JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
Valledupar, dos (2) de junio de dos mil quince (2015).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE: MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ
DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
RADICACIÓN: 20-001-33-31-001-2014-00096-00.

I. ASUNTO

MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

II. DEMANDA

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

III. PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la resolución **No. 001174** del 20 de Junio de 2007, mediante la cual se reconoce Pensión de Jubilación a la señora **MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ**, expedida por el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**, con el objeto de que se reliquide su Pensión de Jubilación de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en monto correspondiente al 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios y de las demás resoluciones que la modifiquen o confirmen.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene la **RELIQUIDACION DE LA PENSION DE JUBILACION** de la Sra. **MILDRET DEL SOCORRO CABAS DIAZ** de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la **Ley** 33 de 1985, en monto correspondiente al 75% de la **TOTALIDAD** de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

TERCERO: Se reconozcan y paguen las mesadas pensionales comunes y especiales, pasadas y futuras, debidamente indexadas más los incrementos anuales legales.

CUARTO: Se reconozca y pague el retroactivo pensional que resulte de la diferencia entre la mesada reconocida por el SENA y la mesada actualizada y reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

QUINTO: Que las sumas reconocidas se cancelen teniendo en cuenta el ajuste del valor, los intereses causados, y la correspondiente indexación monetaria.

SEXTO: Se cancele interés moratorio.

SEPTIMO: Se ordene el pago de gastos y costas procesales.

OCTAVO: Que se dé el correspondiente cumplimiento a la sentencia en los términos señalados por el C.P.A.C.A.

IV. HECHOS

Los hechos relatados por el demandante se resumen de la siguiente manera:

A la señora **MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ,** mediante resolución **No. 001174** de 20 de Junio 2007, le fue concedida Pensión de Jubilación en suma de $2.071.309 pagadera a partir del 14 de Julio de 2006. Dicha prestación le fue reconocida en virtud del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dentro del cual se encuentra incluida, así mismo, le fue aplicable el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 que exige tener acreditados más de 20 años de servicio en el sector público y la edad de 55 años.

La parte demandante manifestó que no obstante habérsele reconocido la prestación con atención a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 33 de 1985, al momento de liquidar el monto de la pensión no se tomó en cuenta el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, en esta liquidación solo se tuvieron en cuenta como factores salarias la **asignación mensual** y la **bonificación por servicios.** Se aduce en la demanda que la pensión del actor debió ser concedida teniendo en cuenta el 75% del salario promedio resultante de la **TOTALIDAD** de los factores salariales devengados en el último año de servicios, tal como es ordenado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

El día 16 de Agosto de 2012 fue presentada ante el SENA reclamación administrativa solicitando la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. La parte demandante ha expresado en los fundamentos facticos que la petición antes referida no ha sido acogida al menos hasta la fecha de la presentación de la demanda. El día 27 de Noviembre se presentó solicitud de conciliación extrajudicial con los mismos fines pretendidos en la demanda, diligencia que correspondió para su conocimiento a la Procuraduría 76 Judicial para Asuntos Administrativos de Valledupar. Finalmente, el día 13 de Febrero de 2014 fue declarada fallida la solicitud de conciliación y agotado el requisito de procedibilidad.

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Con los actos administrativos que se acusan, la parte demandada, esto es, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA violó las siguientes normas: Art. 53 de la C.N., Art. 36 de la Ley 100 de 1993, Art. 33 de 1985, Ley 62 de 1985.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 instituye: *"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 servicio cotizados, será la establecidas 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. (...).".*

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva Ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

En este sentido, manifiesta la parte demandante que está acreditado que el 1 de Abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que la norma que le es aplicable es la Ley 33 de 1985, situación que no fue discutida por la demandada en la Resolución de reconocimiento inicial ni en los demás actos administrativos que la modifican o confirman.

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 que literalmente expresa:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte años (20) 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 de base para los aportes durante el último año de servicio."

El demandante observa entonces que los actos acusados violan de forma directa la Ley 33 de 1985 en su Artículo 1, debido a que el SENA omitió liquidar la pensión del actor de conformidad con lo establecido en la misma, por lo que los actos administrativos acusados se encuentran viciados por violación de norma de carácter superior. Además de ello, esboza los siguientes argumentos:

Con relación a la forma correcta de liquidar las pensiones de las personas que como en el caso del actor ostentan la calidad de servidores estatales, el Honorable Consejo de Estado ha expuesto que los servidores que se encuentran inmersos en el régimen de transición, a que alude el Articulo 36, inciso segundo, de la Ley 100 de 1993 que garantiza que "La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión... será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados..." se les respeta el monto de la pensión del régimen que se les venía aplicando, siempre bajo el supuesto que son servidores públicos y para efectos jubilatorios se les aplica la Ley 33 de 1985.

Es así como a los servidores públicos como es el caso de la accionante no se le aplica la figura del IBL que contempla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues en la salvaguarda de la aplicación del tránsito de legislación se respeta el monto de la pensión que reglaba el régimen anterior que los gobernaba, por tanto, la asignación pensional es la que corresponde al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Lo anterior en cumplimiento del principio de INESCINDIBILIDAD de la Ley, dado que sería ilógico aplicar, por una parte, la disposición legal anterior en cuanto a la edad, y por otra, la nueva Ley para establecer la base de liquidación de la pensión violándose el principio antes descrito que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales.

Condición más beneficiosa:

Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95: *"La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es la más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no solo cuando existe conflicto entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador"*

En este caso, la sola aplicación del régimen anterior en cuanto a la edad no beneficia a la demandante, por cuanto la Ley 33 de 1985 estableció el mismo requisito de edad que contemplaba el decreto 3135 de 1968. Por lo tanto, no tendría ningún sentido estar dentro de este tránsito normativo, teniendo en cuenta que la finalidad esta excepción es favorecer de

alguna manera al trabajador que tenía próxima su expectativa de pensión.

Por lo expuesto, se aplicará en este caso el régimen anterior a la Ley 33 de 1985, en su integridad..."

PRECEDENTE JUDICIAL – FACTORES SALARIALES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA LA RELIQUIDACION DE LA PENSION DE JUBILACION DEL ACTOR:

La parte demandante invoca como fundamento de derecho y solicita se aplique la extensión de la Jurisprudencia sentada por el Honorable Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda en Sentencia de Unificación de fecha 04 de Agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación 25000-23-25-0000-2006-07509-01(0112-09) donde en un caso similar se resolvió: *"(...) 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 liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente encuancios y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el ultimo año de prestación de servicios (...)"*

Con relación a la observancia del principio de progresividad manifestó en este mismo proveido: (...) *"De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de Jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.*

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos de una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas. (...)

Sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta al momento de la liquidación de pensiones fue claro el Honorable Consejo de Estado en concluir: *"(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores público, 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 extra, 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 enfrentado.

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 quedo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...) "

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, contestó la presente demanda, aceptando como ciertos los hechos 1, 2, 3, 5, 6, 9 y 10; manifestando además que el hecho número 4 no es cierto y que el hecho numero 8 no le consta.

En cuanto a las pretensiones se opone a que se hagan todas y cada una de las declaraciones y condenas presentadas en la demanda y solicita se denieguen todas y cada una de ellas, declarar probadas las excepciones planteadas en el escrito de contestación y condenar en costas del proceso a la parte actora. Dado que la entidad, basada en la interpretación exegética de la Ley aplicó los factores salariales que correspondían para la liquidación de la pensión de la parte actora, pues aplicó la ley 100 de 1993, y la Ley 33 de 1985 que señala la forma de liquidar las mesadas de los pensionados del régimen de transición.

La entidad se opone a que se declare la nulidad de la Resolución No. 001174 del 20 de Junio de 2007, ya que mediante este acto administrativo considera que liquidó legalmente la pensión de jubilación a la señora MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, porque citada la norma, no establece que la pensión se liquide con el 75% de todos los factores salariales durante el último año, como erróneamente se pretende, sino que se liquide con el 75% "del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio", lo cual restringe esos factores base de liquidación a los conceptos que constituyen base de cotización para los aportes pensionales, de conformidad con lo establecido por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, que son los mismos indicados por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, "El salario mensual base para calcular las cotizaciones al

sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo estará constituidos por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual
b) Los gastos de representación
c) La prima técnica cuando sea factor de salario
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y;
g) La bonificación por servicios prestados

Manifiesta la entidad demandada que de los anteriores factores solo los resaltados le son aplicables, por lo cual, la liquidación de la pensión no obedece a un criterio voluntariamente adoptado por el SENA sino determinado legalmente. De igual forma se opone al pago de indexación e intereses moratorios, por cuanto argumenta que dichos conceptos son incompatibles, en tanto a que uno y otro obedecen a la misma causa, cual es prevenir la devaluación monetaria y en consecuencia, equivaldría a un doble pago por la misma razón.

Fundamentación fáctica y jurídica de la defensa.- La posición de la entidad ha consistido en oponerse a las pretensiones de la demanda, fundamentada en que el demandante se encontraba vinculado al sistema general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo establecido en el Decreto 691 de 1994, y en su momento cumplía con los requisitos para ser acreedor de los beneficios del régimen de transición.

Manifiesta la entidad que dado que a la actora le faltaba, para el 1° de Abril de 1994 más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA liquidó la pensión de jubilación de la actora con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, actualizado con el IPC certificado por el DANE, de conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

El artículo 1° de la Ley 33 de 1985, dispone lo siguiente:

"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."

Como se puede observar, la norma antes citada establece que se liquide con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio del trabajador, lo cual restringe esos factores base de liquidación a los conceptos tenidos en cuenta por la entidad al momento de realizar la liquidación, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 (que son los mismo indicados por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985), de los cuales se

indicarán los que son aplicables al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, estos son: asignación básica, bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en la jornada nocturna. Así las cosas, la entidad aduce que al momento de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, tuvo en cuenta los factores salarias establecidos en el artículo 6 del Decreto 691 de 1994 modificado por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994.

Inaplicación de la extensión de la jurisprudencia

En el concepto de violación de la demanda, se solicitó con fundamento en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la extensión de la jurisprudencia de la sentencia del 4 de Agosto de 2010 dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicación 2006-07509, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sin embargo, argumenta la entidad demandada que la sentencia de cuya extensión se pretende no tiene la calidad de sentencia de unificación al tenor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que para poder hablar de una sentencia de unificación jurisprudencial no basta que haya sido emitida por la sala plena o por una de las Secciones del Consejo de Estado, sino que es necesario también que ello se haga conforme a lo previsto en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, el cual no existía para la época en que se expidió la sentencia cuya extensión se pretende. De lo anterior se concluye que la sentencia proferida el 4 de Agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, además de no ser una sentencia de unificación, la parte demandante no cumplió con los requisitos establecidos en la Ley.

Solicitud de vinculación de litisconsorte necesario

La entidad demandada solicitó se configurara un litisconsorcio necesario vinculando a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, en tanto que como consecuencia de una hipotética reliquidación pensional, se originaria el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. No obstante, en Audiciencia Inicial celebrada el 27 de Enero del año en curso, este Despacho no accedió a la solicitud de integración del litisconsorcio necesario.

Propuso como excepciones las siguientes:

Cobro de lo no debido.- Afirma la demandada que al liquidar la pensión incluyó los factores salariales que le correspondían legalmente, por lo cual no adeuda suma alguna por tal concepto, teniendo en cuenta que al demandante le faltaban para el 1° de Abril de 1194 más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, (la causó el 9 de Junio de 2008), que por tal motivo liquidó la pensión de jubilación como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir, con el "setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio", actualizado con el IPC certificado por el DANE.

Prescripción.- Solicita al Juzgado sin que implique reconocimiento alguno, en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, declarar la prescripciones de las mesadas o diferencias de

las mensualidades causadas con tres (3) años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda.

Buena Fe.- La entidad pagó lo que consideró deber a la demandante conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales descritos.

Compensación.- Frente a lo efectivamente pagado conforme a los lineamientos legales y jurisprudenciales transcritos y las demás que resultaren probadas en el transcurso del proceso.

VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de Marzo de 2014, a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 05 de Mayo de 2014 (fl. 24), notificaciones, a las entidades demandadas, al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda. Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, la cual luego de surtirse, se corrió término para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la respectiva sentencia.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada.- Dice que la posición de la entidad por mucho tiempo ha consistido en oponerse, fundamentada en que el demandante se encontraba vinculado al sistema general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo establecido en el Decreto 691 de 1994, y en su momento cumplía con los requisitos para ser acreedor de los beneficios del régimen de transición, en sentido que se le aplica el monto, el tiempo de servicio y la edad para pensionarse conforme a las reglas especiales señalados para trabajadores que laboraron más de 10 años en la rama judicial conforme al Decreto 546 de 1971, y en ese orden de ideas se le reconocería lo establecido en que la edad, el monto de la pensión y el tiempo de servicio de dicho decreto (sic).

Por tanto, no hay lugar a reliquidación de la pensión de vejez, pues se tuvieron en cuenta los factores salariales que correspondía conforme a las certificaciones aportadas al expediente administrativo, y así tenemos que le corresponde al juez en la revisión del proceso y las pruebas obrantes en el mismo, determinar que los actos demandados son nulos, para lo cual es necesario el expediente administrativo y con los cuales se expidieron los actos administrativos relacionados con la pensión de la parte actora. Debe tenerse en cuenta que la financiación de dichas pensiones se realiza en parte con los aportes que realiza el trabajador quien durante su vida laboral no realizó los mismos sobre factores que ahora reclama para que sean tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión.

La parte demandante.- Presentó sus alegatos, afirmando que conforme al acervo probatorio arrimado al expediente se puede deducir claramente que el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el numeral 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual se le debe aplicar la ley 33 de 1985, que para efectos de liquidación de su derecho se le debe aplicar el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

La entidad demandada desconoció la normatividad aplicable para efecto del reconocimiento de la pensión del demandante, violando de esta manera lo dispuesto en la pluricitada Ley 100 de 1993.

Que de acuerdo con el citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez de las personas que como la demandante, se encuentren cobijados por el aludido régimen de transición, será establecida en el régimen anterior, por ende no se pueden aplicar normas distintas a las ya citadas.

El Ministerio Público.- Presentó su concepto, afirmando que conforme a la jurisprudencia y a la normatividad aplicable en material pensional, y conforme al material probatorio visible dentro del expediente, se puede concluir que el demandante, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba cobijado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 inciso 2°, por lo tanto la pensión se le debió reconocer a lo establecido en la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo tanto se le debía liquidar su pensión con base en todo lo devengado por este en el último año de servicios, por lo anterior se le reliquide la pensión a la señora MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ y ordenar el pago del correspondiente retroactivo. Por lo anterior, considera esa agencia del Ministerio Publico que las pretensiones de la actora si están llamadas a prosperar.

IX ACERVO PROBATORIO

- ✓ Poder para actuar (fl.8).
- ✓ Resolución No. 01174 del 20 de Junio de 2007, mediante el cual le reconocen y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez (fl. 9-11).
- ✓ Reclamación administrativa SENA (fl. 14)
- ✓ Acta de Audiencia de Conciliación Extrajudicial (fl.15-18)

Constancia expedida por la Procuraduría 76 Judicial para asuntos administrativos donde se certifica el agotamiento del requisito de procedibilidad

X.- CONSIDERACIONES

10.1-Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad

parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

10.2.-Problema Jurídico.

El Problema Jurídico en el sub-lite, consiste en determinar si en el presente caso procede el reajuste de las mesadas pensionales y su consecuente reliquidación, de la señora MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ, de su pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, además de todos los factores salariales, tales como prima de navidad, prima de servicios y de vacaciones, vacaciones, y bonificación por recreación, devengados en el último año de servicios. Para resolver el mérito del sub lite, se abordará el régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral, en virtud de la Ley 33 de 1985.

10.3.- Normatividad Aplicable al caso en concreto. El régimen de Transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, sus beneficios y su aplicación integral.

El legislador colombiano, bajo el apremio de la regulación del régimen pensional, expidió la Ley 100 de 1993, *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, previendo, que debido a las problemáticas temporales, que se suscitarían con la vigencia normativa, era menester consagrar un régimen de transición, consecuente con las garantías y derechos, de aquellas personas próximas a adquirir la prestación social, en comento.

Al efecto, el artículo 36 de la norma referenciada estipuló lo siguiente:

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

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

Como se observa, dicho artículo, permite el efecto en el tiempo, de normas anteriores a la

entrada en vigencia de la nueva normatividad, en aras de hacer efectivo el respeto a derechos consolidados (Corte Constitucional. Sentencia T-168 de 2009 M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto), con la aclaración, que para el sector público, el Sistema General de Pensiones, entró en vigencia el 30 de junio de 1995.

En cuanto a los regímenes de transición, la Honorable Corte Constitucional, ha señalado[1]:

"El régimen laboral de transición consiste en el cumplimiento de condicionamientos que se establecen en una nueva ley, que modifica situaciones pre existentes, con el fin de proteger derechos adquiridos o en vía de adquisición, que de no haber sido promulgada la nueva ley, se verían beneficiados por la normatividad anterior, que resulta más favorable.

Respecto al régimen de transición en materia pensional concretamente, la Corte señaló en sentencia T-235 de 2002:

"La sustitución de una norma por otra exige la necesidad de un régimen de transición. La existencia de normas transitorias es indispensable en la legislación sobre seguridad social en pensiones porque hay derechos en vía de adquisición.

Se trata de un derecho ex - lege porque nace de una norma que expresamente lo establece y que señala criterios razonables para gozar de la excepcionalidad.

Una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen transitorio, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Es además un auténtico derecho subjetivo que le da a su titular el derecho a que se le reconozca la prestación en las condiciones establecidas en la normatividad anterior y a acudir ante la jurisdicción en caso de incumplimiento."

En materia de pensiones este régimen se encuentra reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual determina que se aplicará a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres; 40 o más años de edad si son hombres; o 15 o más años de servicios cotizados, utilizándose para estos efectos el régimen anterior en cuanto a requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y monto de la pensión. (Resaltado fuera de texto)".

Ahora bien, en lo que respecta a la norma de transición, para el caso de empleados públicos - con la advertencia de ciertas excepciones-, la disposición aplicable es la Ley 33 de 1985, que exige, para acceder la pensión de vejez, 55 años de edad y 20 años de servicios, estableciendo un monto pensional equivalente al 75%, del ingreso base de liquidación.

---

[1] Corte Constitucional Sentencia T- 105 de 2012 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

El Honorable Consejo de Estado, refiriéndose al régimen de transición para los empleados públicos, ha señalado –cita in extenso-:

"Así pues, es inocultable que el Legislador encuentra un contexto objetivo en el instante de configurar el régimen de seguridad social, que determina la imposibilidad material para introducir cambios que no sean racionales y proporcionados; en esa dimensión, las Leyes que se ocupan de las pensiones y de la seguridad social, pierden capacidad reguladora si desconocen la protección que el mismo ordenamiento ha otorgado a quienes al momento de entrar en vigencia la nueva norma cumplían los requisitos para acceder a dicho régimen, pues sin duda, la transición es fruto del derecho de quienes estatuyeron una situación jurídica de acuerdo a los parámetros de la Ley vigente pero que no obstante por diversas razones (consolidación parcial del estatus, derecho a permanencia en el empleo, pensión de invalidez transitoria, entre otros), no alcanzan al disfrute efectivo del derecho pensional que imponga el retiro de la actividad laboral dentro del marco jurídico estipulado para la jubilación.

Es claro que en esta hipótesis resulta impropio hablar de expectativas, pues la transición es el efecto de la existencia de un derecho cuya oponibilidad encuentra su origen en supuestos de orden normativo y material, y desde luego en la previsión jurídica estipulada por el propio ordenamiento, tanto así que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que el régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollan, no podría extenderse más allá del 31 de diciembre de 2010, para mostrar con claridad que incluyendo a las propias reformas constitucionales, el constituyente en su capacidad de reforma ha de preservar situaciones consolidadas.

No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrase dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores.

Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han

cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición" (...)

"En lo concerniente al monto de la pensión, los elementos que describen la integración del régimen de transición son quizá más amplios que los atrás analizados pues dada la cantidad de sistemas excepcionales de pensión de jubilación, las situaciones jurídicas consolidadas dentro del tránsito legislativo resultan de difícil sistematización, aun así, habrá que precisar que hacen parte del régimen de transición la totalidad de elementos con capacidad de determinar o influir el valor de la pensión y que dentro del ámbito del régimen de transición hayan tenido vocación jurídica para estructurar y consolidar en cada caso una determinada situación.

(...) En estas condiciones el componente económico del derecho de transición, convoca en su estructura a otras normas que ciertamente poseen relación directa con los elementos integradores del mismo, sin que el fallador pueda alegar una situación de derogatoria de la Ley como pretexto para desconocer los alcances de un régimen de transición configurado y habilitado por el propio Legislador. Aquí sin duda milita una situación de confianza legítima que el orden jurídico no puede desconocer[2]*.*

Lo anterior implica, que los elementos pensionales, aplicables por vía transicional, son el tiempo de servicio, la edad y el monto de la pensión.

Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985.

Cuando hay lugar a la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las normas del régimen anterior deben de aplicarse en su integridad en los aspectos que definen la edad, tiempo de servicios, monto y cotizaciones y no se puede recurrir a la aplicación de aspectos regulados en la Ley 100/93 y su decretos reglamentarios 691 de 1994 y 1158 de 1994, si el régimen anterior los tiene regulados.

Lo dispuesto en el artículo 36 en relación con la determinación del monto o base de liquidación de la pensión sólo se aplica de manera subsidiaria, es decir, cuando el régimen de transición al que tiene derecho una persona no establece la forma de determinarlo.

La jurisprudencia ha establecido que los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, deben entenderse de tal manera que el ingreso base para liquidar la pensión

[2]Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia del 4 de Agosto de 2010. Expediente 2533-07. C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

del que habla el inciso tercero, forma parte de la noción de monto de la pensión de que habla el inciso segundo. En dicho sentido, como el monto incluye el ingreso base, entonces uno y otro se determina por un solo régimen y la excepción del inciso tercero resulta inocua. Dicha excepción sería aplicable únicamente cuando el régimen anterior no estipula explícitamente el ingreso base para liquidar la pensión. Así, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, ambos (el ingreso base y el monto de la pensión) deben ser determinados por el régimen anterior aplicable y la excepción no aplica, salvo que el régimen anterior no determine la fórmula para calcular el ingreso base.

Para efectos de la determinación de la base de liquidación de los aportes, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 subrogado por el artículo 1 de la Ley 62/85, señaló que 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.

Ahora, en lo que respecta a los factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en la que se concluyó que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones, no se debe acudir a la relación taxativa de factores salariales señalados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de la misma anualidad, sino a todas 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. Cita la providencia, así:

"Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse." (...) la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos."

De igual forma, en el proveído en mención el Consejo de Estado para explicar su posición en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para definir la cuantía de la mesada pensional, se apoya en el principio de favorabilidad de la ley en materia laboral, en el siguiente sentido:

"La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución.

Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional. *Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios[3]."*

Se destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad[4], en las cuales se da aplicación a las leyes 33 y 62 de 1985, en su integridad; es decir, para efectos de las reliquidaciones ordenadas se han tenido en cuenta todos los factores salariales recibidos por el trabajador en el último año de servicios.

Luego entonces, como la preceptiva contenida en el artículo 1° de en la Ley 62 de 1985, debe entenderse como un principio general; por lo tanto, no puede considerarse de manera taxativa, de allí que, tengan que incluirse todos los factores efectivamente devengados, advirtiendo que conviene realizar los aportes que correspondan, atendiendo en todo caso el concepto de salario determinado por el Decreto 1045 de 1978. Con esa perspectiva, el Consejo de Estado expuso:

"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

---

[3]Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

[4] Véase las sentencias de la Sección Segunda, del 3 de febrero de 2011, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, No. Interno 0665-08; del 17 de marzo del 2011, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 1159-10; 14 de diciembre de 2011, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 0306 -2010; del 7 de febrero de 2013, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 1542-2012; del 20 de marzo de 13, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 03412012.

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."[5]

De acuerdo con las miramientos anteriores, se tiene que la Ley 33 de 1985, admite que para la liquidación de la mesada de la pensión vitalicia de jubilación del empleado se tengan en cuenta todos los factores salariales devengados por éste durante el último año de servicio, y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la Caja de Previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

9.4 Lo probado en el proceso:

Del material aportado se pueden realizar las siguientes aserciones:

- Que la señora MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ, nació el día 14 de Julio de 1951 y laboró en el SENA durante el periodo de tiempo equivalente a 24 años, 5 meses y 26 días, razón por la cual podemos afirmar que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- Que mediante la Resolución No. 001174 de fecha 20 de Junio de 2007, se reconoció y autorizó el pago de una pensión mensual vitalicia a favor de la señora MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ, en cuantía de $2.071.309, pagadera a partir del 14 de Julio de 2006 (fl. 9-11)

- El último año de servicios -2002 2003-, el demandante devengó, además de la asignación básica y de la bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, prima de localización, prima de servicios correspondiente al mes de

[5] Consejo de Estado, Sección 2ª, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicación N°25000-23-25-000-2007- 00001-01(0302-11), CP: Luis Rafael Vergara Quintero.

Junio y Diciembre, prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Viáticos Ocasionales Nacionales y Bonificación de Recreación. (fl. 6)

10.5 Caso Concreto:

De acuerdo con el curso del procedimiento administrativo desplegado y, teniendo presente las precisiones legales y jurisprudenciales hechas con anterioridad, el Despacho advierte que el régimen pensional que debe ser aplicado al actor es el contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el régimen de transición, lo que conlleva a aplicar íntegramente la Ley 33 de 1985, puesto que para la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993 - 30 de junio de 1995 para el presente caso- el actor contaba con más de 40 años de edad.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la norma que regulaba el régimen prestacional de todos los empleados oficiales era la Ley 33 de 1985, que distinguió varios regímenes: 1) el de los empleados oficiales que, por razón de la naturaleza de las actividades que desempeñan, tienen carácter excepcional o se someten a regímenes especiales y 2) los regulados especialmente por dicha Ley, que reconoce en su artículo 1° que 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), tiene 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.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, consideró que los factores señalados en la Ley 62/85 que subrogó en lo pertinente a la Ley 33/85 están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos.

Ante este pronunciamiento del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y sin encontrar razones para apartarse de lo allí decidido, el Juzgado acoge este criterio de la no taxatividad para resolver el asunto bajo examen.

En razón a lo dicho, para liquidar el monto de la pensión de los servidores públicos, se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les otorgue.

Oportuno resulta decir, que a juicio de éste Juzgado, lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100/93, que expresa que las demás condiciones y requisitos aplicables a esta personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por lo establecido en la Ley 100 de 1993, debe entenderse respecto de aquellos que no han sido regulados específicamente por las normas pensionales anteriores a la Ley 100/93, sin que pueda

decirse ello respecto a los factores para determinar la base pensional a quienes sean pensionados bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, pues, los mismos están regulados por el art. 3 de dicha Ley subrogado por el art. 1 de la Ley 62 del mismo año, con el alcance que le ha dado el máximo Tribunal de lo Contenciosos Administrativo en sus jurisprudencias más recientes y ya citadas anteriormente[6].

El Despacho frente al escrito visible a folio 14 del plenario, no lo tendrá en cuenta como una solicitud formal de requilidacion y/o reajuste de pensión por parte de la demandante, en el entendido en que el mismo no está suscrito por la demandante o por su apoderado, de igual forma dentro del acápite de declaraciones y condenas, contra dicho escrito no se solicitó su nulidad total o parcial y ni su declaratoria de la ocurrencia del silencio administrativo negativo.

Conclusión. La pensión de jubilación del demandante debe liquidarse conforme a lo dispuesto en la Ley 33/85, porque es empleado público cobijado por el Régimen de transición de señalado en La Ley 100/93 en su artículo 36, inciso segundo, es decir, el régimen de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985 y, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en el equivalente al 75% de todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios, tal como se advierte en el formato único para la expedición de certificado de salarios, (visible a folio 12), es decir asignación mensual, subsidio de alimentación, bonificación, prima de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, a los cuales debe circunscribirse la entidad demandada para realizar la nueva liquidación, exceptuando los ocasionales como sueldo por vacaciones, bonificación de recreación por vacaciones y viáticos ocasionales nacionales, como quiera que estos conceptos fueron establecidos sin carácter salarial por el mismo legislados, tal como se advierte en el artículo 15 del Decreto 2710 de 2001.

Considera este Despacho, que las argumentaciones expuestas por la entidad demandada carecen de asidero jurídico, puesto que, como se dijo y reiteradamente lo ha dejado claro el H. Consejo de Estado, la aplicación del régimen de transición debe ser integra, de modo que involucre todos los aspectos relacionados con la prestación pensional, esto es, edad, tiempo de servicio y monto. En tal sentido, las disposiciones normativas contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativas al monto de la pensión, no son aplicables al caso del actor.

En ese orden, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZA - SENA, debe reliquidar la pensión de la demandante, conforme al régimen de transición dispuesto en el Art. 36 de la ley 100 de 1993, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, razón que conduce a la declaratoria de nulidad de los actos enjuiciados, en lo que al tema se refiere.

---

[6] Ver entre otras las siguientes Sentencias: 1) Consejo de Estado. Enero 27 de 2011, Radicado: 08001-23-31-000-2003-00112-01(0049-07) SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B". MP BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. 2) Sección Segunda del Consejo de Estado, 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, MP Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

De otra parte, se advierte la necesidad, que sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, se realicen los descuentos por concepto de los aportes que no se hubieran efectuado al sistema general de pensiones y de salud.

Así las cosas, el acto demandado, es decir la resolución No. 001174 de 20 de Junio de 2010, se declarará parcialmente nula, en relación con la negativa a reliquidar la pensión, toda vez que la misma, no tuvo en cuenta lo dispuesto por la ley 33 de 1985, en donde la pensión debió ser liquidada en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador, como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de labor y que sirvieron de base para realizar los aportes, desconociéndose el régimen de transición, señalado por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, inspirada en la norma más favorable a las condiciones del trabajador.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. En este orden de ideas la entidad deberá pagar las sumas dejadas de cancelar actualizadas de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A., de conformidad la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A.C.A.

Respecto a la excepción de prescripción de las acreencias económicas causadas a favor del demandante, el Despacho al realizar un análisis con respecto a dicho determina que el fenómeno de la prescripción operará con respecto a las acreencias que más adelante se especificaran, pues, desde el momento de la causación o exigibilidad del derecho y la reclamación del actor transcurrieron más de tres (3) años, dando lugar a la prescripción; pues, a la demandante le fue reconocida su Pensión de Jubilación el 20 de Junio de 2007, y presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 76 Judicial I para asuntos administrativos de Valledupar, el día 27 de noviembre de 2013, por lo que habrá de tenerse en cuenta para efectos prescriptivos el día veintisiete (27) de noviembre de 2010, puesto que frente a las mesadas causadas con anterioridad a esa fecha operó el fenómeno de la prescripción.

Costas.- De acuerdo con el artículo 188 del CPACA, en esta sentencia debe imponerse la condena en costas a la parte vencida y a favor de la parte demandada, las cuales se liquidaran

por Secretaria. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 8% del monto de lo pretendido en la demanda, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 6 del Acuerdo No 1887 de 2005, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: Declarar la prosperidad la excepción de prescripción de las mesadas, propuesta por el apoderado de la parte demandada, frente a los derechos causados con anterioridad al día veintisiete (27) de noviembre de dos mil diez (2010) de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la Nulidad Parcial de la Resolución No. 001174 del 20 de Junio de 2007, en la que se negó la solicitud de reliquidación pensional de la señora MILDRED DEL SOCORRO CABAS DIAZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, a reajustar la Base de la Liquidación Pensional de la señora MILDRETH DEL SOCORRO CABAS DIAZ por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%), del salario promedio devengado por la interesada en el año anterior al retiro del servicio, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, excluyendo de la base de liquidación, el sueldo por vacaciones, bonificación de recreación por vacaciones y viáticos ocasionales nacionales, advirtiéndole al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, que realice las deducciones correspondientes a que haya lugar de los aportes para la seguridad social de las sumas que aquí se ordenan incluir y sobre las cuales no se hayan deducido los mismos para efectos pensionales y de salud; esto a partir del día veintisiete (27) de noviembre de 2010.

CUARTO: Las sumas que resulten de la condena anterior deberán ser reajustadas desde el momento de causación del derecho pensional y canceladas a cargo de los fondos respectivos, que la actualizarán (indexarán) en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La parte condenada cumplirá esta sentencia dentro de los términos consagrados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Condenar en COSTAS a la entidad demandada. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 8% del monto de las pretensiones reconocidas.

SEPTIMO: Negar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

Notifíquese y Cúmplase.

JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ
Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar.

PFMA