

Cartagena de Indias D.T. y C., veintitrés (23) de octubre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2016-00071-01
Demandante	LEONOR PEREIRA CABARCAS
Demandado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA
Tema	<i>Reliquidación de pensión de jubilación SENA – El régimen especial de las pensiones del SENA, al cumplirse la condición resolutoria.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 11 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, por la señora LEONOR PEREIRA CABARCAS instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-7 cdno 1

13-001-33-33-002-2016-00071-01

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó en resumen las siguientes pretensiones:

Primero: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 002521 del 2 de noviembre de 2007, por medio de la cual se le reconoce pensión de jubilación.

Segundo: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 03323 del 2 de diciembre de 2008, por medio de la cual se reliquida la pensión de jubilación de la actora.

Tercero: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 03345 del 13 de noviembre de 2009, por medio de la cual se declara la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones No. 002521 del 2 de noviembre de 2007 y 03323 del 2 de diciembre de 2008.

Cuarto: Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2-2016-002751 del 31 de marzo de 2016, por medio del cual le niegan la reliquidación de la pensión.

Quinto: Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada:

- a) Reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta el 75% de los factores devengados en el último año de servicios
- b) De las sumas anteriores, se descuenten las mesadas pensionales ya pagadas.
- c) A las sumas anteriores se ajuste el valor conforme el artículo 192 del CPACA.
- d) Se le descuenten los aportes de ley solo del último año de servicio.

Sexto: Que la condena se ajuste conforme al IPC.

Séptimo: Se ordene el pago de intereses moratorios y comerciales.

Octavo: se condene en costas y se orden el cumplimiento conforme al art. 189 CPACA.

³ Fols. 1-2 Cdno 1.

13-001-33-33-002-2016-00071-01

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Manifiesta que prestó sus servicios al SENA desempeñándose como instructora, hasta el 30 de julio de 2007, sin interrupciones. Arguye que mediante Resolución. 002521 del 2 de noviembre de 2017, la Secretaria General del SENA le reconoció pensión de jubilación en cuantía de \$2.132.506, reliquidando la misma a través de Resolución No. 03323 del 2 de diciembre de 2008, en cuantía del \$2.337.614.

Posteriormente, mediante Resolución No. 03345 del 13 de noviembre de 2009, declaran la perdida de ejecutoria de las Resoluciones 002521 del 2 de noviembre de 2017 y No. 03323 del 2 de diciembre de 2008.

Indica que el 8 de marzo de 2016, presentó solicitud de reliquidación de la pensión, el cual fue resuelto desfavorablemente por medio del acto administrativo No. 2-2016-002751 de 31 de marzo de 2016. Aduce que, debe incluirse en su pensión de jubilación todos los factores salariales devengados hasta el 30 de julio de 2007, cuando se efectuó su retiro definitivo.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes

- Art. 2, 29, 48, 49, 53, 58 y 230 de la Constitución Política
- Ley 4 de 1992
- Decretos Ley 902 y 903 de 1969; 546 de 1971, 1231 de 1973, 717 y 2726 de 1978.
- Decretos reglamentarios 1726 de 1973 y 1660 de 1978.

Afirma que, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora le cobija el régimen de transición de dicha norma, esto es la Ley 33 de 1985 en cuanto a la edad, y tiempo de servicios. En cuanto al ingreso base de liquidación, indica que debe aplicarse el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, vulnerando la entidad los preceptos mencionados por falta de aplicación de los mismos.

⁴ Fols. 3-4 Cdno 1

13-001-33-33-002-2016-00071-01

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. SENA⁵

La entidad demandada tiene como ciertos algunos hechos, en cuanto a las pretensiones de la demanda, solicita que las mismas sean denegadas.

Manifiesta que, para la liquidación de su prestación tuvieron en cuenta el 75% del promedio mensual que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio actualizado con el IPC del DANE. Aduce que, al ser beneficiaria del régimen de transición su pensión fue liquidada con el tiempo de servicio y monto de la pensión del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Respecto a la compartibilidad informa que, la misma se dio entre el SENA-COLPENSIONES, mediante Resolución NO. 014751 del 22 de julio de 2009 del 2 de octubre de 2014 (*sic*), Colpensiones le reconoció al demandante la pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2008, en cuantía de “2.208-844, en consecuencia el SENA mediante Resolución 03345 del 13 de noviembre de 2009, declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria de la Resolución No. 002521 del 2 de noviembre de 2007 y reliquidada por la Resolución No. 03323 del 2 de noviembre de 2008, en cuanto a la obligación a cargo de esta entidad, pagar el 100% del valor total de la mesada pensional, por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sometido su vigencia.

Continúa indicando que, la demandante nació el 16 de junio de 1951 y para el 30 de enero de 2008, completó en el SENA 32 años y 19 días de servicio, por lo que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finaliza puntualizando, que la entidad liquidó la pensión de la actora de acuerdo al precedente fijado por la Corte Constitucional en sus sentencias C-285/203 y SU-230 de 2015, así como los parámetros establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Como excepciones presenta las siguientes: (i); Inexistencia de la causa jurídica para pedir indebida interpretación; (ii) Improcedencia de la solicitud de interés de mora; (iii) enriquecimiento sin causa; (iv) cobro de lo no debido; y (v) Genérica.

⁵ Fols. 52-70 cdno 1



13-001-33-33-002-2016-00071-01

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 11 de diciembre de 2017, el Juez Segundo Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

*“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda incoada por la señora Leonor Pereira Cabarcas en contra del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia
SEGUNDO: Abstenerse de condenar en costas.
(...)”*

Respecto al caso concreto, determinó que la ley 100 de 1993 entró en vigencia el 30 de junio de 1995, para el nivel territorial, por lo que, la señora Leonor contaba con 37 años de edad, pues nació el 16 de junio de 1958, concluyendo que el régimen aplicable es el establecido en el Ley 33 de 1985.

De las pruebas obrantes en el expediente encontró probado que, mediante Resolución No. 02521 del 02 de noviembre de 2007, el SENA le reconoció a la demandante una pensión de jubilación; con posterioridad a través de Resolución No. 3323 del 2 de diciembre de 2008 se reliquidó la pensión de la actora, luego mediante Resolución No. 14751 del 22 de julio de 2009 el ISS reconoció una pensión de vejez a la demandante, finalmente por Resolución No. 3345 del 13 de noviembre de 2009 el SENA declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de los anteriores actos administrativos por ella proferidos.

De conformidad con lo anterior, procedió a estudiar los efectos jurídicos que trajo consigo la expedición de la Resolución No. 14751 del 22 de julio de 2009, por la cual el ISS reconoció una pensión de vejez a la demandante y Resolución No. 3345 del 13 de noviembre de 2009, por la cual el SENA declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de los anteriores actos administrativos por ella proferidos, hizo referencia a la figura de pérdida de ejecutoria de un acto administrativo contenido en el art. 91 de la Ley 1437 de 2011, numeral 4 del mismo.

De lo anterior, es causal de pérdida de la obligatoriedad y de los efectos coercitivos de un actor, el cumplimiento de la condición resolutoria a la que allí contenida, evento en el cual desaparece de la vida jurídica y no genera

⁶ Fols. 221-223 Cdo no 1



13-001-33-33-002-2016-00071-01

efecto alguno. Por otro lado, el art. 127 de la Constitución Política, contempla la posibilidad de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público salvo los casos determinados por la ley, como lo es, el asunto de la referencia, en consideración a que el SENA mediante Resolución No. 02521 del 02 de noviembre de 2007 dispuso en su artículo segundo de la parte resolutive lo siguiente: *“El SENA pagará el valor total de la mesada pensional reconocida por esta entidad, hasta la fecha a partir de la cual el Instituto de Seguros Sociales reconozca al funcionario pensión de vejez con base en la cotizaciones que para tal efecto haya hecho la entidad, en el momento a partir del cual en virtud de la compartibilidad entre las dos pensiones, quedara a cargo directo el SENA, únicamente en ese momento el mayor valor si lo hubiere, entre la pensión asumida por el ISS y la cuota parte que le corresponde al SENA para este acto. Compartibilidad que beneficiará a todas las entidades que les haya cotizado al ISS, en tanto esas cotizaciones hayan sido tenidas en cuenta para reconocer la pensión de vejez”*.

En el caso concreto, dicha condición resolutoria se cumplió cuando el ISS reconoció la pensión de vejez a la demandante mediante Resolución 14751 del 22 de julio de 2009, razón por la cual el SENA a través de la Resolución No. 3345 del 13 de noviembre de 2009 declaró la pérdida de ejecutoria del primero de los actos demandados, en el asunto de la referencia. Este último acto, se notificó a la demandante el día 2 de diciembre de 2009, motivo por el cual se encuentra en firme, debido a que no se evidenció en el expediente que contra el mismo se interpusiera recurso alguno, por lo que determinó que goza de presunción de legalidad.

Finalmente manifestó que al haberse declarado la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos demandados en los que se reconoció y reajustó la pensión de la hoy demandante, la presente demanda constituye un imposible jurídico pues dicha declaratoria constituye la desaparición de sus atributos como actos administrativos, y en consecuencia la capacidad de producir efecto jurídico en la actualidad.

Con relación a la pretensión de nulidad del oficio No. 2-2016-002751 del 31 de marzo de 2016 expedido por el SENA, precisó que desde que el ISS reconoció la prestación a favor de la demandante, era ante esta entidad quien debió dirigirse la reclamación administrativa consistente en la reliquidación pensional, debido a que a la fecha de presentación de la petición ante el SENA ya la prestación en discusión había sido asumida por COLPENSIONES.

13-001-33-33-002-2016-00071-01

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito del 16 de enero de 2018, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando como argumento de inconformidad que no se tuvo en cuenta que la sentencia de la Corte Constitucional fue proferida en virtud a un fallo de la Corte Suprema de Justicia, en la que estableció el IBL con el promedio de los ingresos recibidos en los últimos 10 años de servicios.

Trajo a colación la jurisprudencia del 04 de agosto de 2010, solicitando su aplicación, por constituir precedente de unificación, así como la aplicación de múltiples jurisprudencias del H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto al tema.

De igual forma, solicita se de aplicación al principio de favorabilidad, que no es dable hacerlo en contra del trabajador, debido a que la misma, solo opera cuando hay un conflicto entre normas, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, como en el presente asunto.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 01 de marzo de 2018⁸ se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 22 de agosto de 2018⁹; el señor Agente del Ministerio Público allegó escrito solicitando se aceptara el impedimento manifestado para conocer del presente asunto¹⁰, el cual fue resuelto de manera favorable mediante providencia del 08 de octubre de 2018¹¹, y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 14 de junio de 2019¹².

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Parte demandante: No Presentó escrito de alegatos.

⁷ Fols. 224-232 Cdno 1

⁸ Fol. 2 cdno 2

⁹ Fol. 4 Cdno 2

¹⁰ Fol. 8 cdno 2

¹¹ Fol. 10-11

¹² Fol. 16 Cdno 2



13-001-33-33-002-2016-00071-01

3.6.2. Parte demandada¹³: Presentó escrito de alegatos el 28 de junio de 2019, reiterando los argumentos de la contestación de la demanda, y solicitando se confirme el fallo apelado.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar en primer lugar si:

¿Tiene derecho la señora Leonor Pereira Cabarcas a que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, le continúe pagando el 100% de su pensión de jubilación en la forma como le fue reconocida, sin perjuicio del disfrute de la pensión vitalicia por vejez que le reconoció el Instituto de Seguros Sociales, ISS?

Resuelto el problema jurídico anterior, se entrará a determinar si:

¿Le asiste derecho a la señora Leonor Pereira Cabarcas a que se le reconozca y ordene la reliquidación de la pensión reconocida por el

¹³ Fols. 19-23 cdno 2



13-001-33-33-002-2016-00071-01

SENA, con base en el 75% de lo devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales, por ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó a las pretensiones de la demanda, en atención a que al expedir el SENA el acto por el cual declara la pérdida de fuerza de ejecutoria de la resolución mediante el cual le reconoció la pensión, reserva el derecho a que el ISS la asumiera cuando el afiliado cumpliera los requisitos establecidos para obtener el beneficio en esa entidad, con la obligación del SENA de cubrir solamente el excedente, si lo hubiere. Condición que se cumplió en el presente asunto.

Por otro lado, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con base en el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicio; en atención a que esta es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y de acuerdo con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado, el IBL debe calcularse conforme lo establece la Ley 100/1993, con los últimos 10 años de servicio o lo que le faltare para adquirir el derecho, si es menor, y con los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158/2004 o aquellos sobre los cuales haya cotizado.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Del régimen establecido en la Ley 33 de 1985

La Ley 33 de 1985, dispuso en su artículo 1º, el régimen pensional aplicable a los empleados oficiales que, a la fecha de su entrada en vigencia, aun no hubieran adquirido el status pensional, así:

ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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.

(...)

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán



13-001-33-33-002-2016-00071-01

aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

5.4.2. Régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, como desarrollo del artículo 48 de la Carta Política del 1991, en su artículo 36 reglamentó el régimen de transición pensional, el cual señala que: *“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...”*.

Como se desprende de la norma transcrita, quienes para el 1º de abril de 1994, término de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación (55 años), al tiempo de servicio (20 años) y el monto de la prestación (75%).

En reciente pronunciamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, sostuvo:

“Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.



13-001-33-33-002-2016-00071-01

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será 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.

95. (...)

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

(...)

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los



13-001-33-33-002-2016-00071-01

factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema".

Se concluye entonces, que las personas beneficiarias del régimen de transición tienen derecho a la aplicación de la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y la tasa de reemplazo del 75%; además, los factores salariales sobre los cuales se liquidaría la pensión son aquellos contemplados en el Decreto 1158 de 1994 o aquellos sobre los cuales demuestre haber efectuado cotización.

5.4.3. El régimen especial de las pensiones del SENA.

De acuerdo a la regulación legal existente, el SENA posee un régimen especial, dado que las normas que lo regulan consagraban a favor de sus empleados una pensión de jubilación a los 20 años de servicios y 55 años de edad, pero adicionalmente se estableció la obligación de afiliar a sus empleados al ISS, en las mismas condiciones que los empleados privados, razón por la cual, se generan obligaciones en cabeza tanto del SENA como último empleador, como del ISS, entidad que asumió el riesgo de vejez, en los términos de las normas generales. En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado¹⁴, en donde se analizan todos los pormenores de este tipo especial de pensiones, y del cual se infiere lo siguiente:

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 6 de



13-001-33-33-002-2016-00071-01

- El SENA, posee la obligación de reconocer y liquidar la pensión de jubilación de sus empleados que gocen del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, conforme la normativa anterior (Ley 33 de 1985), hasta la vigencia del Decreto 4937 de 2009.
- Que los empleados del SENA, en calidad de afiliados al ISS, una vez cumplen con las condiciones legales para el reconocimiento de la pensión de vejez, pueden solicitar el reconocimiento de la misma, y el SENA comparte la pensión en la diferencia que exista entre la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la pensión de vejez que reconozca el ISS.
- Que a partir de la vigencia del Decreto 4937 de 2009, que se dio el 18 de diciembre de 2009, las entidades públicas no reconocen directamente las pensiones, pues ellas deberán ser reconocidas por el ISS, hoy COLPENSIONES, y aquellas contribuirán con el financiamiento de la misma a través de la expedición del correspondiente bono pensional tipo T. Es importante resaltar en este punto, que el presente decreto no posee vigencia retroactiva, no solo en aplicación de la regla general que establece la vigencia de la ley hacia el futuro, sino porque así lo consagra el artículo 19 del mismo decreto¹⁵.

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Resolución No. 002521 del 02 de noviembre de 2007, expedida por el SENA, por medio de la cual le reconoce la pensión de jubilación de la actora (Fols. 9-11 y 79-80).

octubre de 2011. Radicación número: 13001-23-10-000-2003-02154-01(0599-11). Actor: RAÚL ANTONIO OSPINO VIZCAINO. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA.

¹⁵ ARTÍCULO 19. VIGENCIA. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el Decreto 1748 de 1995 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias."



13-001-33-33-002-2016-00071-01

- Resolución No. 03323 del 2 de diciembre de 2008, expedida por el SENA, por medio de la cual le reliquida la pensión de jubilación de la actora (Fols. 13-14 y 123-124).
- Resolución No. 03345 del 13 de noviembre de 2009, expedido por el SENA, por la cual se declara una pérdida de fuerza de ejecutoria, se señala el valor de una diferencia pensional y se determinan sumas a restituir (fols. 15-16 y 165-166)
- Certificado de factores devengados (fols. 83 y 118).
- Solicitud de reliquidación pensional presentada por la actora ante el SENA el 09 de marzo de 2016 (fol. 18-20)
- Oficio No. 2-2016-002751 del 31 de marzo de 2016, por el cual el SENA resuelve la solicitud de reliquidación presentada por la actora (fol. 22-23).
- Certificado de tiempo de servicio (Fol.82)
- Registro civil de nacimiento y cedula de ciudadanía de la actora, donde consta que nació el 16 de junio de 1951 (fol. 90 y 92)
- Resolución No. 014751 del 22 de julio de 2009, por el cual el ISS reconoció pensión de vejez a la demandante a partir del 16 de junio de 2006 (fol. 135-138).

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine los actos enjuiciados son las Resoluciones No. 002521 del 2 de noviembre de 2007, por medio de la cual se le reconoce pensión de jubilación por parte del SENA, Resolución No. 03323 del 2 de diciembre de 2008, por medio de la cual se reliquida la pensión de jubilación de la actora por parte del SENA, Resolución No. 03345 del 13 de noviembre de 2009, por medio de la cual se declara la pérdida de fuerza ejecutoria de las Resoluciones anteriores y el Acto administrativo No. 2-2016-002751, por el cual se niega una solicitud de reliquidación pensional elevada por la demandante. Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora Leonor Pereira Cabarcas nació el 16 de junio de 1951, por lo que a la fecha



13-001-33-33-002-2016-00071-01

de entrada en vigencia de la Ley 100/1993, contaba con 42 años de edad, y conforme al certificado que reposa a folio 82, ingresó a laborar de manera ininterrumpida en la entidad desde el 12 de enero de 1972 al 01 de febrero de 2008, por lo que a la expedición de la Ley 100/1993 tenía acreditado un tiempo de servicio de 22 años.

Que se avizora en el expediente Resolución No. 002521 del 2 de noviembre de 2007, expedida por el SENA, por medio de la cual le reconoce la pensión de jubilación que se empezaría a pagar a partir del día que se retirara del servicio, de igual forma se pactó una condición resolutoria que indicaba lo siguiente:

“ ARTICULO SEGUNDO: CONDICIÓN RESOLUTORIA: el SENA pagará el valor total de la mesada a que se refiere el artículo anterior, hasta la fecha a partir de la cual el Seguro social le reconozca a la peticionaria la pensión de vejez con base en las cotizaciones que para ese efecto le ha hecho en la entidad quedando desde ese momento de cuenta del SENA únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión asumida por el ISS y la que corresponda por este Acto, en virtud de la compartibilidad entre las dos pensiones”.

Posterior a ello, a través de Resolución No. 014751 del 22 de julio de 2009 (fol. 135-138), en dicho acto se estableció que la misma se reconocía en virtud a lo contemplado en el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994¹⁶, así las cosas, al tratarse de una pensión legal concedida por el SENA con posterioridad al 17 de octubre de 1985, tenía el carácter de compartida.

Así las cosas, se encuentra probado que, al cumplirse la condición resolutoria aquí citada la cual se materializó con el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, el SENA profiere la Resolución No. 03345 del 13 de noviembre de 2009, por la cual se declara una pérdida de fuerza de ejecutoria,

¹⁶ a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

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

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1º de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuarán con la totalidad de la pensión a su cargo.

13-001-33-33-002-2016-00071-01

se señala el valor de una diferencia pensional y se determinan sumas a restituir (fols. 15-16) respecto a la pensión inicialmente reconocida por dicha entidad a la demandante; la resolución anterior no fue objeto de recurso por la parte demandante.

En concreto, se infiere que a pesar de que los empleados del SENA se encuentren afiliados al ISS, la pensión de jubilación, en principio, es reconocida, de manera temporal, por el SENA, a la luz del régimen establecido para los funcionarios de la Rama Ejecutiva, que, en el presente asunto, es la Ley 33 de 1985, cuyos requisitos para acceder a ella, antes mencionados, no son superiores a los requeridos para la pensión de vejez del ISS y a la que, después, este se subroga en dicha prestación.

Concluye esta Sala que, el SENA tenía la facultad legal para reconocer la pensión de jubilación a la actora, y, más adelante, declarar la pérdida de ejecutoria de esta, con fundamento en el numeral 4 del artículo 66 del CCA¹⁷, hoy 91 del CPACA, cuando el ISS le reconoció la pensión de vejez, sin que ello implique violación al artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹⁸, antes 73 del CCA, de la revocatoria de un acto particular y concreto, sino el cumplimiento de una condición resolutoria. En ese sentido, coincide la Sala con el A-quo, al determinar la legalidad de los actos demandados.

No obstante, esta Corporación al comparar el escrito del recurso de apelación con los argumentos del A-quo para denegar las pretensiones de la demanda,

¹⁷ Código Contencioso Administrativo (CCA). Artículo 66. Modificado por el art. 9, Decreto Nacional 2304 de 1989. «Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:
[...]

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
[...]]»

¹⁸ Artículo 97. «Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.



13-001-33-33-002-2016-00071-01

no encuentra congruencia en el mismo, sin embargo, se procederá a estudiar lo correspondiente a los factores que, a su juicio, no fueron tenidos en cuenta.

Ahora bien, con relación a la pretensión de la reliquidación de su pensión, se encuentra que mediante solicitud presentada el 09 de marzo de 2016¹⁹, la actora solicitó al SENA la mencionada reliquidación, consistente en el 75% promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, sostiene esta Sala que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con base en el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios en primer lugar porque, la Resolución 002521 del 02 de noviembre de 2007²⁰, expedida por el SENA, por medio de la cual le reconoce la pensión de jubilación de la actora, establece que los factores a tener en cuenta serán los aportados en el último año de servicios²¹, y por otro lado, en atención a que esta es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y de acuerdo con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado, el IBL debe calcularse conforme lo establece la Ley 100/1993, con los últimos 10 años de servicio o lo que le faltare para adquirir el derecho, si es menor, y con los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158/2004 o aquellos sobre los cuales haya cotizado, no habiéndose probado en el presente asunto las cotizaciones de los factores aludidos.

Al respecto, es necesario exponer que, como bien quedó sentado en el marco normativo de esta providencia, el Consejo de Estado ha establecido, por medio de sentencia de unificación del año 2018, que el IBL de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93 se calculará de la siguiente manera:

- i) A quien le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión (a la fecha en entrada en vigencia de la Ley 100/93), el ingreso

¹⁹ Fols. 18-20

²⁰ Fols. 9-11 y 79-80

²¹ Los cuales fueron según dicha resolución los siguientes:

- Asignación mensual
- Primera técnica F. Salarial
- Horas extras diurnas
- Horas extras nocturnas
- Recargo nocturno
- Dominicales y festivos
- Bonificación por servicios
- Bonificación por compensación



13-001-33-33-002-2016-00071-01

base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello.

- ii) O si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será 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.

Bajo ese entendido, queda claro para la Sala que a la demandante no le asiste derecho a reclamar la reliquidación pensional con base en el último año de salario, puesto que, el precedente jurisprudencial es claro en determinar que solo pueden tenerse en cuenta para ello, los últimos 10 años de servicios o el tiempo que le hiciera falta a la para adquirir el estatus pensional, desde la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

En el caso de marras, se tiene que la actora cumplió los 20 años de servicio el desde el 12 de enero de 1992, y que los 55 años de edad los cumplió el 16 de junio de 2006, por lo que, desde la entrada en vigencia de la Ley 100/93 (1 de abril/94), le faltaban 12 años, 2 meses, y 15 días, para adquirir el status pensional, plazo éste que es el que se le debía tomar para calcular su IBL. Así las cosas, no le asiste razón a la demandante en este evento, por lo que dicha pretensión se encuentra bien denegada.

Por todo lo anterior, esta Sala de decisión procederá a confirmar la sentencia de primera instancia por encontrarse conforme a las reglas previstas por la jurisprudencia.

5.6. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En el caso concreto, esta Corporación condenará en costas a la parte vencida en esta instancia, esto es, la señora LEONOR PEREIRA CABARCAS, por no prosperarle el recurso aquí incoado.



13-001-33-33-002-2016-00071-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la señora LEONOR PEREIRA CABARCAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No.070 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN