y que según sus remitentes se relacionan así:

RADICADO	13-001-33-31-011-2015-00046-00
CLASE DE ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MEDARDO JOSÉ GARCÍA SANTOS
DEMANDADO	SENA
FOLIOS	155

De usted atentamente,


MARÍA DEL PILAR ESCAÑO VIDES
Secretaria



Doctor
ALEJANDRO BONILLA ALDANA
JUEZ DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Ciudad.

RECEBIDO 19 ENE 2016



MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	13-001-33-33-011-2015-00046-00
DEMANDANTE:	MEDARDO JOSE GARCIA SANTOS
DEMANDADO:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA

Handwritten signature

DILIA RUIZ MAY, identificada con la cédula de ciudadanía número 45.473.687 expedida en cartagena, abogada en ejercicio, portadora de la T. P. No. 60.229 del C. S. de la J., actuando en nombre y representación del Servicio Nacional de Aprendizaje, según poder que me fue conferido por el Dr. JAIME TORRADOS CASADIEGOS, de acuerdo a las facultades conferidas a él por el señor Director General del SENA, mediante Resolución No. 000490 de 2005, con todo respeto y estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

I. HECHOS

AL PRIMERO HECHO: Cierto

AL SEGUNDO HECHO: No es cierto ese hecho como lo plantea el apoderado de la parte demandante y aclaro el SENA al momento de liquidar la pensión del demandante señor MEDARDO JOSE GARCIA SANTOS, aplico el principio de favorabilidad y se le liquido la pensión con base en los artículos 36- inciso 3 de la Ley 100 de 1993 y 3 del Decreto 813 de 1994, por resultar más beneficiosa esta forma de liquidar, como quedó demostrado en la resolución No.00293 del 26 de febrero de 1997

Ahora bien de acuerdo con las resoluciones Nos. 00293 del 25 de febrero 1997, se reconoce pensión de Jubilación), que militan en el expediente administrativo de la demandante señor MEDARDO JOSE GARCIA SANTOS, se le liquido con todos los factores salariales devengados y fueron los siguientes:

1. Asignación Mensual
2. Subsidio de alimentación
3. Horas extras
4. Prima de Navidad
5. Prima de vacaciones
6. Prima de servicios junio
7. Prima de servicios diciembre
8. Viáticos
9. Bonificación por servicios Prestados
- 10 Bonificación por recreación

Por otro lado si se liquida la pensión del demandante, como lo solicita en este hecho el apoderado con todos los factores devengados el último año de servicio, le da un menor valor al de la mesada reconocida en la Resolución No.00293 de 1997.

AL TERCER HECHO: Cierto y aclaro se declaró la perdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No.00293 de 1997 en cuanto a la obligación a cargo del SENA de pagar el valor total de la mesada pensional, por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sometida su vigencia .

AL CUARTO HECHO: Cierto y aclaro el demandante atravez de apoderado solicito revocatoria directa de la Resolución No. 00293 de 1997 solicitud que fue negada mediante Resolución No.02081 de 2010.

AL QUINTO HECHO: Cierto, no presento recurso.

AL SEXTO HECHO: Es cierto

AL SEPTIMO HECHO: Es cierto

AL OCTAVO HECHO: No es cierto este hecho como se plantea, que se deba reliquidar 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.

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

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

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

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

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, bonificación por recreación y prima de navidad y vacaciones (Ver resoluciones No. 00293 de 1997.

II. A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS (PRETENSIONES)

A LA PRIMERA: Me opongo a que se declare la nulidad del oficio No. 2-2012-014381 del 28 de agosto de 2012, mediante la cual la entidad que represento dio respuesta a la solicitud de extensión de la jurisprudencia para la liquidación de la pensión de jubilación que le reconoció el SENA, al hoy demandante, citando como referencia la Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2012 por la Sección Segunda del Consejo de Estado. En razón que no es procedente extender los efectos de la sentencia del 4 de agosto de 2012, por cuanto en el presente caso genera un debate jurídico adicional al analizado en la sentencia de unificación en cuanto a la naturaleza de factores salariales sueldo vacaciones y prima de navidad y vacaciones se pretende por parte del Sena en el evento de salir condenado excluirlo para modificar el ingreso base de liquidación. Es sabido que este rubro no es factor salarial y en este orden de ideas, será el proceso ordinario el mecanismo valido para establecer si este rubro puede o no entenderse como factor salarial.

Asimismo señor Juez, se presentan en el caso estudiado situaciones fácticas y jurídicas que difieren del caso planteado en la sentencia e unificación cuyo efecto se pretende extender. Planteo entre otros interrogantes el siguiente ¿ el valor de los aportes pensionales por los factores salariales adicionales a los señalados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificados por la Ley 62 del mismo año debe ser asumido en totalidad por el pensionado o de manera compartida con el empleado? ¿los aportes pensionales por los nuevos factores salariales deben pagarse por toda la vida laboral del empleado y durante el tiempo que lo percibió o solo durante su vinculación con el ultimo empleador? ¿hay lugar a sanción moratoria establecida en el artículo 23 de la ley 100 de 1993 y 28 del decreto 692 de 2994? ¿Cuál es la incidencia del reajuste para pension frente a los aporte para salud? ; Aspectos que no fueron tenidos en cuentas por la sentencia de unificación y que por tanto requiere un estudio y análisis adicional.

A LA SEGUNDO: Me opongo a esta declaración por ser consecuencia de la anterior, recalcamos no es procedente extender los efectos de la sentencia del 4 de agosto de 2012, por cuanto en el presente caso genera un debate jurídico adicional al analizado en la sentencia de unificación en cuanto a la naturaleza de factores salariales sueldo vacaciones y prima de navidad y vacaciones se pretende por parte del Sena en el evento de salir condenado excluirlo para modificar el ingreso base de liquidación. Es sabido que este rubro no es factor salarial y en este orden de ideas, será el proceso ordinario el mecanismo válido para establecer si este rubro puede o no entenderse como factor salarial.

A LA TERCERA: Me opongo a esta declaración en razón que la Entidades que represento está pagando en legal forma esta pretensión.

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

A LA CUARTA: Me opongo a esta declaración por ser consecuencia de la anterior. La Entidad que represento actuó de conformidad con lo dispuesto en la normatividad y jurisprudencia vigente al momento del reconocimiento de la pensión de la demandante.

A LA QUINTA: No es una pretensión, es una solicitud que hace el apoderado de la parte demandante al despacho.

A LA SEXTA: No es una pretensión, es una solicitud que hace el apoderado de la parte demandante al despacho

III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

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, como lo indica la 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 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 contenida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, y la situación del solicitante sea igual a la resuelta en la sentencia de unificación invocada, la entidad está obligada a examinar si sobre este punto de derecho existe un precedente de la Corte Constitucional para aplicarlo en forma preferente.

El 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.

El deber legal de extensión jurisprudencial, ha dicho la Corte Constitucional⁸ no desconoce la preeminencia de la Legislación como fuente de derecho para ejercer su función conforme a la Ley, al punto que la misma se halla en posibilidad de abstenerse de aplicar el precedente contenido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado y negarse a la extensión de tal jurisprudencia - conforme a la ley, apartamiento administrativo que tendrá que ser expreso y razonado como fue el que realizó el SENA en la comunicación No. 2-2012-014381 del 28 de agosto de 2012, mediante la cual la entidad que represento dio respuesta a la solicitud de extensión de la jurisprudencia para la liquidación de la pensión de jubilación que le reconoció el SENA, al hoy demandante, citando como referencia la Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2012 por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Por otro lado señor Juez, de la lectura de la Resoluciones No. 00369 de 23 de abril de 2001, que militan en el expediente administrativo de la demandante señora Francia Elena Velasco de Marrugo, se evidencia con facilidad que al demandante se liquidó con todos los factores que señalo a continuación:

1. Asignación Mensual
2. Sueldo de vacaciones
3. Subsidio de Alimentación
4. Prima de servicios (junio y diciembre)
5. Prima de Navidad
6. Prima de vacaciones
7. Bonificación por servicios Prestados
- 8 Bonificación por recreación
9. Horas extras

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 pensionales 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 cuenta factores salariales que no debieron hacer parte como factor salarial para efectos pensionales y solicito que sean excluidos los siguientes una vez el despacho se pronuncie, Sueldo de vacaciones, bonificación por recreación y Primas de Navidad y Vacaciones.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección "A". C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00638-01(0330-10).

De acuerdo con las Resolución No. 00369 del 23 de abril de 2001, 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 1º 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 1º de abril de 1994 al 22 de noviembre de 2000 (día en que causo el derecho a la pensión de jubilación), de acuerdo con los siguientes factores: - Sueldo básico, Subsidio de Alimentación, Sueldo de vacaciones, Recargo Nocturno, Bonificación por servicios prestados, Prima de servicio de junio, prima de servicio de diciembre, Prima de navidad, bonificación por recreación.

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

La señora Francia Elena Velasco de Marrugo, nació el 22 de noviembre de 1945 y laboró en el SENA desde el 8 de agosto de 1977 al 28 de noviembre de 2000 (23 años ,3 meses y 20 días).

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

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

Los incisos segundo y tercero del artículo 36 textualmente prescriben:

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

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

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

Las condiciones aplicables del régimen anterior son: "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez" y la misma norma dispone que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

"Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado.

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

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

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

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

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

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

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

Resulta oportuno señalar, que incluso antes de la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral, en los eventos en que los servidores públicos realizaban cotizaciones tampoco lo hacían sobre el total de lo devengado, sino que la ley fijaba los factores salariales para esos efectos; así el tema fue regulado inicialmente en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y luego en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del anterior, que en esencia contemplaba los mismos ²conceptos salariales a que hoy en vigencia de la Ley 100 de 1993, se refiere el Decreto 1158 de 1994 para integrar el salario base de cotización en materia pensional de los servidores públicos.

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

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

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

"En síntesis, la Corte ordenará al SENA que reliquide la pensión de vejez de Carlos Alberto Osorio Mahecha, teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y por consiguiente tiene derecho a que se le aplique el régimen anterior en cuanto se refiere a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez (entendido como porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación). Asimismo, que por ser ese régimen de carácter general, y por haberle faltado al peticionario más de diez años para pensionarse cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, tiene derecho a que se tome como ingreso base de liquidación pensional, alguno de los dos promedios establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Finalmente,

²M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

ordenará al SENA que reliquide la pensión teniendo en cuenta los factores constitutivos del ingreso base de liquidación según los decretos 691 y 1158 de 1994, sin incluir los viáticos permanentes que no aparezcan expresamente consagrados en ellos. En cualquier caso, el actor deberá ejercer los medios de defensa ordinaria en un término de cuatro (4) meses,

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

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

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

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

La Ley 100 de 1993 derogó los regímenes pensionales que existían previamente a su expedición y creó un régimen unificado de seguridad social. No obstante, en aras de proteger las expectativas de quienes se encontraban próximos a cumplir con los requisitos establecidos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en el régimen anterior, el legislador estableció un régimen de transición. En cuanto a los Congresistas, el Decreto 1293 de 1994 ordenó la incorporación de todos los funcionarios del Congreso, incluidos los Senadores y Representantes al Sistema General de Pensiones, dejando a salvo sólo los cobijados por el régimen de transición. En este orden de ideas, la Corporación ha definido el régimen de transición como "un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo." [84]

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

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

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

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

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

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

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

en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."

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

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

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

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

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

(i) para quienes el 1º de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) "el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta" para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo "cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE". (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1º de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del

³⁴ artículo 21 de la Ley 100, el cual indica:

"ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, el núcleo de las controversias sobre la forma de liquidar la pensión del demandante en régimen de transición ya no es si los factores enlistados en la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año son o no taxativos, sino si el Ingreso Base de Liquidación de la pensión y los factores que conforman la base de liquidación hacen o no parte del régimen de transición. Este interrogante debe despejarse, por las razones ya anotadas, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional que coincide con la de la Corte Suprema de Justicia, que precisa que el beneficio derivado del régimen de transición consiste en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con **los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo y que el Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36.** Para las entidades públicas, los factores señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, es restrictiva, como venía interpretándose jurisprudencialmente antes del 4 de agosto de 2010, ya que sobre esos factores es que la entidad puede estimar las reservas presupuestales que debe

³ Sentencia de febrero de 1989, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia

⁴ Sentencia T-581 de 2011

hacer para pagar los aportes en la respectiva vigencia, tal como lo señala el mismo artículo:

*"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. // Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, **estará constituida por los siguientes factores**, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".*

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

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

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

La interpretación hecha en la sentencia invocada por el actor de la presente demanda, va en contravía del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que establece como principio constitucional *"la sostenibilidad financiera del Sistema"* pensional, y señala que ***"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones"***; también va en contravía del texto del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto dispone: *"... tendrá derecho a que... se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".*

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

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

Para llegar a la interpretación que señala la sentencia invocada del 4 de agosto de 2010, la Sección Segunda se remite al análisis del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que en nuestro criterio no es aplicable, porque ese Decreto que señala una larga lista de factores salariales para la liquidación de la pensión, fue expedido en vigencia del Decreto Ley 3135 de 1968, que establecía una forma diferente de liquidar la

pensión de jubilación, señalando en su artículo 27 que ésta se liquidaba con el 75% "del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio".

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

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

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

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

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

CONCLUSION

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

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

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

para reunir los requisitos de causación de la pensión, el señalado en el artículo 21 de la Ley 100, o sea, "el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión. Actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE."

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

SOLICITUD

Señor Juez Ante una remota condena de la entidad que represento, solicito muy respetuosamente al juzgado, se pronuncie expresamente sobre los **aportes a pensión y salud** que deberán efectuarse, indicando el tiempo de liquidación de los mismos, porcentaje a cargo del Sena y del Demandante, e indicación expresa que COLPENSIONES y la EPS que estarán obligados a recibir el pago de los aportes que disponga el fallo judicial sin cobrar al SENA mora alguna y ordene excluir como factores salariales para efectos pensionales lo siguiente. Sueldos de vacaciones, Bonificación por Recreación, prima de navidad y vacaciones reconocidas al demandante en Resolución. No. 00369 de 23 de abril 2001.

EXCEPCIONES

Excepción Previa

Respetuosamente propongo las siguientes excepciones de previa:

FALTA DE COMPETENCIA: Solicito señor juez declarada probada la excepción de falta de competencia sobre el tema por cuanto la competencia sobre el asunto para conocer de la respuesta de la petición no. 2-2012-014381 del 28 de agosto de 2012, mediante la cual la entidad que represento NEGO la solicitud de extensión de la jurisprudencia realizada por el hoy demandante el 14 de agosto de 2012 con el No.1-2012-017953, es el Consejo de Estado en los términos que señala el artículo 269 del CPACA.

Así mismo el numeral 3 del artículo 102 del CPACA, señala "*....si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recurso administrativo ni a control jurisdiccional respecto de lo negado...*" subrayado nuestro.

Por lo tanto el juez Contencioso administrativo, no es el competente para declarar la nulidad solicitada por el demandante del oficio No. 2-2012-014381 del 28 de agosto de 2012 que negó la extensión de la jurisprudencia para la reliquidación de la pensión de jubilación que le reconoce el SENA al demandante, citando como referente la Sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2012 por la sección Segunda del Consejo de estado.

NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODO LOS LITISCONSORCIO NECESARIO (Art. 97 C.P.C, art. 145 del C. P- del T. y de S.S.)

Solicito señor Juez, por considerar que los efectos del fallo afectan a las siguientes entidades y ante esto surge la necesidad de vincular a COLPENSIONES (antes ISS), para no generar nulidades posteriores; ya que ésta Entidad tienen directa relación con el cumplimiento de cualquier acuerdo que se llegare a concretar entre las partes, o con los efectos de una orden judicial de generarse un proceso que culmine en sentencia definitiva desfavorable al SENA.

2. INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - Por no demandar todos y cada uno de los actos que constituyen y contienen la totalidad de la voluntad de la Entidad que represento.

Señor Juez la parte actora debió demandar en el sub examine la Resolución No.00369 de 23 abril de 2001, pues este acto administrativo, contiene la manifestación de voluntad de la Administración que se pretende atacar, es decir, la decisión respecto de la reliquidación pensional con los fundamentos jurídicos y de hecho que estima el demandante contrarios a la Ley y que constituyen en últimas el objeto de la acción impetrada.

Así la cosa, como la Resolución No.00369 de 23 abril de 2001 no fue enjuiciada, se genera en el asunto estudiado una proposición jurídica incompleta.

Respetuosamente propongo las siguientes excepciones de fondo:

DECAIMIENTO DE LOS ACTOS ACUSADOS:

Ahora bien, obra en expediente administrativo aportado con la contestación de la demanda la Resolución 002060 del 29 de julio de 2003 el ISS (hoy COLPENSIONES) le reconoció pensión de vejez a el demandante, en consecuencia el SENA mediante Resolución No. 00215 del 17 de febrero de 2004, declaro la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones No.00369 del 23 de abril de 2001, en cuanto a la obligación de pagar el 100% de la mesada pensional en virtud de la COMPARTIBILIDAD pensional (COLPENSIONES – empleador), a partir del 22 de noviembre de 2000.

Sobre la posibilidad de que los actos que han perdido fuerza ejecutoria puedan ser demandados ante la jurisdicción contenciosa, el Consejo de Estado¹, ha considerado que pueden tener control jurisdiccional, en los siguientes términos:

"Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación, que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca, un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica".

(...)

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiéndose que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

(...)

Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo sobrevive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido una de sus características principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir

(...)"(Negrilla fuera de texto)

El anterior criterio jurisprudencial, en criterio de la suscrita, es aplicable cuando se está en presencia, de una acción de nulidad en la que se debate la legalidad de un acto administrativo en interés general con el fin de salvaguardar el orden jurídico abstracto, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento y su concordancia con el régimen jurídico, que debió respetar tanto en su jerarquía normativa como en el procedimiento para su expedición, procediendo en consecuencia su nulidad sin importar que respecto del referido acto se haya producido su decaimiento.

No ocurre lo mismo, cuando se está en presencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues ésta se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación, propósito este último que no se puede cumplir cuando se ha producido el decaimiento del acto, pues cuando ello ocurre, ha perdido una de sus características principales, cual es, el de ser ejecutorio lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir. La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita al hecho de la producción de efectos jurídicos aún en contra de la voluntad de la administración, pues se presume su legitimidad hasta que exista un pronunciamiento judicial que decreta su nulidad.

En ese orden de ideas, como quiera que respecto de los actos administrativos demandados operó el decaimiento, y en consecuencia, perdieron su fuerza ejecutoria, lo que significa que no pueden ser cumplidos, y en consecuencia, si se declarara su nulidad parcial como se solicita en la demanda, no podría ordenarse el restablecimiento consistente en el reajuste de la pensión que le fuera reconocida a la demandante en las aludidas Resoluciones.

INEXISTENCIA DE CAUSA JURIDICA PARA PEDIR INDEBIDA INTERPRETACION.

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

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

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

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

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

Lo primero que resulta necesario aclarar sobre este artículo es que el SENA es una entidad del orden nacional, por lo cual todos sus empleados incluyendo el demandante son del orden nacional;

¹ Sentencia: 11 de mayo 2006, Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera. Consejero ponente: Martha Sofía Sanz Tobón, Bogotá D.C, Expediente No.76001-23-33-000-2000-01681-01(2000-1681).Actor Compañía de Seguros S.A

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

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

Por ende, no es procedente legalmente en virtud de las normas transcritas en la contestación de esta demanda, tomar para liquidar la pensión factores adicionales a los anotados anteriormente como base de aportes o cotizaciones para pensión.

Por lo anterior, al pagar los aportes para Seguridad Social para Pensión del demandante al ISS, el SENA obró conforme a lo dispuesto expresamente en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE INTERESES DE MORA (INDEXACION)

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

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

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

COMPENSACION

Obliga en derecho su proposición por derecho procesal y en todo lo que favoreciere los intereses de la parte que represento.

PAGO

Obliga en derecho su proposición por derecho procesal y en todo lo que favoreciere los intereses de la parte que represento.

PRESCRIPCION

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

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

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

COBRO DE LO NO DEBIDO

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

Al demandante se le reconocieron los siguientes factores:

1. Asignación Mensual
2. Sueldo de vacaciones
3. Subsidio de Alimentación
4. Prima de servicios (junio y diciembre)
5. Prima de Navidad
6. Prima de vacaciones
7. Bonificación por servicios Prestados
- 8 Bonificación por recreación
9. Horas extras

LA GENERICA

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

ANEXOS:

1. Copia del poder otorgado por el Director Regional Bolívar
2. Copia de documentos que acreditan representación legal como resolución de nombramiento, acta de posesión y facultad delegada
3. Copia de Expediente Administrativo del señora MEDARDO JOSE GARCIA SANTOS

PRUEBAS

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

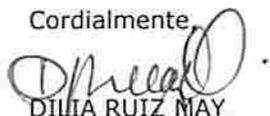
OTROS ASPECTOS DE ESTA CONTESTACION DE DEMANDA

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

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

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

Cordialmente,



DILIA RUIZ MAY

C.C No.45.473.687 de Cartagena.

T.P 60.229 del C.S. de la J.

755 folios