

PENSION DE JUBILACION - Ajuste de la mesada pensional por devaluación de la moneda / DEVALUACION DE LA MONEDA - Pérdida del poder adquisitivo de la mesada pensional / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Liquidación de la pensión de jubilación con fundamento en una suma devaluada / PRINCIPIO DE EQUIDAD Y JUSTICIA - Aplicación al derecho pensional

Como lo ha sostenido la Sala en anteriores oportunidades, el ajuste de valor obedece al hecho notorio y constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, en casos como el presente, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta. Actualización al promedio de lo devengado en el último año de servicios, es la única forma de impedir que el demandante vea obligado a percibir una pensión de jubilación devaluada, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento del reconocimiento de la pensión; por ello, se debe reconocer que la base salarial para la liquidación de su pensión haya sufrido los rigores del deterioro inflacionario. En el contrario, liquidar la pensión de jubilación al demandante, con fundamento en una suma devaluada, no solo implica desconocer no solo el hecho notorio de la inflación, sino desoír claros principios de equidad. Esta Corporación ha venido decantando estos criterios, variando la jurisprudencia que otrora existía. Así, en otras cosas, de conformidad con el acervo probatorio anteriormente relacionado, acogiendo criterios de justicia y equidad y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, debe precisar esta Corporación que en el presente caso le asiste razón a la peticionaria para solicitar la actualización de su mesada pensional.

PRESTACIONES SOCIALES DE EMPLEADOS DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA - Se aplica el régimen de la rama ejecutiva

De conformidad con los Decretos 2400 de 1968 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 por lo que tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas en la ley para esta clase de funcionarios. Mediante el Decreto 2464 de 1970. Se aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en el que se determinó que su personal tiene derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la ley. Se concluye que los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma "general" establece la ley para los miembros de la rama ejecutiva. En consecuencia, desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables las leyes 6ta de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 / DECRETO 1950 DE 1973 / LEY 27 DE 1992 / DECRETO 2464 DE 1970 / LEY 1014 DE 1978 - ARTICULO 35 / LEY 6 DE 1945 / LEY 33 DE 1985

SUBROGACION DE LA OBLIGACION DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL DEL SENA AL ISS - Efecto de la pensión de jubilación de empleados del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA es incompatible con la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales

Dichos empleados continúan "afiliados" al I.S.S., lo cual no obsta para que su régimen prestacional se aplique el régimen general de la rama administrativa al tenor del artículo 126 del Decreto 2464 de 1970. Además, el artículo 35 del Decreto 1014 de 1978 ordena la continuidad de afiliación del personal del SENA al I.S.S. sin modificación de lo pertinente al régimen de la pensión de jubilación determinado en el artículo 126 del Decreto 2464 de 1970, pues solo modificó otras prestaciones. A pesar de que los empleados públicos del SENA se han afiliado al Instituto de Seguros Sociales, esta entidad descentralizada nacional tiene la obligación convencional transitoria 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, dado que el I.S.S. inicialmente no les hace dicho reconocimiento debido a que sus requisitos pensionales son superiores a los establecidos normalmente para los servidores públicos y porque la circunstancia excepcional de su afiliación al I.S.S. no puede de ninguna manera constituirse en un impedimento u obstáculo para el disfrute de su derecho adquirido frente a la ley. Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez subroga al SENA en la obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso

resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2464 DE 1970 - ARTICULO 35 / DECRETO 2464 DE 1970 - ARTICULO 1  
DECRETO 415 DE 1979

PENSION DE JUBILACION DE LOS EMPLEADOS DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA - I compartido / PAGO COMPARTIDO DE PENSION DE JUBILACION - Pensión compartida entre el SENA y el / DOBLE PAGO DEL TESORO PUBLICO - Pensión compartida

Puede ocurrir que cuando el I.S.S., reconozca la prestación lo haga en cuantía inferior a la que, conforme al régimen general, tienen derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el SENA deberá cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida. En estas condiciones el acto demandado encuentra ajustado a derecho, pues el SENA podía válidamente reservarse el derecho a cubrir total o parcialmente el valor de la pensión de jubilación, con el valor de la pensión de vejez que reconozca el I.S.S., por cuanto no existe fundamento legal que avale el hecho de que la peticionaria devengue simultáneamente ambas prestaciones, cuando lo que realmente sucede es que dos entidades entran a compartir el pago de una misma obligación prestacional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-10823-01(1069-09)

Actor: MARÍA ELENA CADENA BOHÓRQUEZ

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de once de diciembre de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso instaurado por la señora MARÍA ELENA CADENA BOHÓRQUEZ contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

2. PRETENSIONES

1.- Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la señora María Elena Cadena Bohórquez, solicitó que se realizaran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Que es nula la frase que fija el valor de la pensión de jubilación de la demandante y que subyace en la transcripción que sigue del artículo primero de la Resolución 0416 de 19 de febrero de 1993; y son asimismo nulos los artículos segundo y tercero de la misma resolución, que igualmente se transcriben por medio de los cuales se dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y ordenar el pago a favor de la señora Maria Elena Cadena Bohórquez identificada con cédula de ciudadanía # 20.321.910 de Bogotá D.C., de una pensión mensual vitalicia de jubilación de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS (\$156.306.00) M/CTE mensual la cual se pagará a partir del dos de julio de 1992.

ARTICULO SEGUNDO: Reserva el SENA se reserva el derecho de cubrir total o parcialmente el valor de pensión, con el valor de la que por el mismo concepto le reconozca el ISS, fecha a partir de la cual solo pagara la diferencia si la hay, entre el valor de la pensión a que tenga derecho y el reconocido por la entidad de previsión social.

ARTÍCULO TERCERO: Autorización el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA queda expresamente autorizado por el peticionario (si) para que llenados los requisitos que exige el I.S.S., de oficio de trámite ante la entidad de previsión, el reconocimiento y pago de la pensión que le correspondiere como afiliado, así mismo el SENA, por venir pagando el total de la pensión cobrara el retroactivo a que hubiere lugar.

SEGUNDA. Que como consecuencia de la nulidad solicitada de la frase que determina el valor de la pensión de jubilación de la demandante en el artículo Primero de la Resolución 0416 del 19 de febrero de 1993 a título de restablecimiento del derecho se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, que en lugar de pago de una parte de su pensión mensual vitalicia de jubilación por el error que cometió al determinar el salario base de liquidación, le pague al demandante el 100% del valor de dicha pensión más los reajustes legales e indexación de cada una de las mesadas causadas y no pagadas desde el 2 de julio de 1992 y hasta cuando se haga efectivo el pago, teniendo en cuenta que el verdadero salario base de liquidación no es el tomado por el SENA y correspondiente al salario nominal del último año de servicios de la demandante, sino el resultado de indexar esta base de acuerdo al índice de precios al consumidor del DANE, desde el 2 de septiembre de 1978 (fecha de retiro del servicio) y el 2 de julio de 1992 (fecha de causación de la pensión), todo de acuerdo a la liquidación que más adelante se presenta.

TERCERA. Que como consecuencia de la nulidad de los artículos segundo y tercero de la Resolución 0416 del 19 de febrero de 1993 y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al SENA, lo siguiente:

a) Que se abstenga de compartir con el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S., el valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación de la demandante con el de la pensión mensual del seguro por vejez a cargo de I.S.S. y a la que tiene derecho la demandante MARIA ELENA CADENA BOHORQUEZ.

b) Que se abstenga así mismo la entidad demandada SENA de solicitar ante el I.S.S., con ese mismo fin de compartir la pensión "el reconocimiento y pago de la pensión que le correspondiere como afiliado" a MARIA ELENA CADENA BOHORQUEZ y que se abstenga así mismo de apropiarse del "retroactivo a que hubiere lugar", como se dice en los artículos segundo y tercero de la Resolución 0416 de 19 de febrero de 1993 cuya nulidad se solicita.

CUARTA: Que se disponga en la sentencia en aplicación del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, que las sumas reconocidas en ella devengaran intereses comerciales y moratorios desde cuando se causaron hasta cuando se haga efectivo el pago.

QUINTA: Que si la entidad demandada se opusiere a las pretensiones de la demanda se le condene a pagar las costas del proceso."

### 3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones en forma resumida, son los siguientes:

La señora María Elena Cadena Bohórquez, se hizo acreedora al reconocimiento de una pensión de jubilación a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, mediante la Resolución N°. 0416 del 19 de febrero de 1993.

1993 con efectividad a partir del 2 de julio de 1992, para cuya liquidación se tomo como salario base la liquidación lo devengado por la actora durante el último año de servicios, comprendido entre el 2 de septiembre de 1987 y el 21 de septiembre de 1988, sin hacer la actualización correspondiente, a la fecha del reconocimiento pensional.

Que el acto de reconocimiento pensional, en sus artículos segundo y tercero estableció la compartibilidad de la pensión de jubilación a cargo del SENA, con la pensión de vejez a cargo del Instituto de los Seguros Sociales, desconociendo que tales prestaciones son diferentes e independientes entre sí.

Como disposiciones vulneradas la demandante señaló las siguientes: artículos 48, inciso 1° del artículo 58 y 230 de la Constitución Política; la Ley 90 de 1946, artículo 9° numeral 2° y artículo 76; la Ley 17 de 1961; artículo 1° de la Ley 33 de 1985; artículo 1° del Decreto 785 de 1990, aprobatorio del Acuerdo # 100 del mismo año que violó en su artículo 20; el Decreto extraordinario 1045 de 1978, artículo 45; el Decreto 3135 de 1968; artículo 27; el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior en sus artículos 75-2; 77, el Decreto 2464 de 1970 Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, artículos 126, 127 y 128; la Ley 100 de 1993, artículos 1 a 4; 5 a 19 y 31 a 37, especialmente el artículo 36 sobre el régimen de transición; artículo 1° del Decreto 2143 de 1995; artículo 178 del Código Contencioso Administrativo; artículo 1° de la Ley 71 de 1988 y artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Como concepto de la violación la actora manifestó que antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 existía norma expresa que consagrara la indexación de la base salarial para la liquidación pensional; y a pesar de lo anterior el Consejo de Estado ha señalado que los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad con que fue concebido el régimen actual de seguridad social en la Constitución Política de 1991 implican que es un acto elemental de justicia y equidad el reconocimiento de la indexación o actualización del IBL., frente a la pérdida del valor del dinero.

Frente a la compartibilidad pensional, señaló que en los artículos segundo y tercero de la resolución demandada, el SENA convirtió en temporal el derecho a la pensión vitalicia de jubilación, y se reservó el derecho a apropiarse del retroactivo que en su oportunidad cancele el Instituto de los Seguros Sociales el periodo comprendido entre la causación del derecho a la pensión de vejez y el pago efectivo de la misma, con lo cual, en criterio del apoderado, se desconocen los derechos de la demandante a percibir prestaciones que no son compatibles, pues cada una de las pensiones esta regulada en normas diferentes así: La pensión de jubilación es una prestación social creada a favor de los servidores públicos del Estado mediante la Ley 58 de 1885, la cual ha sido otorgada de forma gratuita a la actora, sin necesidad de que ella realice aportes o cotizaciones a entidad de previsión alguna; y la pensión de vejez fue creada por la Ley 90 de 1946, no es una prestación gratuita, sino un seguro que se reconoce y paga en función de las primas o cotizaciones que se acumulen a favor del asegurado.

#### 4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la actora y propuso la excepción de prescripción. Señaló que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 11 de 1957, el SENA afilió a sus funcionarios al Instituto de los Seguros Sociales, entidad que desde enero de 1967 asumió las contingencias de invalidez, vejez y muerte, vinculación que se mantuvo aún con posterioridad de la expedición de la Ley 100 de 1993.

Afirmó, que igualmente el artículo 127 del Decreto 2464 de 1970 y el artículo 35 del Decreto 101 de 1978, normas que establecieron el Estatuto de Personal del SENA, determinaron que a los empleados del SENA no les resultaban aplicables las normas que regían las pensiones reconocidas por esa entidad de previsión, sino unas más favorables, razón por la cual, los Acuerdos 224 de 1966, 49 de 1990, aprobados por Decretos 3041 de 1996 y 758 de 1990 señalaron que para no afectar los derechos de los empleados de la entidad empleadora debía asumir el pago de la pensión inicialmente, y posteriormente, tramitar ante el Instituto de los Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez y reclamar los valores que retroactivamente sean reconocidos, debiendo en adelante, cancelar solamente la diferencia o mayor valor, de manera que las pensiones de vejez e invalidez son incompatibles.

Por su parte, el Instituto de los Seguros Sociales se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepción de falta de jurisdicción, con fundamento en que el Decreto 2158 de 1948, modificado por la Ley 712 de 2001, estableció que la jurisdicción ordinaria conoce de las controversias referentes al Sistema de Seguridad Social Integral, de manera que este proceso debe adelantarse ante la Jurisdicción Ordinaria y no ante lo Contencioso Administrativo.

Trajo a colación la prohibición constitucional de recibir dos erogaciones por parte del Estado.

## 5. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “A”, mediante providencia de fecha 10 de diciembre de 2008, declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por parte del Instituto de los Seguros Sociales; la nulidad parcial de la Resolución N°. 0416 de 19 de febrero de 1993, “Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación”, en lo que respecta a la actualización del ingreso base de liquidación pensional; a título de restablecimiento del derecho ordenó al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la señora María Elena Cadena Bohórquez, de septiembre de 1988 a julio de 1992; a que en su vez actualizada determine el valor de la mesada pensional actualizada de 1992 y a que se liquiden y establezcan los reajustes pensionales de los años posteriores.

Luego de realizar un recuento normativo respecto a la compatibilidad pensional, precisó que los patrones que como el SENA reconocieran a sus empleados pensiones de jubilación, fundadas en convenios colectivos, pactos colectivos, laudos arbitrales o de forma voluntaria, deberían continuar efectuando las respectivas cotizaciones de ley al I.S.S., hasta tanto concurrieran los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez, momento a partir del cual el empleador queda obligado a cancelar solamente el mayor valor, lo que implica que no existe compatibilidad entre ambas pensiones.

Afirmó que las pensiones de jubilación y vejez reconocidas a la señora María Elena Cadena Bohórquez por parte del SENA y del I.S.S., son incompatibles, de manera que no existe fundamento legal alguno para que la beneficiaria devengue simultáneamente ambas prestaciones, encontrándose ajustada a derecho la decisión de la entidad demandada de reservarse el derecho a cubrir total o parcialmente el valor de la pensión de jubilación, con el valor de la pensión de vejez que reconozca el Instituto de los Seguros Sociales.

Señaló respecto de la solicitud de actualizar el ingreso base de liquidación entre la fecha de retiro del servicio y la fecha de reconocimiento pensional que, ya no hay lugar a acceder a tal solicitud, como que el SENA mediante la Resolución N°. 2100 de 22 de septiembre de 2006 ordenó la actualización del ingreso base de liquidación de 1998 a 1992, quedando así satisfecha ésta pretensión.

Manifestó que le asiste razón a la parte demandante, al señalar que la prescripción fue interrumpida el 1º de octubre de 2002, fecha en que fue radicada la presente demanda, pues no presentó reclamación alguna por la vía gubernativa. Que por tal razón el pago del reajuste pensional por actualización de la base de liquidación, de la pensión reconocida debe hacerse efectivo para las mesadas causadas a partir del 1º de octubre de 1999, quedando prescrito dicho reajuste.

## 6. LA APELACIÓN

El SENA apela oportunamente la providencia del a quo y solicita su revocatoria. Manifiesta que mediante la Resolución #00200 del 22 de septiembre de 2006 indexó las mesadas pensionales de la señora María Elena Cadena Bohórquez de conformidad con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, dando cumplimiento a la fórmula en ellos contenida y no obrando de mala fe, por lo que no se le puede indilgar incumplimiento en mora.

Señala que la compartibilidad pensional del SENA con el ISS, establecida en la Resolución N°. 002871 de

de noviembre de 2007, es de vital importancia para la liquidación efectuada por el Tribunal ya que tenerla en cuenta permite que la pensionada reciba doble asignación del tesoro público (pensión de vejez reconocida por el Seguro Social y pensión de jubilación reconocida por el SENA), lo que va en total contra lo que como lo expuso el artículo 128 de la Constitución.

Precisa que revisado el aplicativo de nómina "kactus" de la entidad el reajuste solicitado por la peticionaria se ha venido pagando automáticamente junto con la mesada pensional, conforme a lo ordenado por la Resolución N°. 00201 del 21 de febrero de 2002, por medio de la cual esta entidad estableció el pago del mismo, razón por la cual en su parecer no es procedente dar cumplimiento a la liquidación ordenada por el Tribunal.

Señala que en el presente caso, la Resolución #416 del 19 de febrero de 1993, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la señora María Elena Cadena Bohórquez, fue notificada el día 20 de febrero de 1993.

Que según los documentos aportados por la actora, interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 1° de octubre de 2002, la cual fue notificada por estado el 6 de abril de 2004.

Agotado el trámite procesal y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el asunto bajo las siguientes:

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.

### EL PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta que el marco de juzgamiento que delimita la segunda instancia lo determina el recurso de apelación, corresponde a la Sala pronunciarse sobre la inconformidad que manifiesta el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, en el sentido de que se precise: Que el SENA mediante la Resolución #00210 del 22 de septiembre de 2006, indexó las mesadas pensionales de la peticionaria de conformidad con los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, dando cumplimiento a la fórmula en ellos contenida; que es necesario que se mantenga la compartibilidad pensional entre el SENA y el ISS, ya que de no tenerla se estaría permitiendo que la pensionada reciba doble asignación del tesoro público y que se confirme la prescripción trienal aplicada.

Para llegar a una decisión respecto del problema suscitado esta Corporación analizará cada uno de los temas puestos a consideración de la siguiente manera:

#### Actualización de la Base de Liquidación

La parte actora pretende que se le pague el 100% de su pensión más los reajustes legales e indexación de cada una de las mesadas causadas y no pagadas desde el 2 de julio de 1992 y hasta cuando se le efectúe el pago, teniendo en cuenta que el verdadero salario base de liquidación no es el tomado por el SENA y correspondiente al salario nominal del último año de servicios de la demandante, sino el resultado de indexar esa base de acuerdo al índice de precios al consumidor del DANE, desde el 21 de septiembre de 1978 (fecha del retiro del servicio) y el 2 de julio de 1992 (fecha de causación de la pensión).

Se observa a folios 153 a 155 del expediente, la Resolución 002100 del 22 de septiembre de 2006 proferida por la Secretaria General del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en ejercicio de la facultad delegada por el Director General de la Entidad, por la que modifica el artículo 1° de la Resolución N°. 416 del 19 de febrero de 1993, ordenando se reconozca y ordene pagar la pensión de la peticionaria, teniendo en cuenta que tiene derecho a que se le indexen los factores base de liquidación desde 1988 a 1992.

Como lo ha sostenido la Sala en anteriores oportunidades, el ajuste de valor obedece al hecho notorio y constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, en casos como el presente, es una decisión

ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta.

Actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es la única forma de impedir que el demandante se vea obligado a percibir una pensión de jubilación devaluada, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento del reconocimiento de la pensión; por lo tanto, se debe reconocer que la base salarial para la liquidación de su pensión haya sufrido los rigores del deflacionario. De lo contrario, liquidar la pensión de jubilación al demandante, con fundamento en una base devaluada, sin duda implica desconocer no solo el hecho notorio de la inflación, sino desoír claros principios de equidad. Esta Corporación ha venido decantando estos criterios, variando la jurisprudencia que antes existía.

De la misma manera la Corte Constitucional en sentencia (SU-400 de 28 de agosto de 1997) expresó:

“Sobre el ingreso base para liquidar la pensión la norma en cita determina que para las personas que faltaren menos de diez años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente sobre la base de la variación del índice de precios al consumidor.

De antemano ha de decirse que la congelación del salario para acceder a la pensión de jubilación no encuentra prevista en ninguna norma, es más, habida cuenta que el artículo 261 del Código Sustantivo del Trabajo -norma que la establecía para quienes habiendo cumplido el tiempo de servicio continuado y vinculados al mismo empleador- fue derogado por el artículo 14 de la Ley 171 de 1961 y no ha sido restablecido, puede afirmarse que la liquidación de la base pensional a partir del último salario devengado sin reajustes, no tiene asidero en el ordenamiento.

.....

Las Leyes 4ª de 1976 y 71 de 1988 dispusieron el reajuste anual de las pensiones del sector privado, público, oficial y semioficial, así como de las que tiene a su cargo el Instituto de Seguro Social, con base en el aumento del salario mínimo legal. Y la última de las nombradas dispuso que ninguna pensión podía ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni exceder de 15 veces dicho salario, salvo lo previsto en la misma disposición.

El artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, también dispuso al respecto:

“El Gobierno Nacional establecerá un régimen de pensiones, reajustes y sustituciones de las mismas para los representantes y senadores. Aquéllas y éstas no podrán ser inferiores al 75% del ingreso mensual promedio que, durante el último año, y por todo concepto, perciba el congresista. Y se aumentará en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal. Parágrafo. La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones se hará teniendo en cuenta el último ingreso mensual promedio que por todo concepto devenguen los representantes y senadores en la fecha en que se decreta la jubilación, el reajuste o la sustitución respectiva”.

Y el artículo 6º del Decreto 1359 de 1993 preceptúa, respecto de la liquidación de reajustes de pensiones para los congresistas:

“La liquidación de las pensiones, reajustes y sustituciones a que se refiere el artículo anterior, en ningún caso ni en ningún tiempo podrá ser inferior al 75% del ingreso mensual promedio que durante el último año y por todo concepto devenguen los congresistas en ejercicio; ni estará sujeta al límite de cuantía a que se refiere el artículo 2º de la ley 71 de 1988”.

Por su parte el artículo 1º de la Ley 445 de 1998, en consideración al sistema de reajuste pensional previsto en las normas anteriores, que a la postre condujo a la pérdida del valor real de las pensiones, inicialmente superaban el salario mínimo, con el objeto de mantener el poder adquisitivo de todas las mesadas pensionales, dispone.

.....

La Ley 100 de 1993 establece una norma general en materia de reajuste, cual es que, a partir de su vigencia, todas las pensiones deberán ser reajustadas, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, y que las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente serán reajustadas de oficio cada vez y en el mismo porcentaje en que el Gobierno Nacional incremente dicho salario- artículo 14-. Y la misma norma, respecto del ingreso base de liquidación preceptúa:

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

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la actividad laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por el sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo”.

La Corte encuentra, entonces, i) que no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida –el inciso segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa-; ii) que ninguna disposición ordena indexar ésta salarial expresamente; iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación.

No obstante existe un principio constitucional claro, esto es que el “Estado garantiza el derecho al trabajo oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” –artículo 53 C.P., y suficientes disposiciones de ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

En este orden de ideas, incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política.

.....

Dado que la equidad, la jurisprudencia constitucional y los principios generales del derecho laboral indican que los espacios dejados por el legislador, no pueden ser llenados por el juzgador a su arbitrio, por su propia voluntad, sino consultando los criterios auxiliares de la actividad judicial –artículo 230 C.P.-.

a) Sobre la necesidad de acudir a la equidad, para remediar las injusticias derivadas de la aplicación de las fuentes formales a un caso concreto, dadas las particularidades de la situación o en razón de no haberse previsto el ordenamiento su solución concreta, resulta pertinente traer a colación las siguientes consideraciones:

b) Respecto del derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, la jurisprudencia indica:

-Que el establecimiento de regímenes diferenciados en materia pensional no discrimina per se a los trabajadores excluidos de la previsión, salvo que de tal establecimiento se derive “un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable (..).”.

-Que aunque “el reajuste de las pensiones tiene por objeto proteger a las personas de la tercera edad y a quienes por las condiciones físicas derivadas de la edad o enfermedad, se encuentran en la imposibilidad de obtener otros recursos distintos para su subsistencia y la de su familia”; y sin desconocer que



"incrementos periódicos que consagra la Constitución (arts. 48 y 53), permiten que las mesadas no pierdan su capacidad adquisitiva en beneficio de los pensionados (...); corresponde al legislador establecer la proporción en que las pensiones deben incrementarse, al igual que la oportunidad y la frecuencia de los incrementos. Con miras a lograr un uso adecuado de los recursos del sistema solidario de seguridad social

-Que tales incrementos deben consultarse, "en la medida de lo posible el equilibrio en el sistema, fundados en principios como la solidaridad y universalidad del mismo; sin desconocer la especial protección que los pensionados encuentran "por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás".

-Que cuando el valor actual de la pensión y el valor inicial de la misma arrojan una diferencia a favor del trabajador, los obligados deben reintegrar lo dejado de pagar, para que "quienes con el paso de los años han visto aminorar el poder adquisitivo de su pensión (...)" logren compensar el desmedro patrimonial sufrido (...) porque (...) el ente estatal debe permanecer vigilante de los derechos de los pensionados en el mismo grado de su capacidad económica, debido a que integran uno de los grupos sometidos a su especial protección (...)

.....

En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio en las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 de la Carta Política. Y tampoco pueden apartarse del que el legislador, para quien ha sido una preocupación constante regular el monto y la oportunidad de los reajustes pensionales."

Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios deben ser más que "un texto preciso de la ley" y que los jueces "no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza de la ley ni el rigor de ella". Está claro que la jurisdicción no podría limitarse a la legis-dictio; la legalidad se articula con los derechos de los ciudadanos, pues el imperio de la ley a la que se somete el juez, según el artículo 230 Superior es el imperio de la Constitución misma imperio de la ley y del derecho, como quiera que el concepto básico constitucional que define toda la parte programática del mismo ordenamiento, es el Estado Social de Derecho y no simplemente el Estado de Derecho.

Así las cosas, de conformidad con el acerbo probatorio anteriormente relacionado, acogiendo el criterio de justicia y equidad y los pronunciamientos de la Corte Constitucional, debe precisarse esta Corporación que el sub-lite le asiste razón a la peticionaria para solicitar la actualización de su mesada pensional, tal como lo hizo el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, mediante la Resolución N° 002100 del 22 de septiembre de 2006.

Ahora bien, la Sala debe precisar que no es posible pronunciarse respecto de la Resolución 002100, que fue expedida el 22 de septiembre de 2006, es decir con posterioridad a la fecha en que se instauró la demanda el 1° de octubre de 2002, por cuanto tal acto no fue cuestionado en la presente demanda y por lo tanto mantiene la presunción de legalidad que lo ampara.

#### Compartibilidad pensional

Se encuentra probado en el plenario que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, mediante la Resolución N° 0416 del 19 de febrero de 1993 (fls.3 a 6) reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la señora Elena Cadena Bohórquez por valor de \$156.306, efectiva a partir del 1° de julio de 1992; que la entidad de Previsión Social elegida por el SENA, para afiliar a sus empleados es el Instituto de los Seguros Sociales y que la señora Cadena Bohórquez se encuentra afiliada al ISS por cuenta del SENA, correspondiéndole el número de afiliación 01-620279 (ver folio 48); que el SENA fue la única entidad oficial empleadora y que como tal le corresponde la obligación de reconocer y ordenar el pago de esta pensión de jubilación, mientras la peticionaria reúna los requisitos establecidos por el ISS, para que a partir de esta fecha en adelante esta entidad asuma total o parcialmente esta prestación.

En el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución 0416 del 19 de febrero de 1993, se detern  
"RESERVA: El SENA se reserva el derecho a cubrir parcial o totalmente, el valor de esta pensión, con el v  
de la que por el mismo concepto le reconozca el ISS, fecha a partir de la cual sólo se pagará la diferenc  
la hay entre el valor a que tenga derecho y el reconocido por la Entidad de Previsión Social."

#### Del régimen de los servidores del SENA

De conformidad con los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores púb  
del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA pertenecen a la rama ejecutiva del poder público p  
que tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas en la ley para esta clase de funcionarios.

Mediante el Decreto 2464 de 1970. Se aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Naciona  
Aprendizaje "SENA", en el que se determinó que su personal tiene derecho a las prestaciones sociales  
para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la ley. En lo pertinente, disp

"Art. 126 Los empleados del SENA tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores ci  
de la rama ejecutiva del poder público establece la ley."

"Art. 127 Seguro Social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje S  
continuarán afiliados al Instituto de Seguros Sociales -I.C.S.S.

En los lugares donde no haya servicios de dicho Instituto, las prestaciones a cargo del mismo s  
asumidas directamente por el SENA en relación con sus empleados o trabajadores no afiliados al I.C.S.S

El SENA pagará a sus empleados y trabajadores los tres (3) primeros días de incapacidad que el Inst  
Colombiano de Seguros Sociales no reconoce, siempre y cuando la incapacidad total en cada caso  
mayor de tres (3) días. Además el SENA completará el salario que el Seguro paga durante la incapaci  
hasta la totalidad del sueldo asignado al empleado o trabajador. El salario durante la incapacidad lo pa  
el SENA, cediendo el empleado o trabajador su derecho al SENA para que repita contra el Seguro Social.

A su vez el artículo 35 del Decreto Ley 1014 de 1978, modificado por el artículo 16 del Decreto Ley 41  
1979 estableció:

"El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones soci  
afiliándoles a una entidad asistencial o de previsión.

Dichos empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establec  
por la entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en el parágrafo siguiente.

Aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados por enfermedad, devengarán durante la incapac  
y proporcionalmente a ésta, una suma equivalente al sueldo asignado al cargo. Entiéndase en este caso  
el empleado cede su derecho al SENA para que efectúe el cobro de la incapacidad ante la entidad asiste  
o de previsión.

El SENA asumirá directamente o contratará con una o varias entidades públicas o privadas especializad  
seguridad social, un seguro médico asistencial, para los parientes de los empleados de la entidad.

Las modalidades y cuantía de este servicio se establecerán por Acuerdo del Consejo Directivo Nacional  
como los aportes del SENA para cada uno de sus empleados.

Con la prestación de este servicio de salud para la familia de los empleados, éstos y la entidad qued  
exentos de cotizaciones al ISS para cubrir riesgos similares.

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de segur  
industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y me

del empleado.

El Consejo Directivo Nacional de la entidad, reglamentará las normas internas sobre este aspecto.”

De la normatividad transcrita se concluye que los empleados del SENA gozan de las mismas prestaciones sociales que en forma “general” establece la ley para los miembros de la rama ejecutiva. En consecuencia desde el punto de vista de la pensión de jubilación, les son aplicables las leyes 6ta de 1945, 33 de 1945 y 33 de 1958 posteriores que regulan la materia.

Dichos empleados continúan “afiliados” al I.S.S., lo cual no obsta para que su régimen prestacional se ajuste al régimen general de la rama administrativa al tenor del artículo 126 del Decreto 2464 de 1970. Además, el artículo 35 del Decreto 1014 de 1978 ordena la continuidad de afiliación del personal del SENA al I.S.S. sin modificación alguna pertinente al régimen de la pensión de jubilación determinado en el artículo 126 del Decreto 2464 de 1970, pues solo modificó otras prestaciones.

El SENA garantizaría a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales al afiliándolos a una Entidad Asistencial o de Previsión (sin determinar que sería el I.S.S.); además, que los empleados tendrán derecho únicamente a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos por la Entidad asistencial o de previsión, con excepción de lo señalado en su parágrafo que se refiere a los funcionarios que se encuentran incapacitados por enfermedad.

A pesar de que los empleados públicos del SENA se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, la entidad descentralizada nacional tiene la obligación convencional transitoria 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, dado que el I.S.S. inicialmente no les hace dicho reconocimiento de derecho a que sus requisitos pensionales son superiores a los establecidos normalmente para los servidores públicos y porque la circunstancia excepcional de su afiliación al I.S.S. no puede de ninguna manera constituir un impedimento u obstáculo para el disfrute de su derecho adquirido frente a la ley.

Lo anterior no significa que el I.S.S. queda exonerado del reconocimiento y pago de esta prestación social sino que inicialmente la asume el SENA, pero cuando se satisfagan los requisitos exigidos por el I.S.S., asumirá su obligación y el SENA cesará en el pago de dicha prestación, salvo situación especial que luego precisará.

Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez subroga al SENA en la obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una subrogación de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios del SENA perciban pensiones a cargo de diferentes Instituciones.

Ahora, bien puede ocurrir que cuando el I.S.S., reconozca la prestación lo haga en cuantía inferior a la que corresponde conforme al régimen general, tienen derecho los servidores públicos en general, ante lo cual el SENA debe cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida.

En estas condiciones el acto demandado se encuentra ajustado a derecho, pues el SENA podía válidamente reservarse el derecho a cubrir total o parcialmente el valor de la pensión de jubilación, con el valor correspondiente a la pensión de vejez que reconozca el ISS, por cuanto no existe fundamento legal que avale el hecho de que una misma funcionaria devengue simultáneamente ambas prestaciones, cuando lo que realmente sucede es que las entidades entran a compartir el pago de una misma obligación prestacional.

Prescripción

Finalmente, respecto de la prescripción de mesadas pensionales debe precisarse que le asiste razón parte actora en el sentido de señalar que dicho fenómeno fue interrumpido el 1° de octubre de 2002, fecha en que fue presentada la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que la peticionaria no presentó reclamación alguna en vía gubernativa, razón por la cual el pago del reajuste pensional por actualización del ingreso base de liquidación, de la pensión reconocida, debe hacerse efectivo para las mesadas causadas a partir del 1° de octubre de 1999, quedando prescrito dicho reajuste, respecto de las mesadas causadas con anterioridad a esa fecha.

Por las razones expuestas, el fallo apelado que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda amablemente es confirmado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el once (11) de diciembre de dos mil ocho (2008) en el proceso instaurado por la señora MARÍA ELENA CACABO BOHÓRQUEZ contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN      ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.  
Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

