

PENSION DE JUBILACION DE LOS EMPLEADOS DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – Régimen aplicable

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 6ª de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia. El Estado público que afilió su personal al I.S.S. debe asumir el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta cuando se cumplan los requisitos condicionales que contempla el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el I.S.S. y para que este, ahora sí en forma definitiva, asuma la obligación prestacional concreta frente a su afiliado. Lo anterior no significa que el I.S.S. quede exonerado del reconocimiento y pago de la prestación, sino que inicialmente la asume el SENA, pero cuando se satisficieron los requisitos exigidos por el I.S.S. este asumirá su obligación y el SENA cesará en el pago de la prestación.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 / LEY 33 DE 1985

PENSION DE JUBILACION DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – Improcedencia con la pensión de vejez del Instituto de Seguros sociales / PENSION DE JUBILACION DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – Subrogación con el Instituto de Seguros Sociales

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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 128

PENSION DE JUBILACION – Pago compartido SENA e ISS

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. Pero, si la cuantía es superior a la que corresponde, corresponde asumir la totalidad al ISS. Eso fue precisamente lo que aconteció en el caso del actor y en consecuencia, el SENA dispuso su retiro de la nómina de pensionados.

MESADAS PENSIONALES – Devolución. Principio de buena fe

Ahora bien, la pretensión de nulidad del ARTÍCULO TERCERO de la Resolución 01548 de 2004, que dispone REQUERIR al señor Josué Antonio Medina para que reintegre las sumas pagadas en exceso por el SENA en la cuantía de \$ 9.940.400, por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2001 y el 30 de septiembre de 2003, en el presente caso tiene vocación de prosperidad, pues se trata de sumas recibidas de buena fe y a derecho, en efecto, las pruebas obrantes en el plenario demuestran que el peticionario tenía la convicción de ser acreedor del doble reconocimiento pensional, por cuanto el ISS tuvo en cuenta los aportes efectuados en las empresas privadas en las cuales laboró con posterioridad a su retiro del SENA, teniendo como último patrono a la Universidad Libre.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

## SECCION SEGUNDA

### SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, tres (3) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-10888-01(1651-08)

Actor: JOSUE ANTONIO MEDINA CONTRERAS

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 2 marzo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso instaurado p señor JOSUE ANTONIO MEDINA CONTRERAS contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

### ANTECEDENTES

JOSUE ANTONIO MEDINA CONTRERAS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del dere consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pidió la nulidad de la Resolución número 01548 del 30 de juni 2004, por la cual se declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 001265 del 29 de juli 1993, en cuanto a la obligación a cargo del SENA de pagarle el ciento por ciento (100%) de la me pensional, por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sometida su vigencia; se le r definitivamente de la nómina de pensionados a partir del 1º de junio de 2001; y se le requirió para reintegre a la Tesorería de la Regional Distrito Capital la suma de \$9'940.000, por concepto del mayor r recibido en las mesadas correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de junio de 2001 y el 3 septiembre de 2003. Pidió también que se declare la nulidad de la Resolución No. 01169 del 6 de juli 2005 que confirmó en todas sus partes la anterior.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje q incluya nuevamente en nómina de pensionados y le defina la compartibilidad pensional con el ISS y q dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A. y del Decreto 76 1993.

Pretensión subsidiaria.

De manera subsidiaria pidió que se condene al SENA a pagarle el reajuste del valor real de la me pensional, a partir del 17 de julio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2005, de conformidad con el rec de reposición interpuesto contra la Resolución 1265 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones, expuso que mediante Resolución No. 001265 del 29 de julio de 1993 SENA le reconoció pensión vitalicia de jubilación a partir del 17 de julio de 1991; que el pago de la me pensional fue suspendido en forma arbitraria a partir del 1º de octubre de 2003; que mediante es dirigido al Director de la entidad pidió el restablecimiento del pago de la pensión y que se gestionara an ISS lo correspondiente a la compartibilidad pensional con dicha entidad, teniendo en cuenta los apc efectuados por medio del SENA. sin atender su petición, el SENA expidió la Resolución acusada -1548 de de junio de 2004- por la cual declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 001265 del 29 de julio de 1993, en cuanto a la obligación a cargo del SENA de pagarle el ciento por ciento (100%) c mesada pensional, por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sometida su vigencia; dispus retiro definitivo de nómina de pensionados a partir del 1º de junio de 2001; y lo requirió para reintegrara el mayor valor recibido en las mesadas correspondientes al periodo comprendido entre el 1 junio de 2001 y el 30 de septiembre de 2003.

Alegó que los actos administrativos acusados desconocen normas que rigen la materia pension amenazan los derechos fundamentales consagrados en los artículos 4, 48 y 53 de la C.P.

En relación con la pretensión subsidiaria, manifestó que en el recurso de reposición interpuesto contra Resolución 1265 de 1993, además de solicitar que se modificara la decisión allí adoptada, expuso inconformidad con la cuantía de la pensión reconocida por el SENA, equivalente al salario mínimo que rige en el año de 1991, por cuanto lo que procedía era actualizar o traer a valor presente la base pensionada al año que se tuvo en cuenta para liquidar la mesada correspondiente.

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma. Señaló que en ningún momento se violaron ni desmejoraron los derechos del peticionario, por lo que declarar la pérdida de la fuerza de ejecutoria no se hizo otra cosa que hacer efectiva la condición resolutoria a que se encontraba sometida la Resolución N.º. 001265 de 1993. Afirmó que la compartibilidad es una consecuencia lógica por el pago de los aportes que tanto el SENA como sus empleados han efectuado al por más de 20 años. Aclaró que el SENA no revocó un acto administrativo de manera unilateral y arbitraria sino que este contiene una condición resolutoria que se cumplió, es decir, desde su expedición se condicionó el pago de la misma al valor que posteriormente reconociera el ISS, condición respecto de la cual el actor manifestó objeción alguna en su momento.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, dijo que ni la Ley 33 de 1985 ni ninguna norma anterior a la Ley 1265 de 1993, aplicable a las pensiones de jubilación del sector público, establecían la posibilidad de indexar el valor de los salarios devengados por el empleado en el último año de servicio, cuando este se había retirado antes de causar el derecho. Que sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, el SENA procedió a reliquidar la pensión del señor Medina Contreras, mediante Resolución No. 1265 del 20 de junio de 2006, indexando el promedio de lo devengado en el último año de servicios -1981- hasta la fecha en que se consolidó el status -1991-, en virtud de lo cual fue incluido nuevamente en la nómina de pensionados con el fin de pagarle en forma retroactiva desde el 1º de junio de 2003, el valor de la diferencia entre la pensión reconocida por el SENA y la de vejez reconocida por el ISS.

#### LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones de la demanda.

Dijo que los actos acusados no contienen la revocatoria de un acto ni vulneran derechos adquiridos cuando solamente modifican la forma de pagar la pensión, sin variar el monto reconocido, disponiendo el pago conjunto de la mesada, correspondiéndole al SENA el pago de la diferencia entre la reconocida por el SENA y la pagada por el ISS.

Agregó que cuando el ISS asume el riesgo de vejez, sustituye al SENA en la obligación de reconocer la pensión de jubilación, total o parcialmente. Pero en manera alguna puede considerarse que el servidor público tenga derecho a percibir las dos pensiones.

Concluyó que lo que se evidencia en el presente caso es el fenómeno de la pensión compartida, ha de tenerse en cuenta de que la reconocida por el ISS es menor a la reconocida por el SENA y a esta última le corresponde pagar la diferencia entre una y otra sin que ello signifique que se esté desconociendo o desmejorando el derecho adquirido a la pensión de jubilación.

#### LA APELACIÓN

El actor apeló oportunamente la providencia del a quo y pidió que se revoque y se acceda a las súplicas de la demanda. Manifestó que la pensión vitalicia de jubilación, que reconoció el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, es compatible con la pensión de vejez que le reconoció el Instituto de los Seguros Sociales, puesto que la primera le fue reconocida por los servicios prestados al sector oficial, y la segunda por haber prestado sus servicios a diferentes empresas del sector privado, habiendo sido su último empleador la Universidad Libre y por ende la liquidación respectiva se efectuó con base en los aportes cotizados a dicho establecimiento educativo.

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

#### CONSIDERACIONES

El asunto se contrae a establecer si el actor tiene derecho a que el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, le continúe pagando el 100% de su pensión de jubilación, debidamente liquidada, sin perjuicio del disfrute de la pensión vitalicia por vejez que le reconoció el Instituto de Seguros Sociales, ISS.

Se encuentra probado en el proceso que por Resolución No. 1265 del 29 de julio de 1993, el SENA reconoció al actor la pensión de jubilación, efectiva a partir del 17 de julio de 1991. El artículo tercero de dicha resolución dispuso:

“ARTICULO TERCERO.- RESERVA: El SENA, se reserva el derecho a cubrir parcial o totalmente, el valor de esta pensión, con el valor de la que por el mismo concepto le reconozca el ISS, fecha a partir de la cual se pagará la diferencia si la hay, entre el valor al cual tenga derecho y el reconocido por la Entidad de Previsión (fl. 23).

De igual forma, se acreditó que el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 11352 del 25 de mayo de 2001, reconoció pensión por vejez al actor, a partir del 1º de junio de 2001.

Posteriormente, por Resolución 1548 del 30 de junio de 2004, el SENA declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No.1265 de 1993 en cuanto a la obligación a su cargo de pagar el 100% del valor de la mesada pensional, por cumplirse la condición resolutoria a que estaba sometida su vigencia, es decir, haber asumido el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en forma definitiva.

Los artículos segundo y tercero dispusieron:

“ARTICULO SEGUNDO: Retirar definitivamente de la nómina al señor JOSUE ANTONIO MEDINA CONTRERAS ... a partir del 1º de junio de 2001, por haberle reconocido el I.S.S. en la resolución 011352 del 25 de mayo de 2001 valor superior al de la mesada pensional que le venía pagando el SENA.

ARTÍCULO TERCERO: Requerir al señor JOSUE ANTONIO MEDINA CONTRERAS para que reintegre a la Tesorería de la Regional Distrito Capital la suma de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATROCIENTOS PESOS (\$9.940.400), por concepto del mayor valor recibido de esta Entidad en sus mesadas correspondientes al periodo 1º de junio de 2001 al 30 de septiembre de 2003, suma ésta que corresponde debido a que el ISS mediante Resolución 011352 del 25 de mayo de 2001, asumió en forma definitiva el pago de la pensión de vejez a partir del 1º de junio de 2001, ... y el SENA le continuó pagando simultáneamente hasta el 30 de septiembre de 2003 el 100% de la mesada pensional”. (fl. 21).

Del régimen pensional de los empleados del SENA

A los funcionarios del SENA se les aplican, en general, para efectos prestacionales, las mismas normas vigentes para los empleados de la rama ejecutiva del poder público, es decir, el Decreto 3135 de 1968 y demás normas que regulan la materia, porque, de conformidad con los Decretos 2400 de 1968 y 195 de 1973 y la Ley 27 de 1992, pertenecen a esa rama del poder público y, según el Decreto 2464 de 1971 tienen derecho a las prestaciones establecidas por la ley para los servidores civiles de la Rama Ejecutiva (artículo 126).

El artículo 16 del Decreto 415 de 1979, que modificó el artículo 35 del Decreto 1014 de 1976, dispuso que el SENA garantizaría a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión y los mismos tendrían derecho a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos en general por la entidad asistencial a que estén afiliados.

De acuerdo con los mencionados preceptos, 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 6ª de 1945, 33 de 19 posteriores que regulan la materia.

El SENA afilió a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales y no a la Caja Nacional de Previsión, que se afiliaban, en general, los empleados públicos. No obstante, aunque los empleados públicos del S se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, esta entidad descentralizada nacional tiene la obligación legal transitoria de reconocer a sus funcionarios la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general, dado que el I. inicialmente no 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 del derecho adquirido frente a la ley.

En otras palabras, la entidad patronal, es decir, el ente público que afilió su personal al I.S.S. debe asumir el reconocimiento y pago transitorio de la obligación prestacional hasta cuando se cumplan los requisitos condicionales que contempla el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el I.S.S. y cuando este, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

Lo anterior no significa que el I.S.S. quede exonerado del reconocimiento y pago de la prestación, sino que inicialmente la asume el SENA, pero cuando se satisfagan los requisitos exigidos por el I.S.S. este asume su obligación y el SENA cesará en el pago de dicha prestación.

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.

En el caso concreto, es cierto que el SENA reconoció la pensión del actor por los servicios que prestó a dicha entidad durante 20 años, pero también lo es, que el ISS reconoció la pensión de vejez tomando en cuenta para su liquidación 1.638 semanas cotizadas, entre las cuales computó el período aportado por el demandante como empleado del SENA; en estas circunstancias no hay lugar a un segundo reconocimiento pensional, pues el tiempo cotizado en el sector privado no resulta suficiente para causar el derecho a la pensión de vejez y no puede pretender el demandante que los aportes que se efectuaron de manera concomitante por el SENA y por el sector privado se contabilicen doblemente para acceder a las pensiones con los mismos tiempos de servicio.

No obstante lo anterior, bien 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, en cuyo caso el SENA deberá cubrir la diferencia resultante y por ello se habla de pensión compartida. Pero, si la cuantía es superior le corresponde asumir la totalidad al ISS. Eso fue precisamente lo que aconteció en el caso del actor y por ende, el SENA dispuso su retiro de la nómina de pensionados.

En estas condiciones los actos acusados demandados se encuentran ajustados a derecho, pues el SENA podía válidamente declarar la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de reconocimiento de la pensión de jubilación que había reconocido, por haberse cumplido la condición dispuesta en el mismo acto, relación con el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS.

Ahora bien, la pretensión de nulidad del ARTÍCULO TERCERO de la Resolución 01548 de 2004, que dispuso REQUERIR al señor Josué Antonio Medina para que reintegre las sumas pagadas en exceso por el SENA en cuantía de \$ 9.940.400, por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2001 y el 30 de septiembre de 2003, en el presente caso tiene vocación de prosperidad, pues se trata de sumas recibidas de buena fe y de efecto, las pruebas obrantes en el plenario demuestran que el peticionario tenía la convicción de

acreedor del doble reconocimiento pensional, por cuanto el ISS tuvo en cuenta los aportes efectuados las empresas privadas en las cuales laboró con posterioridad a su retiro del SENA, teniendo como ú patrono a la Universidad Libre.

Además, no puede trasladarse al demandante el deber que tiene la administración de verificar en momento cesa su obligación en el pago de la pensión por haberla asumido el ISS. Dicha falta de prev no tiene porqué asumirla el pensionado, reintegrando unos valores que, se repite, recibió de buena fe.

En consecuencia, se impone declarar la nulidad del ARTÍCULO TERCERO de la Resolución No. 01548 de de junio de 2004, como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Finalmente, en cuanto a la solicitud subsidiaria, encaminada a que se actualice la base pensional, encue la Sala a folio 126 copia de la Resolución No. 1212 del 20 de junio de 2006, por la cual el SENA reliquic pensión del actor, indexando la base de la liquidación desde 1981 hasta 1991. Al respecto, el demand admite, en el recurso de apelación, que la entidad efectuó la actualización y reliquidación de la pensión omitió los ajustes de las diferencias. No obstante, como dicho acto no fue demandado en el sub lit puede la Sala examinarlo para hacer un pronunciamiento al respecto.

Por las razones expuestas, se declarará la nulidad del ARTÍCULO TERCERO de la Resolución 01548 del 3 junio de 2004 y se confirmará la sentencia en lo demás.

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

F A L L A

DECLÁRASE la nulidad del ARTÍCULO TERCERO de la Resolución 01548 del 30 de junio de 2004, expe por la Directora del SENA – Regional Distrito Capital.

CONFÍRMASE en lo demás la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca veintiocho (28) de marzo de dos mil ocho (2008) en el proceso instaurado por JOSUE ANTONIO MEI CONTRERAS contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.

Reconócese a la abogada Tulia Regina Anaya Fortich como apoderada de la parte demandada, er términos y para los efectos del poder obrante a folio 227 del expediente.

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 GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

