



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00451-00
Demandante: NOELIA MARIA ALVARADO SÁNCHEZ
Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia –RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Noelia María Alvarado Sánchez en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Noelia María Alvarado Sánchez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del artículo 1º de la Resolución No. 000620 del 9 de abril de 2003, mediante la cual la entidad demandada reconoció una pensión de jubilación a la actora.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 001900 del 30 de septiembre de 2005, mediante la cual se modificó la resolución anterior.

Se declare la nulidad del Oficio No. 2-2016-003063 del 7 de abril de 2016, mediante el cual la entidad demandada negó el reajuste de la pensión a la actora.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene y condene al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA:

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios, a saber: asignación básica mensual, subsidio de alimentación, bonificación anual, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo por vacaciones, bonificación por recreación, ajuste de la asignación mensual, ajuste de la bonificación anual, ajuste de la prima de servicios de junio y diciembre, ajuste del sueldo de vacaciones, horas extras diurnas y horas extras nocturnas, con una tasa de reemplazo del 75% de conformidad a lo dispuesto por la Ley 33 de 1985.

Reajustar la pensión de la actora mes por mes y año por año desde el 1º de mayo de 2003 y hasta la fecha, teniendo en cuenta los valores que resulten del numeral anterior.

Indexar las sumas correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y los valores cancelados desde el 1º de mayo de 2003, en adelante y hasta la fecha en que se reconozca lo pretendido.

Reconocer y pagar los intereses de mora sobre los dineros provenientes del reajuste pensional a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

Condenar al pago de gastos, costas procesales y agencias en derecho.

Cumplir con la sentencia en los términos consagrados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl. 26):

La demandante nació el 3 de noviembre de 1947 y causó su derecho pensional el 1º de mayo de 2003.

La señora Alvarado laboró en calidad de empleada pública desempeñándose en el cargo de Instructora grado 18 del Centro de Manufactura en textiles y cuero de Bogotá.

Mediante la Resolución No. 000620 del 2003, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA reconoció pensión de jubilación a la señora Noelia María Alvarado Sánchez.

A través de la Resolución No. 001900 del 2005, se resolvió un recurso de reposición y se modificó el numeral 1º de la Resolución No. 000620 del 2003.

La entidad demandada para el reconocimiento pensional tuvo en cuenta el 75% de los siguientes factores: asignación básica, subsidio de alimentación, horas extras diurnas y nocturnas, recargo nocturno, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y viáticos.

La demandante presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada el 11 de marzo de 2016, mediante el cual solicitó la reliquidación de su pensión de con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

El SENA mediante Oficio No. 2-2016-003063 del 7 de abril de 2016, negó a la actora la anterior petición.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita los artículos 2, 6, 25, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia; artículo 4º de la Ley 4ª de 1966; Decreto 1743 de 1966; numeral 3º del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y numeral 3º del artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

Señaló que la señora Alvarado cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicio, establecidos para ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, tiene derecho a que su pensión se liquide con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, esto es, en el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2002 y el 30 de abril de 2003, a saber: asignación básica mensual, subsidio de alimentación, bonificación anual, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo por vacaciones, bonificación por recreación, ajuste de la asignación mensual, ajuste de la bonificación anual, ajuste de la prima de servicios de junio, ajuste del sueldo de vacaciones, horas extras diurnas y horas extras nocturnas.

Señaló que dicha reliquidación es procedente de conformidad a la disposición adoptada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 55 a 73).

La apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la entidad que representa liquidó la pensión de la actora de conformidad al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tal razón tuvo en cuenta los factores salariales sobre los cuales aportó para pensión.

Adujo que se debe tener en cuenta el criterio unificado de la Corte Constitucional desde el año 2015, que refiere a la manera de liquidar las pensiones inmersas en el régimen de transición.

Señaló que el Consejo de Estado desconoció el fallo de constitucionalidad proferido por la Corte Suprema de Justicia y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, afirmó que la Corte Constitucional en la sentencia SU 427 de 2016, reiteró que el IBL a tener en cuenta para liquidar las pensiones es el general.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"PRESCRIPCIÓN DE LAS DIFERENCIAS RECLAMADAS SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES"*, al señalar que al 11 de marzo de 2016, fecha en que solicitó la reliquidación de la pensión transcurrió el fenómeno prescriptivo de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y (ii) *"PRECISIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON LA EFECTIVIDAD FISCAL DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN RECONOCIDA AL DEMANDANTE"*, al indicar que el Instituto De Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a la actora mediante la Resolución No. 048813 del 18 de octubre de 2007, con efectos fiscales a partir del 3 de noviembre de 2002.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: La denominada "*PRECISIÓN PREVIA EN RELACIÓN CON LA EFECTIVIDAD FISCAL DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN RECONOCIDA AL DEMANDANTE*", encuentra el Despacho que las consideraciones que la fundamentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 4 de abril del año en curso (Fls. 104 a 109), en la etapa de alegatos las partes alegaron de conclusión.

El apoderado de la parte demandante, se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando al Despacho que se ordene el reajuste de la pensión con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios

Por su parte, el apoderado de la parte demandada manifestó que las resoluciones proferidas por la entidad que representa se encuentran revestidas por la presunción de legalidad, toda vez que los factores tenidos en cuenta por la entidad al momento de su reconocimiento son los que devengó la actora al momento de adquirir el derecho.

De otro lado, hizo énfasis en la sentencia de la Corte Constitucional C-258 del 2013, la cual se debe tener en cuenta al momento de reajustar las pensiones.

Señaló que existe una pérdida de ejecutoria de la resolución mediante la cual reconoció la pensión de la actora, puesto que con posterioridad el Seguro Social asumió el pago de la prestación a favor de la actora.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 4 de abril de 2017 (Fls. 104 a 109), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- Si a la demandante le asiste derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios de conformidad con lo previsto en el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, esto es, en los términos de la Ley 33 de 1985.

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 000620 del 9 de abril de 2003, mediante la cual el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la actora, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 5 a 9).

2.2. Copia simple de la Resolución No. 001900 del 30 de septiembre de 2005, mediante la cual la entidad demandada resolvió un recurso de reposición en contra de la anterior Resolución, con su respectiva constancia de notificación (Fls. 10 a 17).

2.3. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA el 11 de marzo de 2016, mediante el cual la actora solicitó la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (Fls. 18 a 20).

2.4. Copia simple del Oficio No. 2-2016-003063 del 7 de abril de 2016, mediante el cual la entidad demandada negó la solicitud de reajuste de la pensión a la actora (Fls. 21 a 23).

2.5. Copia simple de certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto, en la que relaciona el tiempo de servicios prestados por la actora en la entidad demandada (Fl. 27).

2.6. Copia simple de certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto, en el que relacionan los factores salariales devengados por la actora en los años 2002 y 2003 (Fls. 26 y 27).

2.7. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la actora (Fl. 4).

2.8. Copia simple de los antecedentes administrativos de la señora Alvarado obrantes en cuaderno separado, en los cuales se encuentran las Resoluciones Nos. 048813 del 18 de octubre de 2007 y 03451 de 9 de diciembre de 2008, mediante las cuales el Instituto del Seguro Social reconoció una pensión de vejez y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria de las Resoluciones Nos. 000620 del 9 de abril de 2003 y 001900 del 30 de septiembre de 2005.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, así como realizar un análisis de la normatividad aplicable al asunto de la referencia, que consagra los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones, en los términos de la Ley 33 de 1985.

Al respecto, la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 36 consagró:

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

Entonces se observa, que el régimen de transición es un beneficio a aquellas personas que al cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

En consideración a lo precedido, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispuso:

“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 (...).”
(Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el artículo 3º de la precitada Ley menciona los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, de la siguiente manera:

“Artículo 3º. 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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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. (Negrillas fuera de texto).”

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

“Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; **primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación**; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...).”

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Victor Hernando Alvarado Ardila, en el expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), en providencia de 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de 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, anotando lo que sigue:

“(..) 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.**

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma

como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.¹ (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, estableció lo siguiente:

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

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...)**.² (Negrillas fuera de texto).*

Posición reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón³, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la "retribución", es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la "habitualidad", es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

Posteriormente, la Corte Constitucional dentro del proceso No. T-3.558.256 en la sentencia de unificación 230 del 29 de abril de 2015, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se apartó de la posición establecida por el Consejo de Estado en cuanto al IBL a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, considerando lo siguiente:

(...) Como se evidencia, la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

² Ibidem.

³ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

(...)

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

(...)

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

"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 retirado 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 3 del artículo 36 citado."

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado."

Del precedente normativo, se advierte que la Corte Constitucional considera que la liquidación de la pensión de jubilación se debe realizar con el promedio de los últimos 10 años laborados, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y no por el último año de prestación de servicios, en razón a que para efectos de liquidar las pensiones que se encuentran cobijadas por el régimen de transición, únicamente se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado el ingreso base de liquidación, conformado por los factores salariales.

Posición que ha mantenido la Corte, teniendo en cuenta, que con anterioridad profirió la Sentencia C-258 de 2013, mediante la cual estableció que el ingreso base de liquidación a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios cobijados por el régimen de transición, es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Criterio que no se hace extensible a todas las pensiones, pues como se mencionó anteriormente, es aplicable únicamente a altos funcionarios, con fundamento en el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política.

A continuación, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado a efectos de establecer la línea jurisprudencial en materia pensional se pronunció en providencia de 25 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y la Universidad Pedagógica, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, precisó que el monto de las pensiones no solo está integrado por el porcentaje de la pensión, sino también por el ingreso base de liquidación, siendo este a la vez conformado por los factores salariales devengados por el titular del derecho pensional, sustentando lo que sigue:

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no sólo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección.

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

"Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

*"Monto, según el diccionario de la lengua, significa "Suma de varias partidas, monta." Y **monta** es "Suma de varias partidas." (Diccionario de la Lengua "Española", Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).*

*"Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra "**monto**" que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto**, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A". Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de Septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).
(...)"*

De otra parte, en la citada jurisprudencia la Máxima Corporación de lo Contencioso reiteró la tesis de unificación que se ha estado aplicando, en el sentido de incluir en las reliquidaciones pensionales la totalidad de los factores salariales devengados en el año

anterior al retiro del servicio, en observancia a que estos asuntos en la jurisdicción contenciosa administrativa corresponden a regímenes especiales del sector público.

En el referido pronunciamiento, señaló:

*"(...) De otra parte, es del caso indicar que el tema en comento fue objeto de estudio en la sentencia del 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente No. interno 0112-2009, a la cual ya nos referimos, en la que se unificó el criterio del reconocimiento de los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia en la que se reiteró como debe calcularse dicho monto de las pensiones que se reconocen bajo este régimen y los factores salariales que deben reconocerse como parte integrante del IBL, **apartándose de la enunciación taxativa realizada por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 del mismo año.***

(...)

La Sala no puede pasar por alto que al momento de resolverse el presente recurso se dio a conocer por parte de la Corte Constitucional el contenido total de la Sentencia SU-230 de 2015, en la cual abordó el tema de régimen de transición y señaló como precedente en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen de transición, lo dicho por esa misma Corte en la sentencia C-258 de n2013, a continuación procede la Sala de la Sección Segunda del Consejo de Estado a fijar su posición con respecto a la referida sentencia de la Corte Constitucional.

(...)

En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013 (...)"

De la jurisprudencia en cita, se concluye que las pensiones se deben reliquidar con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el titular del derecho, siendo estos, aquellos conceptos que el trabajador percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, criterio que el Despacho acoge en su integridad.

Finalmente, es menester precisar la vigencia del régimen de transición contenido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de nuestra Carta Política, pues estableció un solo régimen pensional, razón por la cual, no hay ningún tipo de beneficio para aquellas personas que tengan derecho a su pensión a partir del 31 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, con la salvedad de que a las personas que estén cobijadas por el régimen de transición y tengan 750 semanas de cotización, se les mantendrá el mismo hasta el año 2014.

Valga traer a colación la anterior disposición:

*"(...) **Parágrafo transitorio 4º.** El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".*

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)"

Así las cosas, se advierte que el régimen de transición finalizó en el año 2014, fecha para la cual, las personas que se encontraran cobijadas por el mismo y cumplieran los requisitos tendrán derecho a la pensión en los términos del régimen anterior.

Igualmente, dispone que en caso de que el beneficiario del régimen de transición no haya cumplido con los requisitos al año 2014, le será aplicable para efectos de reconocimiento pensional el establecido en la Ley 100 de 1993.

Finalmente, la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU 427 del 11 de agosto de 2016, en la que adujo lo que pasa a citarse:

"(...)

6.11. Ahora bien, el reconocimiento de una pensión de vejez o de jubilación con ocasión del régimen de transición sin tener en cuenta la reseñada hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede derivar en un abuso del derecho⁴ de quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas de los regímenes

⁴ En la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se consideró que "en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue."

prestacionales preconstitucionales, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico.

6.12. *En ese sentido, este Tribunal ha aclarado que cuando, para estos efectos, se utilizan los conceptos del abuso del derecho y fraude a la ley, no se trata de establecer la existencia de conductas ilícitas o amañadas, sino del empleo de una interpretación de la ley que resulta contraria a la Constitución y como resultado de la cual, la persona accedió a una pensión, por fuera del sentido conforme a la Carta del régimen pensional y que produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación⁵.*

6.13. *Lo anterior, ocurre, por ejemplo, cuando bajo el amparo de una tesis sobre las reglas de la transición y del ingreso base de liquidación defendida por alguna corporación judicial de cierre se obtienen ventajas irrazonables frente a la verdadera historia laboral del peticionario⁶, lo cual "suele presentarse en situaciones en las que servidores públicos beneficiarios del régimen especial anterior a la Ley 100 y cobijados por la transición, obtienen, en el último año de servicios, un incremento significativo de sus ingresos que en realidad no corresponde con su vida laboral, y por el contrario, representa un salto abrupto y desproporcionado en los salarios recibidos en toda su historia productiva (...)."*

6.14. *En dichos eventos, como se sostuvo en la referida Sentencia C-258 de 2013, los aumentos significativos de los ingresos del funcionario en sus últimos años de servicios derivan en una pensión que no guarda ninguna relación con los aportes que acumuló en su vida laboral, imponiéndole al Estado la obligación de proveer un subsidio muy alto para poder pagar la pensión reconocida. En ese sentido, especial mención requieren los casos en los que existen vinculaciones precarias en cargos con salario elevados en virtud de los cuales "se produce el aumento del ingreso base de liquidación, a través de figuras como las suplencias en el caso de los Congresistas, el encargo en el caso de Magistrados, y la provisionalidad, en los demás casos (...)."*

(...)"

Con lo anterior, quiere decir la Máxima Corporación Constitucional que resulta arbitrario el hecho de que para el reconocimiento o reajuste pensional en los casos en que se tengan en cuenta los últimos aumentos de los ingresos percibidos por el trabajador, los cuales resultan ser mas significativos que los que devengaba con anterioridad, conlleva a una errónea interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además contraría el Mandato Constitucional, pues *"produce una objetiva desproporción y falta de razonabilidad en la prestación"*.

Bajo los anteriores argumentos, es claro que el tema de la reliquidación pensional ha sido objeto de diferentes pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, Órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y de la

⁵ Cfr. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

⁶ Es pertinente resaltar que para que se produzca este abuso del derecho, el aumento debe ser claramente desproporcionado y debe ser evidente que no corresponde a su historia laboral.

⁷ Como se sostuvo en la Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), *"si bien es cierto la Corte ha avalado la existencia de algunos regímenes pensionales especiales, también lo es que, dado su carácter excepcional y su impacto en las finanzas públicas, sus reglas deben ser de interpretación restringida y no pueden ser extendidas por analogía a casos de servidores no cobijados por ellos."*

contenciosa administrativa, respectivamente, razón por la cual, las referidas Corporaciones pretenden la unificación de criterios con base en los precedentes jurisprudenciales que existen sobre la mentada prestación. Así las cosas, en pronunciamiento reciente la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-615 del 9 de noviembre de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, consideró:

(...)

Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que la señora del Río Arellano adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 4 de junio de 2006. En ese sentido, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la UGPP, por cuanto ello implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esta Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Lo anterior, en plena observancia del artículo 48 Superior, según el cual en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos y donde "el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas". [Negrilla y subrayado fuera del original]

En el caso concreto, el derecho pensional se causó antes de la expedición de la sentencia C-258 de 2013, por tal razón las normas y jurisprudencia utilizadas por las autoridades judiciales accionadas para ordenar la reliquidación pensional eran las que se encontraban vigentes antes de la referida sentencia. [Negrilla y subrayado fuera del original]

8.2.5. Finalmente, en la sentencia C-168 de 1995, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 parcial, 36 parcial y 288 de la Ley 100 de 1993. En esa ocasión, esta Corporación declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos (2) años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, sin hacer referencia alguna acerca de si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación.

Además, la Corte Constitucional a través del Auto 326 de 2014 y la Sentencia SU - 230 de 2015 aclaró "que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013".

(...)

En ese sentido, la Corte Constitucional fijó la temporalidad de la disposición consagrada en la sentencia C-258 de 2013, en el sentido de que las personas que hayan adquirido su derecho pensional con anterioridad a la expedición de la referida sentencia, tendrán derecho a que su prestación se liquide bajo el imperio de las normas vigentes para la época.

Ello quiere decir, que los parámetros establecidos por la Corporación de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 no deben ser aplicados a las pensiones de quienes hayan adquirido su derecho previo a la expedición de la mentada sentencia, salvo que la prestación se haya reconocido de manera ilegal o con inobservancia de los requisitos establecidos en norma.

Por su parte, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección A, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández en providencia del 24 de noviembre de 2016, actor: Luis Eduardo Delgado, demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, en el expediente 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), al resolver una solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, discurrió:

(...)

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos^(...) bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindibilidad de la norma.

(...)

Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del

***régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral.
(...)***

De lo anterior se colige, que a las pensiones amparadas por el régimen de transición se les debe aplicar de manera íntegra y completa la norma anterior, con fundamento en los *principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, razón por la cual, a las personas que hayan adquirido su derecho en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tendrán derecho a que se les liquide su pensión con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, norma anterior, la cual se debe aplicar en su integridad.

Finalmente, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés el 9 de febrero de 2017, profirió sentencia de remplazo del fallo dictado en su oportunidad por la misma sección en el proceso No. 2013-01541-01 (4683-2013), demandante: Rosa Ernestina Agudelo Rincón en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP y la Universidad Pedagógica, en cumplimiento de la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

En el precedente jurisprudencial la Sección Segunda del Órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo hace referencia a los componentes que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando lo que pasa a citarse:

(...)

Los beneficiarios del régimen de transición tienen derecho, según el inciso 2°, en comento a que se les aplique para acceder a la pensión de vejez, el régimen anterior al cual hubieran estado afiliados, en cuanto a edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez.

Analizado el artículo 36 de ley 100 de 1993, es evidente, que el inciso 2, consagra todos los componentes del derecho pensional. Tanto es así, que se refiere expresamente a los elementos edad, tiempo y monto de la pensión y remite al régimen anterior.

Debe recordarse, que en este contexto el monto tiene doble connotación; por un lado es el porcentaje de la pensión y por otro es el resultado obtenido del periodo de ingreso base de liquidación, este último compuesto por el periodo fijado por la ley y salario de ese periodo (se identifica con la base reguladora).

(...)

Escindirse el ingreso base de liquidación del concepto monto y de aplicarse el IBL contenido en la regla prevista en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, a las situaciones fácticas amparadas por el régimen de transición y simultáneamente el inciso 2 ibídem, es generar un nuevo sistema, y ese no fue el propósito inicial del legislador.

Adicionalmente, restringir el concepto salario en materia pensional es desfavorable y regresivo al derecho pensional del afiliado al sistema.

(...)

La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuenta no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales.

(...)"

Con lo anterior, quiere decir que las pensiones inmersas en el régimen de transición deben liquidarse con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad a lo indicado por dicha Corporación, pero en especial por los argumentos esbozados en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario aduce que aplicar el precepto de la Corte Constitucional establecido en las sentencias C-258 del 2013, SU-230 del 2015 y T-615 del 2016, contraria los principios de progresividad y favorabilidad, además de que conllevaría a la vulneración de los derechos laborales de las personas cobijadas por la transición de la norma pensional, razón por la cual, reitera la tesis del Consejo de Estado aplicable en virtud del principio de inescindibilidad normativa.

Finalmente, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio en providencia del 23 de marzo del 2017, expediente No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, actora: Martha Nelly Benavides Noguera, demandado: Tribunal Administrativo de Nariño y otros, rectificó el criterio adoptado en asuntos similares por esta Sección en virtud "del

principio de transparencia y con el fin de salvaguardar los derechos pensionales adquiridos de los ciudadanos”.

Además, hizo referencia al criterio adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T – 615 de 2016 al señalar que no hay que perder de vista la fecha de adquisición del estatus pensional, es decir, que si se consolidó la prestación con anterioridad a la publicación de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU – 230 del 2015, la prestación será reconocida en los términos señalados por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, señaló lo siguiente:

(...)

Así las cosas, las pautas fijadas por la aludida Corporación en las sentencias C-258 de 2013 y de unificación SU-230 de 2015, por regla general, son de obligatorio cumplimiento por todos los operadores judiciales desde el momento mismo de su conocimiento, pues, la primera, estableció la «coherencia de una norma con la Constitución Política», y la segunda, «unificó el alcance e interpretación de un derecho fundamental para casos que tengan un marco fáctico similar y compartan problemas jurídicos».

Por tanto, el precedente de la Corte Constitucional en materia del IBL, en principio, opera desde el momento mismo en que se conoce de la decisión de unificación, pues con ella se hizo extensible la conclusión frente al examen de constitucionalidad para todos los regímenes pensionales.

Sin embargo, por involucrar derechos adquiridos^(...)ese carácter vinculante que se predica de las sentencias emitidas por el máximo órgano constitucional, debe aplicarse en atención al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del cual se encuentran las garantías establecidas en el artículo 53 de la Constitución Política^(...).

Por lo que, para resolver el caso concreto debe determinarse la fecha en que fueron proferidas las sentencias objeto de controversia y aquella en que fue publicitada la SU-230 de 2015, pues no podría exigirse su observancia si la mencionada decisión de unificación no había sido expedida.

(...)”.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Noelia María Alvarado Sánchez, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad parcial de la Resolución No. 000620 del 9 de abril de 2003; la nulidad de la Resolución No. 001900 del 30 de septiembre de 2005 y del Oficio No. 2-2016-003063, mediante las cuales la entidad demandada reconoció una pensión de jubilación a la actora, resolvió un recurso de reposición y

negó la reliquidación de la pensión de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, respectivamente.

En efecto, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido, es menester precisar si es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, fecha para la cual la señora Noelia María Alvarado Sánchez tenía 46 años de edad, pues nació el 3 de noviembre de 1947, tal como se evidencia de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 4 del expediente.

Conforme a lo anterior, se precisa que el régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el expediente, está demostrado que: (i) mediante Resolución No. 000620 del 9 de abril de 2003, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA le reconoció a la actora una pensión de jubilación (Fls. 5 a 8); (ii) mediante Resolución No. 048813 del 18 de octubre de 2007, el Instituto de Seguros Sociales reconoció una pensión de vejez a la actora a partir del 3 de noviembre de 2002 (Fls. 111 a 114 del cuaderno separado) y (iii) mediante Resolución No. 03451 del 9 de diciembre de 2008, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA se declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria de las Resoluciones Nos. 000620 del 9 de abril de 2003 y 001900 del 30 de septiembre de 2005 (Fls. 122 y 124 del cuaderno separado).

De conformidad a lo anterior, es menester revisar si los efectos jurídicos sobrevinientes con la expedición de las Resoluciones Nos. 048813 del 18 de octubre de 2007 y 03451 del 9 de diciembre 2008, por medio de las cuales, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA reconoció la pensión de vejez a la actora y declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones Nos. 000620 del 9 de abril de 2003 y 001900 del 30 de septiembre de 2005, aquí demandadas, siguen vigentes en cuanto al reconocimiento pensional de la demandante Noelia María Alvarado Sánchez.

Así las cosas, es pertinente hacer referencia a la pérdida de ejecutoria de un acto administrativo, la cual se encuentra descrita en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, según el cual:

“Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.**
5. Cuando pierdan vigencia.” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

De lo anterior se colige, que entre otros es causal de pérdida de la obligatoriedad y de los efectos coercitivos de un acto administrativo, el cumplimiento de la condición resolutoria allí contenida, evento en el cual, desaparece de la vida jurídica y no genera efecto alguno, es decir, carece de eficacia.

Ahora bien, el artículo 127 de la Constitución Política consagra la posibilidad de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, salvo los casos expresamente determinados por la Ley, como lo es el asunto de la referencia, en consideración a que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, mediante Resolución 000620 del 9 de abril de 2003, dispuso en su artículo 2º de la parte resolutoria:

“ARTICULO SEGUNDO: “CONDICIÓN RESOLUTORIA”: El SENA pagará el valor total de la mesada a que se refiere el artículo anterior, hasta cuando el Seguro Social le reconozca a la peticionaria la pensión de vejez con base en las cotizaciones que para ese efecto le ha hecho esta Entidad, momento a partir del cual, en virtud de la COMPARTIBILIDAD entre las dos pensiones, quedará de cuenta del SENA únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión asumida por el Seguro Social y la que corresponde por este Acto. (...)”

De conformidad a lo anterior, se evidencia que dicha condición se cumplió cuando el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión de vejez a la actora mediante la Resolución No. 048813 del 18 de octubre de 2007, razón por la cual, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA a través de la Resolución No. 03451 del 9 de diciembre de 2008, declaró la pérdida de ejecutoria de los actos demandados con el asunto de la referencia.

Este último acto administrativo se notificó de forma personal a la demandante el 12 de diciembre de 2008 (Fls. 125 del cuaderno separado), motivo por el cual se encuentra en firme, pues no se evidencia con las documentales obrantes en el expediente que en

contra de la misma se haya interpuesto recurso alguno, por lo que goza de la presunción de legalidad.

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que al haberse declarado la pérdida de fuerza de ejecutoria de las Resoluciones Nos. 000620 del 9 de abril de 2003 y 001900 del 30 de septiembre de 2005, demandas en el asunto de la referencia, conlleva a un imposible jurídico, pues dicha declaratoria implica la desaparición de sus atributos y en consecuencia la capacidad para producir efectos jurídicos.

De otro lado, la parte actora solicita la nulidad de la decisión del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA contenida en el Oficio No. 2-2016-003063 del 7 de abril de 2014, en el que señaló que no hay lugar a reliquidar la pensión que devenga en consideración a que se reconoció de conformidad al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, se tuvo en cuenta la edad, tiempo de servicios y monto de la prestación, dejando de lado el ingreso base de liquidación, tal como lo dispuesto la Corte Constitucional.

En ese sentido, si bien el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA es la entidad ante quien se debió solicitar el reajuste pensional, lo cierto es que desde el momento en que el Instituto de Seguros Sociales reconoció la prestación a favor de la señora Alvarado, la entidad acá demandada no tiene a su cargo reconocimiento alguno, máxime cuando la misma a través de acto administrativo declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria de las Resoluciones que en principio reconocieron la pensión.

Entonces, la señora Alvarado tenía hasta el 18 de octubre de 2007, fecha de expedición de la Resolución por medio de la cual el ISS reconoció pensión de vejez a la demandante, para reclamar ante el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA el reajuste, pues hasta esa fecha la prestación seguía a su cargo.

Así las cosas, ante la imposibilidad de declarar la nulidad de los actos administrativos que no generan efecto alguno y que desaparecieron de la vida jurídica producto de la configuración de la causal de pérdida de ejecutoria de los actos administrativos de que trata el numeral 4º del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, referente al cumplimiento de la condición resolutoria en él consagrada, el Despacho habrá de negar las pretensiones de la demanda.

En esa medida, al carecer los actos demandados de efectos jurídicos se impone denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 26 de mayo de 2017 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. 026.</p> <p> ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>
