



**JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Expediente No.	11001333501420130079700
Demandante	MYRIAM SUÁREZ CASTIBLANCO
Demandado	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES

Cumplida la ritualidad procesal prevista en los artículos 179, 180 y 182 del C.P.A.C.A., el Despacho procederá a dictar Sentencia, dentro de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de carácter laboral, promovida por la señora **MYRIAM SUÁREZ CASTIBLANCO** contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, de conformidad con los fundamentos que a continuación se pasan a exponer:

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

1.1 Las pretensiones de la demanda **en resumen son las siguientes** (fls. 11 a 13):

1.1.1 Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 000427 de 7 de marzo de 2007, 000824 de 7 de mayo de 2007 y 002400 de 25 de octubre de 2007, por medio de las cuales la entidad accionada reconoció pensión de jubilación a la demandante, tuvo por desistido un recurso de reposición y reliquidó la aludida prestación, respectivamente, en tanto no liquidó en legal forma el monto de la pensión.

1.1.2 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene al SENA reliquidar la pensión de jubilación de la demandante en cuantía del 75 % “del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y con los factores determinados en



la Ley 62 de ese mismo año, siguiendo el precedente judicial de 4 de agosto de 2010 proferido por el Consejo de Estado.

1.1.3 Igualmente pide el pago de las diferencias adeudadas a partir del 1º de junio de 2007 junto con los ajustes de valor siguiendo la fórmula introducida jurisprudencialmente por el Consejo de Estado.

1.1.4 Finalmente solicita la condena en costas, de acuerdo con las previsiones del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189, 192 y siguientes de la citada ley.

1.2 De acuerdo con la fijación del litigio realizada en audiencia y el material probatorio arrimado al expediente, se encuentran probados los siguientes **hechos** relevantes:

1.2.1 Mediante Resolución 000427 de 7 de marzo de 2007 el SENA reconoció a la demandante una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, previo a la adquisición del estatus tomando como factores la asignación mensual y la bonificación por servicios prestados. El pago de la prestación quedó sometida a la condición resolutoria, esto es, hasta que el Instituto de Seguros Sociales concediera la pensión de vejez (fls. 4 a 6).

1.2.2 Contra dicho acto formuló recurso de reposición, el cual fue desistido por Resolución 000824 de 7 de mayo de 2007 (fl. 7).

1.2.3 A través de la Resolución 002400 de 25 de octubre de 2007 el SENA reliquidó la pensión de jubilación por retiro del servicio, efectiva a partir del 1º de junio de 2007 en cuantía de \$1.371.973 (fl. 8 y 9).

1.2.4 Con la Resolución No. 060503 de 2007 el ISS –liquidado- reconoció pensión de vejez a la demandante, argumentando que es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, efectiva desde el 02 de junio de 2007, con tasa de reemplazo del 90% (fl. 172).

1.2.5 Igualmente, está demostrado que la accionante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tenía más de 35 años



de edad, puesto que nació el 18 de agosto de 1951 (fl. 83), y más de 15 años de servicios (fl. 308)

1.2.6 De acuerdo con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del Sena el 3 de julio de 2012, la demandante devengó entre el 1º de junio de 2006 y 30 de mayo de 2007, los siguientes emolumentos (fls. 10):

- Asignación mensual
- Subsidio de alimentación
- Bonificación por servicios
- Prima de servicio de junio
- Prima de servicios de diciembre
- Prima de navidad y
- Prima de vacaciones
- Auxilio de manutención,
- Sueldo por vacaciones
- Gastos de transporte ocasional.

2. Contestación de la demanda.

El **Servicio Nacional de Aprendizaje** contestó en tiempo la demanda (fls. 186 a 202) y solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, aduciendo que los actos administrativos demandados fueron proferidos antes de la promulgación de la sentencia del 4 de agosto de 2010, razón por la cual dicha jurisprudencia no se puede aplicar de manera retroactiva a situaciones jurídicas consolidadas antes de su expedición. De otra parte, sostuvo que la actual interpretación jurisprudencial de reliquidar la pensión de jubilación con todo lo devengado en el último año de servicios vulnera el principio de sostenibilidad financiera, pues el sistema de prima media se subsidia con los aportes realizados por los afiliados y no produce rendimientos financieros como sí ocurre en el sistema de ahorro individual.

A su turno, **Colpensiones** describió en término el traslado de la demanda (fls. 428 a 446) y adujo que el SENA es la entidad encargada de reconocer las pretensiones de la demanda, puesto que Colpensiones únicamente paga la pensión de vejez, la cual es incompatible con la de jubilación solicitada.



3. Audiencia inicial.

El 09 de junio de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial con presencia de las partes y del Ministerio Público, en esa oportunidad en el saneamiento se ordenó vincular a Colpensiones, y frente al Sena se surtieron las etapas de fijación del litigio, conciliación y medidas cautelares, se decretaron pruebas documentales (fls. 400-403).

Una vez vinculada Colpensiones al proceso, el Despacho llevó a cabo la audiencia inicial frente a esta entidad, diligencia que se surtió el 27 de abril de 2017 (fls. 461 a 464 y CD fl. 468)

4. Alegatos de conclusión presentados en audiencia del 27 de abril de 2017.

4.1 Apoderado de la parte demandante. Manifiesta que en el presente caso se pretende la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de acuerdo a las Leyes 33 y 62 de 1985. Adicionalmente, pide que la pensión antes reliquidada se reconozca con tasa de reemplazo del 90%, puesto que la parte accionante es asimilada a un trabajador del sector público por parte del ISS, por ende también está cobijada por el Decreto 049 de 1990.

4.2 Apoderado del Sena. Indicó que los actos administrativos que reconocieron la pensión por parte del SENA perdieron fuerza ejecutoria y actualmente la prestación está a cargo de Colpensiones. De otra parte, indica que la accionante esta cobijada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual su pensión de jubilación se reconoció con las Leyes 33 y 62 de 1985, sin embargo, los factores salariales a tener en cuenta son los previstos en el Decreto 1158 de 1994, pues así lo sostiene la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional, acogida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sic).

4.3. Apoderada de Colpensiones. Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en cuanto a la falta de legitimación en la causa por pasiva frente a Colpensiones y que los factores para liquidar la pensión de jubilación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994.



4.4. El Ministerio Público emitió concepto aduciendo que la parte demandante tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

1. Problemas jurídicos.

1.1. Establecer si efectivamente la pensión de jubilación reconocida por el Sena a la demandante se debe reliquidar tomando el promedio mensual devengado en el último año de servicios, incluyendo la totalidad de factores salariales, en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y la interpretación dada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, o si por el contrario, conforme lo expone la parte demandada, dicho pedimento no es posible ordenarlo porque la pensión fue liquidada sobre los mismos factores que sirvieron de base para calcular los aportes.

1.2. Determinar si el SENA debe cancelar un mayor valor que resulte entre la pensión de jubilación a que tendrá derecho de la parte demandante como empleada pública y la de vejez reconocida por el Seguro Social e igualmente, si ese mayor valor se debe liquidar con los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 y el porcentaje del Acuerdo 049 de 1990.

2. Tesis planteada por el Despacho para solucionar los problemas jurídicos.

La tesis que sostiene el Despacho es que la pensión de jubilación de la demandante, reconocida por el SENA, se debe reliquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

De otra parte, se considera que el mayor valor que resulte entre la pensión de jubilación reliquidada y la de vejez reconocida por el ISS – hoy Colpensiones-, debe liquidarse con una tasa de reemplazo del 75% y no del 90%, como lo solicita la parte demandante, puesto que esto vulnera el principio de inescindibilidad de la norma.



3. Argumentos que sustentan las tesis

3.1. Del régimen pensional aplicable a la parte demandante. De conformidad con los Decretos 2400 de 1968, 2464 de 1970 y 1950 de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores públicos del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-, pertenecen a la Rama Ejecutiva del poder público y por ello tienen derecho a las prestaciones sociales determinadas en la ley para esta clase de funcionarios.

Desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables las Leyes 6ª de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia, toda vez que el hecho que los empleados del SENA continúen afiliados al ISS no es obstáculo para acceder al régimen prestacional general de los servidores públicos (artículos 126 de Decreto 2464/1970 y 35 del Decreto 1014/1978).

En este orden de ideas, la entidad demandada tiene la obligación de reconocer a sus funcionarios la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general y a su vez debe continuar efectuando cotizaciones al Seguro Social hasta que el trabajador acredite los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, momento a partir del cual el ISS cubrirá la obligación que se encontraba en cabeza de la entidad empleadora, y esta última únicamente le corresponde pagar el mayor valor ocasionado entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez. Esta figura es la que se conoce como compartibilidad pensional.

El H. Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 23 de febrero de 2012 (CP Enrique José Arboleda Perdomo), respecto de la compartibilidad pensional reiteró que la compartibilidad pensional o subrogación de la pensión surgió como una forma de armonizar la pensión de jubilación, a que tenían derecho los empleados públicos vinculados bajo relación legal y reglamentaria, y la pensión de vejez que debía reconocer el ISS a esos trabajadores, quienes pese a estar afiliados a dicha institución y asimilarse a los del sector privado, no perdían su régimen laboral.



En un proceso similar al que ocupa a este Despacho, el Consejo de Estado – Sección segunda – Subsección B CP Gerardo Arenas Monsalve en sentencia del 31 de enero de 2013 manifestó que “(...) en virtud del régimen de transición del sector público, es posible que tales servidores [públicos] cumplan requisitos pensionales antes de tener derecho a la pensión del Seguro Social, la entidad empleadora, en este caso el SENA, reconoce la pensión de jubilación; pero como ha cotizado al Seguro Social, ese reconocimiento pensional se entiende condicionado hasta cuando el empleado obtenga su pensión del Seguro Social, de modo que, el Instituto la subrogara en su obligación siempre que el servidor cumpla los requisitos del reglamento del ISS y se haya expresado esta situación en el acto administrativo de reconocimiento pensional de jubilación.”

3.2. De otra parte, la Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema general de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 36¹ consagra un régimen de transición para aquellas personas que al entrar en vigencia dicha norma (1 de abril de 1994 para empleados del orden nacional y 30 de junio de 1995 para los del orden territorial) tenían **35 o 40 años** (caso primero el de las mujeres, caso segundo el de los hombres), **o un mínimo de 15 años de servicio cotizados (para todos)**, quienes se seguirán rigiendo por el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Entre las leyes que se hallaban vigentes a la fecha en que entró a regir el Sistema Integral de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, encontramos el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985.

3.3. Relativo a los factores salariales que han de constituir el ingreso base de liquidación pensional y finalmente lo que llamaríamos el monto de la pensión, el H. Consejo de Estado en Sala Plena, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con

¹ **“ARTICULO. 36.- Régimen de transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

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



ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila², retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, concluyendo, que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

El máximo órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia unificatoria del 25 de febrero de 2016, había sentado su criterio sobre la aplicación del artículo 36 de la Ley 100/93, señalando que el aspecto relativo al monto no sólo refiere a la tasa de remplazo sino también a los factores salariales que se incluyen para liquidar la pensión, e igualmente ratificó lo dicho en sentencia del 4 de agosto de 2010, referente al concepto de salario, en tanto que el mismo no puede estar limitado a los emolumentos que taxativamente enlista el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, sino que abarca lo que por todo concepto recibió el trabajador en el último año como contraprestación del servicio.

No obstante lo anterior, mediante decisión de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se le ordenó a la Sección Segunda de la misma Corporación proferir una sentencia de remplazo de la decisión que se acaba de citar, en la que acogiera los criterios expuestos en por la Corte Constitucional en las sentencias C-258-13, SU-230-15 y SU-615-16.

En cumplimiento de la anterior orden, el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante la sentencia de 9 de febrero de 2017 (Exp. 250002342000201301541-01, C.P. César Palomino Cortés), dejó a salvo la línea jurisprudencial trazada por más de 20 años al interior de la Jurisdicción respecto del concepto de “monto” lo mantuvo sin modificación; para lo cual expuso las siguientes conclusiones:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.



✓ “El Consejo de Estado, **reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo su finalidad;** pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse.(...)” (Negrillas fuera de texto original)

✓ Lo anterior se fundamenta en que “**La mayoría de las normas pensionales anteriores a la ley 100 de 1993, contienen todos los componentes de la pensión como derecho, entre estos, los lineamientos para establecer el ingreso base de liquidación y el monto de la pensión, pues son de la esencia del régimen de transición: la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, este último comprende tanto el porcentaje de la misma, como la base reguladora, los cuales integran una unidad inescindible. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconocen dichos beneficios, en la medida que se distorsiona el sistema.**”

✓ Aplicar las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en las sentencias C-258-13, SU-230-15 y SU-615-16, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, atenta contra los principios de progresividad y favorabilidad y compromete derechos laborales de rango fundamental, como el derecho a la igualdad laboral, el principio de favorabilidad, los derechos prestacionales ciertos e indiscutibles, los cuales contienen el mínimo de beneficios en favor de la parte más débil de la relación laboral – el trabajador- y su efectividad.

✓ No es evidente que la interpretación sobre la aplicación del régimen de transición, bajo el criterio del Consejo de Estado, afecte las finanzas públicas. Además, adoptar una posición restrictiva de la noción de salario en aras de estabilizar las finanzas estatales equivale a limitar los derechos fundamentales de los trabajadores y pensionados en cuanto al acceso a prestaciones sociales y pensionales.

✓ Concordante con lo anterior, precisó que ha sido línea jurisprudencial de la Corporación ordenar los descuentos para efectos de cotización, sobre los factores



salariales que no se hubieren hecho y que se ordenan incluir en la reliquidación, con el fin de no afectar la sostenibilidad del régimen pensional.

Por todo lo expuesto, la decisión de seguir los parámetros establecidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado no es arbitraria ni caprichosa, por el contrario, atiende lo que la misma Corte Constitucional aseveró en la sentencia T-615 de 9 de noviembre de 2016 en tanto que los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, de ninguna manera resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que ello implicaría otorgar un efecto retroactivo a dicha providencia, lo cual no es posible, pues, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esa Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación. Puntualmente la mencionada providencia señaló lo siguiente:

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

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

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



Como consecuencia de lo anterior, el Despacho continuará acogiendo los planteamientos a los que arribó el máximo órgano de cierre ante esta jurisdicción, pues se establece que con los mismos, se salvaguarda los derechos de los pocos pensionados a quienes no les fue definido el derecho tendiente a establecer la forma como debe liquidarse la pensión.

4. Del caso concreto.

4.1. En el caso sub examine se encuentra demostrado que la señora **Myriam Suárez Castiblanco** es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que al 1º de abril de 1994 –por ser empleada pública del nacional en esa época- tenía más de 35 años de edad, toda vez que nació el 18 de agosto de 1951 (fl. 83), y más de 15 años de servicios (fl. 308).

Igualmente, se estableció que mediante Resolución 000427 de 7 de marzo de 2007 el SENA reconoció a la demandante una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el año anterior al status de pensionada y teniendo en cuenta la asignación mensual y la bonificación por servicios prestados. La anterior prestación se reliquidó por retiro del servicios con la Resolución 002400 de 25 de octubre de 2007 el SENA, efectiva a partir del 1º de junio de 2007 (fl. 8 y 9).

Posteriormente, a través de la Resolución No. 060503 de 2007 el ISS –liquidado- reconoció pensión de vejez a la demandante, argumentando que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, efectiva desde el 02 de junio de 2007, con tasa de reemplazo del 90% (fl. 172).

Finalmente, a través de la Resolución GNR 176088 de 17 de junio de 2006 Colpensiones reliquidó la pensión de vejez de la demandante teniendo en cuenta el 90% del promedio de lo cotizado en el tiempo que le hacía falta para liquidar la pensión desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (CD, fl. 406).

Para el Despacho resulta desacertada la forma como el SENA liquidó la pensión de jubilación de la demandante, pues si bien el IBL se calculó con el último año, sólo le tuvo en cuenta para su liquidación los factores de asignación básica y bonificación por servicios, excluyendo los demás emolumentos percibidos por la accionante y que tenían el carácter de salario, cuando lo correcto era aplicar íntegramente el



régimen pensional anterior al cual se encontraba sometida, esto es las Leyes 33 y 62 de 1985, puesto que le resulta más favorable.

En el presente caso quedó demostrado que entre el 1º de junio de 2006 y el 30 de mayo de 2007 –año anterior al retiro del servicio-, la señora **Myriam Suárez Castiblanco** devengó los siguientes factores salariales (fl. 10): *asignación mensual, subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicio de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones.*

En consecuencia, como restablecimiento del derecho el SENA deberá efectuar la reliquidación pensional tomando el 75% del promedio mensual devengado durante el último año de servicio, entendiendo como salario los factores anteriormente enunciados, con la precisión de que en la base de liquidación sólo se deben tomar las doceavas partes de los factores que se pagan anualmente y los otros en su totalidad.

Así mismo, la demandada efectuará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, en la proporción que legalmente le corresponde al trabajador, pues tal omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Se aclara que la orden de reliquidación pensional se le otorga al SENA porque esta entidad tiene la obligación de pagar el mayor valor que resulte entre la pensión de jubilación a que tiene derecho la demandante como empleada pública y la de vejez reconocida por el ISS, hasta que el derecho pensional se extinga por alguna de las causas legales (por ej. muerte del pensionado), sin que en ello influya que actualmente la demandante se encuentra en nómina de pensionados de Colpensiones – entidad que reemplazó al ISS-, puesto que el decaimiento de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión de jubilación únicamente se refieren a la obligación del empleador de subsidiar el 100% de la pensión, más no a la diferencia que resulte de la reliquidación aquí ordenada y la mesada que actualmente reconoce la administradora de pensiones. Por lo anterior, el SENA



deberá girar a COLPENSIONES las diferencias que resulten de la liquidación de la presente sentencia, para que las mismas se reflejen en la mesada pensional de la parte accionante.

No se ordena incluir el **sueldo vacaciones** puesto que dicho pago no retribuyen la labor prestada, sino un descanso del trabajador, además así lo precisó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 a la cual se ha hecho referencia.

Tampoco se ordena incluir el **auxilio de manutención y gastos de transporte ocasional**, pues el primero de ellos no está encaminado a retribuir la labor del trabajador, según lo previsto en la Resolución No. 2696 de 2007; respecto de los segundos, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, indica que los viáticos –dentro de los que se encuentran los gastos de transporte- constituyen factor de salario para liquidar las pensiones siempre que los mismos “*se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio*” y como en el presente caso se percibieron de forma ocasional no se consideran factor de salario.

4.2. Ahora, en cuanto a la solicitud de la parte demandante de reliquidar la pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios pero con tasa de reemplazo del 90%, el Despacho considera que dicha pretensión no es procedente toda vez que las leyes 33 y 62 de 1985 establecieron que la pensión de jubilación de los empleados públicos se liquidaría con el 75%, es decir, que la tasa de reemplazo del 90% solicitada únicamente se aplica a la pensión de vejez de los trabajadores particulares, en virtud de los Decreto 049 de 1990 y 758 del mismo año.

En este orden de ideas, acceder a lo solicitado por la parte accionante equivaldría a escindir el régimen de la pensión de jubilación, cuya reliquidación se ordena, para crear un tercer régimen pensional que permitiera tomar los factores salariales de la pensión de jubilación y la tasa de reemplazo de la de vejez, lo cual contraría los principios de inescindibilidad de la Ley, favorabilidad e igualdad, puesto que cada uno –régimen de jubilación y de vejez- es autónomo e independiente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y la cuantía pensional.



Adicionalmente, como quedó expuesto en párrafos anteriores, la pensión de vejez reconocida por el ISS a la accionante se liquidó con el 90% del promedio de lo cotizado en el tiempo que le faltaba para adquirir el derecho a esa prestación.

4.3. De la prescripción: Teniendo en cuenta que prosperaron las pretensiones de la demanda, se hace necesario estudiar si se configura la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, propuesta por Colpensiones, a la luz del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968³.

En tal virtud, como quiera que el derecho a gozar de la pensión por retiro del servicio se hizo efectivo desde el 1º de junio de 2007 y la demanda se radicó el 20 de noviembre de 2013, se deben declarar prescritas las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **20 de noviembre de 2010**.

10.3.3 Como de las operaciones matemáticas que se efectúen resulta diferencia entre los valores cancelados y la nueva liquidación, deberá pagarse actualizarse o indexarse esa suma a la demandante, con base en la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (*vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia*), entre el índice inicial vigente a la fecha en la que debió hacerse el pago. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes y para cada diferencia de mesadas.

5. Costas.

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme a lo dispuesto en el

³ "Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en ese decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleados o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"



Juzgado 14 Administrativo
Oral de Bogotá D.C

numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y en el presente caso los argumentos fueron eminentemente jurídicos.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce (14) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 000427 de 7 de marzo de 2007 y 002400 de 25 de octubre de 2007, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, **condenar al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la señora **Myriam Suárez Castiblanco** identificada con C.C. No. 41.547.061, de manera que corresponda al 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios, comprendido entre el 1º de junio de 2006 y el 30 de mayo de 2007, incluyendo en ésta los siguientes factores: *asignación mensual, subsidio de alimentación, bonificación por servicios, prima de servicio de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones.* **Se advierte que sobre aquellos que se reconocen y pagan anualmente, se deberán tomar las doceavas partes.**

TERCERO: Se le ordena al SENA que, una vez efectuada a la reliquidación, proceda a pagar la diferencia que resulte entre la pensión de jubilación y la de vejez, con destino a COLPENSIONES, para que esta proceda a su vez a incluir el mayor valor en la mesada de la parte accionante.

CUARTO: Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas antes del 20 de noviembre de 2010, por las razones expuestas en la parte motiva.



QUINTO: Ordenar el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se accede y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, en los términos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

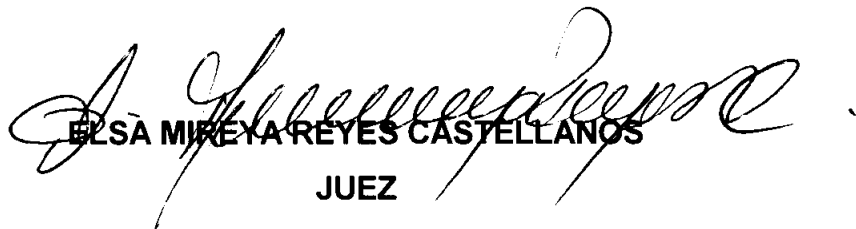
SEXTO: Ordenar a Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA-, pagar a la demandante las diferencias de las mesadas pensionales causadas, debidamente actualizadas conforme a la formula indicada en la parte considerativa de esta providencia.

SÉPTIMO: No se condena en costas a la parte vencida y se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: La entidad accionada dará cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

NOVENO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría y a costa del interesado, expídanse copias del presente fallo y de la segunda instancia, si es el caso, con su respectiva constancia de ejecutoria, en la forma establecida en el artículo 114 del C.G.P., y cúmplase con las comunicaciones del caso. Ejecutoriada esta providencia, procédase al archivo del proceso, previa devolución del **remanente consignado** por concepto de gastos ordinarios del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
JUEZ

YPSS