

PRESTACIONES SOCIALES DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA – Regulación legal. Aplicación del régimen general de la rama ejecutiva

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 6 de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1960 / DECRETO 1950 DE 1973 / LEY 27 DE 1992 / DECRETO 2464 DE 1970 / DECRETO LEY 1014 DE 1978 / DECRETO LEY 415 DE 1979 – ARTICULO 16 / LEY 6 DE 1945 / LEY 33 DE 1985

PENSION DE JUBILACION DE SERVIDOR PUBLICO AFILIADO AL SEGURO SOCIAL – Entidad obligada a su reconocimiento y pago. Régimen aplicable / PENSION DE JUBILACION A CARGO DEL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL – Pago compartido con entidad pública por beneficios extralegales. Regulación legal / PENSION DE JUBILACION EN EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA – Pago compartido. Régimen de transición / PENSION DE JUBILACION EN EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA – Subrogación. Régimen de transición

Antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75). La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social. Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas. En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985. Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión. No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 049 DE 1990 / LEY 100 DE 1993 / LEY 33 DE 1985 / ACUERDO 29 DE 1985 / DECRETO 2879 DE 1985 / ACUERDO 49 DE 1990 / DECRETO 758 DE 1990 / LEY 100 DE 1993 / DECRETO 1513 DE 1998

PENSION DE JUBILACION DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA – Condición resolutoria / PENSION DE JUBILACION DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA – Es incompatible con la pensión de

vejez a cargo del Instituto del Seguro Social / PENSION DE JUBILACION DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA – Sustitución al Instituto del Seguro Social no constituye revocatoria directa

La pensión compartida se ha dado también de manera excepcional en el régimen de los empleados públicos, cuando la entidad ha afiliado a sus servidores al Instituto de Seguros Sociales, como ha sucedido en el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA. En estos casos, en efecto, la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es en principio de la entidad de seguridad social a la cual estuvieron afiliados los empleados. No obstante, en virtud del régimen de transición del sector público, es posible que tales servidores 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. Se insiste que el acto de reconocimiento del derecho pensional debe contener expresamente la condición resolutoria. El Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., tenía la obligación de reconocer al actor la pensión de jubilación, una vez cumpliera con los requisitos que rigen a los empleados públicos en general, no obstante que también tuviera la obligación de afiliarlo al Instituto de Seguros Sociales I.S.S., como ya se vio en el recuento normativo, con el fin de que esa institución asumiera la contingencia prestacional. Se presenta la figura de la compartibilidad pensional, cuando el Instituto de Seguros Sociales asume el riesgo de la prestación por vejez, sustituye al Servicio Nacional de Aprendizaje en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y, en consecuencia, el goce de la pensión de jubilación se torna incompatible con la pensión de vejez. Así, en el presente caso, lo que se presenta es una sustitución de la entidad encargada de asumir la pensión de jubilación del actor razón por la cual, resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., y la de vejez conferida por el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S. En esas condiciones, carecen de fundamentos los planteamientos de la demanda, en cuanto la parte actora expresa que la administración violó el artículo 73 del C.C.A., al expedir el acto acusado porque es claro que no se estaba revocando un derecho pensional, es decir, que no se afectaba una situación jurídica particular y concreta, simplemente se estaba haciendo efectiva una previsión señalada en el artículo segundo de la Resolución No. 00427 de 1992 tal como lo consigna el artículo 1º de la Resolución No. 01244 de 2003, así las cosas cumplida la condición a que estaba sometido el acto de reconocimiento pensional se debe dar la subrogación de la obligación de la entidad demandada al ISS.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil once (2011).

Radicación número: 13001-23-10-000-2003-02154-01(0599-11)

Actor: RAUL ANTONIO OSPINO VIZCAINO

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA,

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 28 de octubre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Raúl Antonio Ospino Vizcaino.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA. El señor Raúl Antonio Ospino Vizcaino, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad de las Resolución No. 01244 de 22 de septiembre de 2003, por la cual se declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la pensión que le había sido reconocida y ordenó el pago de una diferencia pensional.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a reintegrar al actor los valores dejados de pagar correspondientes a su pensión vitalicia de jubilación reconocida y pagada desde el 30 de octubre de 2003 y hasta la fecha en que se realice el pago completo de acuerdo con la Resolución No. 0419 de 9 de marzo de 1992 mediante la cual se reconoció el derecho pensional expedida por el SENA, con los respectivos ajustes.

De igual forma, pidió se ordene al SENA pagar al actor la suma de \$79.925 .567 correspondientes a la retroactividad que fuera girada por el Seguro Social al SENA según lo dispuesto por la Resolución No 000427 de 18 de marzo de 1992.

Así mismo, que sea condenada al pago de las diferencias resultantes, a la indexación de las sumas adeudadas, conforme lo prevé el artículo 178 del C.C.A.. Finalmente que se de cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 176 y

177 ibídem, so pena del reconocimiento de intereses y que la demandada sea condenada al pago de las costas del proceso.

Los hechos de la demanda se resumen así:

El señor Ospino Vizcaino puso de presente que nació el 10 de diciembre de 1934; laboró por más de 20 años al servicio del SENA, adquiriendo su estatus pensional por edad y tiempo de servicios en el año 1992.

Expuso que el SENA, mediante la Resolución No. 0419 de 9 de marzo de 1992, le reconoció y pagó su pensión mensual vitalicia de jubilación, de conformidad con la Ley 33 de 1985, en un 75% del salario promedio que sirvió de base para sus aportes durante el último año de servicios, por el valor de \$ 329. 176.

El actor al considerar que, cumplía con la totalidad de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, respecto de edad y cotizaciones, para el reconocimiento pensional solicitó al ISS que se reconociera su derecho.

Agregó que mediante la Resolución No. 000427 de 18 de marzo de 2003, el ISS reconoció su derecho pensional concediéndole la pensión de vejez por la suma de \$1.503002.

Manifestó el demandante que con posterioridad el Secretario General del SENA, profirió la Resolución No. 01244 de 22 de septiembre de 2003, mediante la cual disminuyó de manera unilateral y sin sustento legal a partir del 23 de diciembre de 1998 el monto pensional que le fue reconocido por medio del acto administrativo, Resolución No. 0419 de 1992.

Expuso que agotó vía gubernativa toda vez que el acto acusado señaló que contra él procedía únicamente el recurso de reposición, el cual no es obligatorio de conformidad con el artículo 51 del C.C.A..

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

Del Código Contencioso Administrativo artículos 69 y 73.

De la Ley 33 de 1985, artículos 1 y 13.

EL Decreto 2400 de 1968.

Del Decreto 2464 de 1970 artículo 126.

El Decreto 1950 de 1973.

Del Decreto 3135 de 1968, artículo 27:

El Decreto 1848 de 1969.

El demandante al explicar el concepto de violación sostuvo que el acto administrativo demandado es violatorio de las normas legales que ya se relacionaron, por cuanto estimó que la entidad demandada revocó directamente y sin su consentimiento el acto administrativo mediante el cual se le reconoció la pensión de jubilación, desconociéndole un derecho adquirido y reduciendo drásticamente el monto de la citada pensión.

Contestación de la demanda. El **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, SENA**, contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 47 a 51)

Argumento el demandado que efectivamente se le reconoció la pensión de jubilación al señor Moscoso Valderrama mediante acto administrativo, no obstante su obligación luego de que el ISS reconociera la pensión de vejez al actor era la de cubrir el mayor valor, si lo hubiere entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía cubriendo la entidad al pensionado, lo anterior de acuerdo a lo señalado en el artículo 5 del Decreto 813 de 1995, modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994.

Manifestó que se configuraba la excepción de inexistencia de la obligación por parte de la demandada.

La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Bolívar, negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos (fls. 263 a 278).

El A quo destacó que el acto administrativo demandado no revocó unilateralmente el acto por el cual se le había concedido la pensión de jubilación del actor, sino que dio aplicación a la institución de pérdida de fuerza ejecutoria consagrada en el numeral 4 del artículo 66 del C.C.A.; igualmente se encuentra probado que no le

asiste al actor el derecho de reclamar el retroactivo de la pensión reconocida por el ISS.

El Tribunal Administrativo de Bolívar señaló que por disposición del artículo 128 constitucional, no podrá existir doble pago respecto de un mismo derecho, por lo que es correcto el actuar de la administración que inicialmente reconoció el derecho de pensional y luego ante el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS, quien subrogó así la obligación prestacional, hizo efectiva la condición resolutoria que se consagró en el acto de reconocimiento pensional de jubilación.

Destacó que en el caso del actor las pensiones reconocidas tienen como origen un mismo derecho.

Indicó el A quo que al descartar que el demandante tiene derecho a doble pensión, mal puede reclamar el valor retroactivo de la pensión reconocida por el ISS, pues se reitera, que el demandante venía percibiendo la pensión pagada por el SENA en un 100%; por tanto cuando el ISS ordena pagar el retroactivo al SENA, no hace otra cosa que reintegrarle un valor que le pertenecer a este.

El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls. 430 a 432):

Insistió el recurrente en que la Resolución No. 0410 de 19 de marzo de 1992, con la cual el SENA le reconoció la pensión de jubilación a RAUL OSPINO VIZCAINO, con efectividad a partir del 30 de noviembre de 1991, luego de haber laborado durante 20 años, 3 meses y 26 días, es un acto creador de una situación jurídica de carácter particular y concreto, es decir que solo le interesa al señor Ospino Vizcaino y que para modificarla necesitaba el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular.

De igual forma el recurrente reiteró, que se debe seguir el precedente del Consejo de Estado que ha manifestado que se produce igualmente inestabilidad jurídica que afecta la vigencia de la ley frente a la cual se, reconoce la pensión y se produce un desquiciamiento de los derechos adquiridos, como son los derivados de la pensión de jubilación, y en fin disposiciones de esa naturaleza van en contravía de la seguridad jurídica, regla garante de todo ordenamiento jurídico.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. Consiste en determinar si la entidad demandada se encuentra en la obligación de seguir pagando el 100% del monto de la pensión de jubilación que le reconoció al señor Rafael Ospino Vizcaino, aún cuando se realizó el reconocimiento del derecho pensional de vejez por parte del ISS al cumplir los requisitos previstos para el efecto en la Ley 100 de 1993.

Marco normativo y jurisprudencial.

Del régimen de aplicable a los servidores del SENA. De conformidad con los **Decretos 2400 de 1968, 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. En lo pertinente, dispuso:

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

“Art. 127 Seguro Social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA continuaran 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 serán 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 Instituto Colombiano de Seguros Sociales no reconoce, siempre y cuando la incapacidad total en cada caso sea mayor de tres (3) días. Además el SENA completará el salario que el Seguro paga durante la incapacidad, hasta la totalidad del sueldo asignado al empleado o trabajador. El salario durante la incapacidad lo pagará 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 415 de 1979 estableció:

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

Dichos 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 el párrafo siguiente.

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

El SENA asumirá directamente o contratará con una o varias entidades públicas o privadas especializadas en 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, así 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 quedarán exentos de cotizaciones al ISS para cubrir riesgos similares.

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de seguridad industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y mental 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 6 de 1945, 33 de 1985 y posteriores que regulan la materia¹.

La Sección Segunda Subsección A, en el fallo de 25 de marzo de 2010 precisó que:

“A pesar de que los empleados públicos del SENA 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 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.

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 para que éste, ahora sí en forma definitiva, asuma la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

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. éste asumirá su obligación y el SENA cesará en el pago de dicha prestación, salvo situación especial que luego se 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 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...”.

¹ En el mismo sentido se pronunció la Sección Segunda Subsección A, del Consejo de Estado. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN en sentencia de 25 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05491-01(1639-08) Actor: NELLY ARIAS BETANCOURT. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores públicos cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, cuando el servidor laboró en una entidad estatal afiliada al ISS.

En este punto es dable precisar que antes de la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de reconocer y de pagar la pensión de jubilación a los servidores públicos era la entidad de previsión a la que estaba afiliado el servidor o en su defecto, la última entidad pública empleadora (Decreto 1848 de 1969, artículo 75).

La regla general descrita anteriormente, tiene una variación en el caso de las entidades públicas que estuvieron afiliadas y sus servidores cotizaron durante su vinculación al Instituto de Seguros Sociales. Esta situación se presentó principalmente con los trabajadores oficiales de algunas empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tuvieron esa posibilidad en virtud de la legislación del Seguro Social.

En estos, casos se registra una situación compleja, pues tales trabajadores cuando son sujetos del régimen de transición, son sujetos potenciales de dos regimenes de transición: el del sector público y el del Seguro Social. Y surge la duda acerca de cuál es la entidad que debe reconocer la pensión respectiva.

Si se considera que el régimen de transición aplicable es el del Instituto de Seguros Sociales, procedería a dar aplicación al régimen del ISS anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el reglamento de pensiones del Seguro Social establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 750 de 1990. En este caso la pensión la concedería el ISS, cuando los trabajadores cumplan 60 años de edad y acrediten un mínimo de 1000 semanas cotizadas.

En cambio, si se considera que el régimen de transición aplicable es el del sector público, procedería dar aplicación a la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar el régimen de transición del sector público; y quien debe reconocer y en principio realizar el pago de la pensión de jubilación es la última entidad empleadora, por cuando el ISS no puede entenderse como caja de previsión.

No obstante, se debe subrayar que la pensión no queda indefinidamente a cargo de la entidad pública, pues al cumplirse los requisitos de pensión de seguro social, el trabajador debe reclamar su pensión a esa entidad de seguridad social y la entidad empleadora queda subrogada, correspondiéndole únicamente el mayor valor, si lo hubiere entre las dos pensiones.

De otra parte, debe destacarse que el acto de reconocimiento de la pensión, por parte de la entidad pública, debe señalar esta circunstancia de reclamo de la pensión al ISS y la subrogación correspondiente.

Asimismo, se hace necesario resaltar que la situación expuesta con anterioridad ya se supero al establecerse en el Decreto 4937 de 2009, una nueva modalidad de bono pensional especial tipo T que es el “bono especial que deben emitir las entidades públicas a favor del ISS o a quien haga sus veces, para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS, o a quien haga sus veces, con el fin de que la administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición...”

De la compartibilidad pensional de fuente legal. Es pertinente señalar en este punto que en algunos casos los servidores públicos además de ser beneficiarios de los regímenes de transición ya comentados, podían ser sujetos de beneficios de origen extralegal, en el caso de los trabajadores oficiales, que les permitía que se elevará la cuantía de las pensiones o se anticipara el requisito de la edad, independientemente de la afiliación de seguridad social.

Con el fin de tener una comprensión del tema de la compartibilidad (dada por la ley y los beneficios de origen extralegal) es dable destacar que esta figura tiene en la ley y la jurisprudencia dos momentos diferentes: antes y después del 17 de octubre de 1985, fecha en la cual entró en vigencia la modificación al reglamento de pensiones del Seguro Social (efectuado en virtud del Acuerdo 29 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de 1985).

En el Acuerdo 29 de 1985 en su artículo 5 se dispuso que los empleadores inscritos en el Seguro que otorguen **a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación** reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o

voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, **Vejez** y Muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono. La norma agregaba que la obligación de seguir cotizando sólo rige para el patrono. Se cambió así el carácter compatible de las pensiones de jubilación con beneficios extralegales con la de vejez del seguro social, por un tratamiento de pensiones compartidas, pero dispuso la excepción a la regla: esta regla de compatibilidad no se aplicará si la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas no son compartidas con el Instituto de Seguro Social.

Con el último reglamento de pensiones que tuvo el Seguro Social, antes de la Ley 100 de 1993 (Acuerdo 49 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990), se conservó el criterio expuesto con anterioridad establecido desde 1985. En efecto se dispuso: que cuando los empleadores continuaran cotizando al seguro de pensiones hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en ese momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, quedando al cargo del empleador el mayor valor respectivo.

De igual forma estableció el reconocimiento del acuerdo expreso de que no se comparta la pensión extralegal con el Seguro Social (artículo 18 del Acuerdo 49 de 1990).

Así cabe destacar que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, estos criterios pueden considerarse vigentes, por dos razones:

En primer lugar, porque la Ley 100 dispuso que, en el régimen de prima media que administra el Seguro Social, serán aplicables las disposiciones de seguro de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, que no sean contrarias a esta Ley.

En segundo lugar, porque las normas reglamentarias de los bonos pensionales han previsto expresamente la situación en comento en el Decreto 1513 de 1998

artículo 18, en los siguientes términos: "...Las pensiones establecidas por una norma de inferior categoría a una ley, serán reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales como pensiones compartidas de conformidad con la ley y los reglamentos de ese instituto a este respecto y, por lo tanto, el mayor valor de la pensión derivado de ordenanza, acuerdo, pacto, convención, laudo o cualquiera otra forma de acto o determinación administrativa, estará a cargo del empleador..."²

De la compartibilidad excepcional de empleados públicos. La situación antes descrita, de pensión compartida se ha dado también de manera excepcional en el régimen de los empleados públicos, cuando la entidad ha afiliado a sus servidores al Instituto de Seguros Sociales, como ha sucedido en el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

En estos casos, en efecto, la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de los servidores cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es en principio de la entidad de seguridad social a la cual estuvieron afiliados los empleados.

No obstante, en virtud del régimen de transición del sector público, es posible que tales servidores 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.

Se insiste que el acto de reconocimiento del derecho pensional debe contener expresamente la condición resolutoria.

Esta Corporación en sentencia de 11 de julio de 2002, en el proceso radicado con el número 3517 de 2001, actor: Luis Carlos León, planteó la tesis que hoy se precisa en materia de pensiones compartidas entre el Servicio Nacional de

² Arenas Monsalve, Gerardo, El derecho colombiano de la seguridad social. Tercera edición actualizada. Editorial Legis. Bogotá D.C., 2011, p. p. 216 y 217.

Aprendizaje S.E.N.A., y el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S., Algunas de sus consideraciones señalaron:

“Lo anterior lleva a la Sala a la convicción incontrovertible de que, tanto la pensión que el SENA reconoció al actor mediante Resolución No. 1303 del 22 de julio de 1992, como la reconocida por el Instituto de los Seguros Sociales mediante Resolución No. 003673 del 23 de julio de 1997, tienen la misma causa: por haber prestado sus servicios “... al Estado por intermedio del SENA por un período de veintiséis (26) años y cinco (5) meses.”.

La entidad demandada, en la Resolución No. 1303 del 22 de julio de 1992, advirtió haber elegido al Instituto de Seguros Sociales para afiliar a sus servidores, por cuenta del SENA, y en el proceso no se demostró lo contrario.

Distinta fuera la situación, si el interesado hubiere comprobado que la pensión que el Instituto de Seguros Sociales reconoció mediante Resolución 003673 del 23 de julio de 1997, fuera el resultado de cotizaciones propias o de otro empleador, evento en el cual sería procedente examinar la compatibilidad de estas pensiones”.

En este sentido, cuando el Instituto de Seguros Sociales asume el riesgo de la prestación por vejez, sustituye al Servicio Nacional de Aprendizaje en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y, en consecuencia, el goce de la pensión de jubilación se torna incompatible con la pensión de vejez.

No se trata entonces, de que haya una revocatoria directa del acto administrativo de reconocimiento de la pensión por parte del SENA, sino de cumplimiento de una condición resolutoria contenida en el mismo acto administrativo de reconocimiento de la pensión, que produce el decaimiento del referido acto administrativo cuando se reconoce la pensión del ISS.

De lo probado en el proceso.

Del reconocimiento pensional. Mediante Resolución No.0419 de 1 de marzo de 1992, el Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., le reconoció al actor pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$ 329.176 pesos (fls.7 a10)

Conforme lo precisa la resolución No. 00419 de 1992 en su artículo 2°:

“ 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 sólo se pagará la diferencia

si la hay, entre el valor a que tenga derecho y el reconocido por la Entidad de Previsión Social.”. (fls. 8 y 9)

El Instituto de los Seguros Sociales I.S.S., mediante Resolución No.000427 de 18 de marzo de 2003, suscrita por el Jefe del Departamento de Pensiones del ISS, le reconoció al actor pensión de vejez (fls. 11 y 12). Es decir que a partir del reconocimiento pensional, se configuró la condición resolutoria consignada en la pensión que le reconoció el derecho pensional al señor Ospino Vizcaino

Momento en el cual se da la subrogación pensional. La Secretaria General de Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., mediante la Resolución No. 01244 del 22 de septiembre de 2003 declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 0419 de 1992, disponiendo que el pago de la pensión de jubilación se haría en forma compartida con el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. (fl.14).

Señala la Resolución No 01244 del 22 de septiembre de 2003.³, que la pensión reconocida al actor se encontraba sujeta al cumplimiento de los requisitos legales previstos por el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S., para efectos pensionales, en razón a que el S.E.N.A., afilió a esta entidad a sus empleados.

La anterior, condición resolutoria fue el fundamento para que el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S., asumiera la pensión de jubilación del demandante una vez cumplió con la edad y semanas de cotización exigidas para acceder a la prestación.

La Sala ha reiterado en diversos pronunciamientos² que a los funcionarios del Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., en materia prestacional se les aplican las normas vigentes para los empleados de la rama ejecutiva del poder público, es decir, el Decreto 3135 de 1968 y las demás disposiciones que regulan la materia.

En este sentido se observa, que el Decreto 2464 de 1970, norma que aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., dispuso que sus empleados tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público establece la ley³.

³ Por medio de la cual el SENA declara la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 0419 de 1992, que reconoció pensión de jubilación al actor.

² Sentencia de 31 de julio de 2008, Radicado 1881-2007, Actor: Luis Alfonso Duarte, Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

³ Artículo 126.

Así mismo, quedó estipulado en el artículo 127 ibídem que los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., continuarán afiliados al Instituto de los Seguros Sociales I.S.S.,. Este mandato que se reiteró en el artículo 35 del Decreto Ley 1014 de 1978⁴.

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 415 de 1979 modificó el Decreto Ley 1014 de 1978, en los siguientes términos:

“El SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión.

Dichos 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 el párrafo siguiente.”.

Bajo estos supuestos, el Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., tenía la obligación de reconocer al actor la pensión de jubilación, una vez cumpliera con los requisitos que rigen a los empleados públicos en general, no obstante que también tuviera la obligación de afiliarlo al Instituto de Seguros Sociales I.S.S., como ya se vio en el recuento normativo, con el fin de que esa institución asumiera la contingencia prestacional⁵.

Se presenta el figura de la compartibilidad pensional, cuando el Instituto de Seguros Sociales asume el riesgo de la prestación por vejez, sustituye al Servicio Nacional de Aprendizaje en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y, en consecuencia, el goce de la pensión de jubilación se torna incompatible con la pensión de vejez.

Así, en el presente caso, lo que se presenta es una sustitución de la entidad encargada de asumir la pensión de jubilación del actor razón por la cual, resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., y la de vejez conferida por el Instituto de los Seguros Sociales I.S.S.

⁴ Artículo 35: Los empleados públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- continuarán afiliados al Instituto de Seguros Sociales I.S.S.

⁵ En el mismo sentido se pronunció esta Sección Segunda, C.P.: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE en sentencia de 14 de agosto de 2009.Expediente No. 150012331000200197 0. Radicación: 2269-2007 Actor: HERNANDO MOSCOSO VALDERRAMA

Sobre este particular, reconocida la pensión de jubilación al demandante, el Servicio Nacional de Aprendizaje S.E.N.A., continuó cotizando al Instituto de Seguros Sociales I.S.S., hasta que el actor cumplió con los requisitos mínimos exigidos por la Ley 100 de 1993 para tener el derecho de reconocimiento pensional de vejez. Fue en ese momento, que en el I.S.S., procedió a cubrir dicha pensión a cargo del empleador únicamente el mayor valor, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía pagando.

En esas condiciones, carecen de fundamentos los planteamientos de la demanda, en cuanto la parte actora expresa que la administración violó el artículo 73 del C.C.A., al expedir el acto acusado porque es claro que no se estaba revocando un derecho pensional, es decir, que no se afectaba una situación jurídica particular y concreta, simplemente se estaba haciendo efectiva una previsión señalada en el artículo segundo de la Resolución No. 00427 de 1992 tal como lo consigna el artículo 1º de la Resolución No. 01244 de 2003, así las cosas cumplida la condición a que estaba sometido el acto de reconocimiento pensional se debe dar la subrogación de la obligación de la entidad demandada al ISS.

De otra parte, no puede pasarse por alto que al momento de cumplirse la condición resolutoria expresa consignada en el acto de reconocimiento pensional expedido por la entidad pública, se presentó el decaimiento de dicho acto administrativo por virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 66 del C.C.A., y por tanto se pierde la fuerza ejecutoria del mismo, en consecuencia y tal como lo expuso el A quo la entidad demandada no podía seguir pagando la totalidad de la mesada pensional reconocida al señor Ospino Vizcaino y por ello dictó el acto demandado ordenando el pago de la diferencia en el monto pensional.

Por consiguiente, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto no se confirmaron las causales de anulación del acto demandado.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 28 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Bolívar, que negó las pretensiones de la demanda promovida por el señor Raúl Antonio Ospino Vizcaino.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ