

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS EMPLEADOS DEL SENA / SUBROGACIÓN AL INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL / PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA / REEMBOLSO DE SUMAS REINTEGRADAS A LA ENTIDAD / BUENA FE / EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR PAGO

[E]l SENA tenía la facultad legal para reconocer la pensión de jubilación al actor, por medio de la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, de la secretaría general, y, más adelante, declarar la pérdida de ejecutoria de esta, a través de la Resolución 1182 de 3 de noviembre de 1999, con fundamento en el numeral 4 del artículo 66 del CCA, hoy 91 del CPACA, cuando el ISS le reconoció la pensión de vejez por Resolución 972 de 28 de julio de 1999, sin que ello implique violación al artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), antes 73 del CCA, de la revocatoria de un acto particular y concreto, sino el cumplimiento de una condición resolutoria. Como el SENA se percató de que el accionante (...) había recibido las mesadas de las pensiones de jubilación y de la de vejez del ISS — (..) lo que no podía hacer, conforme al artículo 128 de la Constitución Política, dispuso en la aludida Resolución 1182 de 1999 que reintegrara la suma de \$2.035.826, y así lo realizó. Pero en este proceso pretende que se le reembolse el valor reintegrado, puesto que cuando él recibió las mesadas de las dos pensiones, alega que lo hizo de buena fe, y, por lo tanto, no estaba obligado a devolverlas. (..) [S]i bien es cierto que en la época de los hechos (...) no existía un criterio unificado sobre este asunto, en el que con fundamento en los postulados de la buena fe no se obligaba a restituir los dineros percibidos a los pensionados del SENA que durante algún tiempo gozaban de las mesadas de las pensiones de esta entidad y del ISS, no lo es menos que esta posición no puede entenderse como una regla general, puesto que en el presente caso el actor fue consciente de hacer la correspondiente restitución (...) y, por lo tanto, como bien lo anotó el a quo, el acto de pagar fue un modo de extinguir la obligación que había contraído con el SENA, según lo dispuesto en el artículo 1625 del Código Civil.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 66 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1625 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 128

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00315-01(1534-14)

Actor: GABRIEL JOSÉ GONZÁLEZ HURTADO

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Reintegro valor mesadas

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 13 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 4-42). El señor Gabriel José González Hurtado, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. 1) El actor aspira a que se declare la nulidad de la Resolución 1182 de 3 de noviembre de 1999, expedida por la secretaría general del SENA, por la que se declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, y en la que se revoca de manera unilateral el derecho pensional reconocido, «se ordena al Instituto de Seguros Sociales Seccional Caldas (hoy Colpensiones E.I.C.E) a pagar un retroactivo perteneciente a la pensión de vejez del actor, y se determinan sumas a restituir por parte del señor GABRIEL JOSÉ GONZÁLEZ HURTADO». Igualmente, se suplica la nulidad de «los actos del mismo actor, con los cuales se pagó la suma que se ordenaron restituir, certificados en los recibos expedidos para esos efectos».

2) La nulidad de los artículos 2.º y 3.º de la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, emitida por la secretaría general del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), mediante la cual se establece una reserva y se imponen otras condiciones y pagos para el reconocimiento de la pensión del actor.

3) Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene al SENA reintegrar al actor los valores dejados de cancelar de su pensión de jubilación desde su ocurrencia y hasta que se realice el pago efectivo.

4) Que se le reintegren al demandante las sumas de \$2.877.018 y \$8.200.234 pagados por el actor al SENA como restitución y al Instituto de Seguros Sociales (ISS) como retroactivo de la pensión de vejez, en su orden.

5) Que se ordene al SENA reembolsar al actor los valores debidamente indexados hasta su devolución efectiva, que fueron descontados de su sueldo mensual para los aportes de pensión de vejez.

6) Que los valores deprecados se reconozcan y paguen con los aumentos legales, intereses de mora y la indexación respectiva conforme al artículo 187 del CPACA.

7) Que se condene en costas a la parte demandada.

1.1.2 Fundamentos fácticos. En síntesis, relata el actor que el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) expidió la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, por medio de la cual se ordenó reconocerle y pagarle la pensión de jubilación vitalicia, que él realizó, de manera directa, por no tenerlo afiliado a una entidad de previsión social en el momento de retirarse del servicio oficial, según los numerales 1 y 2 del artículo 75 del Decreto 1848 de 1969.

Expone que el SENA, de manera unilateral, sin la necesidad y obligación de hacerlo, lo afilió a un «Régimen de prima media con base de reservas», llamado «Seguro Social», administrado por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales», y por lo que «contribuyó pagando de su jornal mensual los valores de los porcentajes fijados por este otro régimen [contributivo]».

Manifiesta que, por un error, quedó atado al sistema del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y quedó cubierto, al parecer, contra unos riesgos y contingencias que no tenían relación o similitud con la naturaleza y para lo que fue concedida la pensión vitalicia de jubilación.

Señala que su derecho a la pensión de jubilación fue lesionado porque estaba amparado por el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 y el SENA lo condicionó, de forma arbitraria, a un régimen del sector privado.

A más de lo anterior, indica que la entidad demandada, con desvío y abuso de poder, se arrogó facultades no conferidas por la ley y dictó la Resolución 1182 de 3 de noviembre de 1999, en la que declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 143 de 17 de febrero 1994. También, en el mismo acto administrativo, ordena confirmar el retroactivo patronal por la suma de \$8'200.234, monto reconocido por el ISS en la Resolución 972 de 1999.

Y, por último, expresa que el SENA no le ha pagado las sumas que, en realidad, debe cancelarle por este derecho adquirido, «y como una VÍA DE HECHO desconociendo la firmeza de los actos jurídicos, a la fecha continúa violentando el derecho particular y concreto que la ley le reconoció [...]». E insiste que los actos denunciados en esta acción «fueron realizados unilateralmente por la demandada SENA», pues no contó con su previo consentimiento.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos acusados las siguientes: los artículos 1 , 2 , 4 , 5, 6 , 13, 25, 29, 48, 53, 58, 83, 84, 90, 123, 228, 229, 230, 237, 238 y 241 de la Constitución Política; 18, Ley 50 de 1886; 3.º, inciso 2.º, Ley 4.ª de 1913; 17, letra b), Ley 6.ª de 1945; 59-61, Decreto 3041 de 1966; 25, letra d), y 29, Decreto 2400 de 1968; 14, numeral 1.º, letra h), y 27, Decreto 3135 de 1968, 1.º, Decreto 3074 de 1968; 68, Decreto 1848 de 1969; 22, numeral 6.º, 105, numeral 6.º, y 119, Decreto 1950 de 1973; y 12 y 13, Decreto 758 de 1990; 1, 2, 34, 43, 87, 88, 97, 103, 104, 106, 111 y 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 259- 275, Código Sustantivo del Trabajo; y 1, 4, 6, 8, 9, 16, 18, 25, 27, 28, 30, 31, 1530 y siguientes del Código Civil; las Leyes 90 de 1946, 33 de 1985 y 50 de 1990; los Decretos 2663 y 3743 de 1950.

El concepto de la violación reside, en esencia, en que el SENA al expedir la Resolución 143 de 1994, en la que reconoce y ordena el pago del actor, con base en la Ley 33 de 1985, condicionó su derecho (en el artículo 2.º), y le añadió circunstancias ajenas a la esencia y reconocimiento de esta prestación; pero, después, por medio de otra resolución, lo dejó sin el derecho y se aseguró de la no existencia de procedimiento y disposición legal. Y, agrega lo siguiente:

[...]

Cuando el SENA desde el régimen del sector público con todas sus calidades legales que lo califican como tal, de un salto funcional ingresa abruptamente al régimen del sector privado que también es cualificado como tal, haciéndolo a través del acto administrativo que reconocía y pagaba la pensión vitalicia de jubilación al pensionado, en una de sus cláusulas ordena desviar los recursos pensionales que son propios de las mesadas pensionales del actor, y sin facultades funcionales jerárquicas en la otra entidad, le ordena disponer de esos recursos a su favor, y aquella autoridad le obedece y cumple esa decisión, lo que ocurrió allí es que se rompe el Régimen de reparto de competencias Constitucional, pues saltaron ambas autoridades de un sector a otro con órdenes impartidas interpartes y sin consentimiento del pensionado, desconoce el Régimen de los actos legislativos que es el medio por el cual se autoriza esa decisión, hace una abertura insoldable en el Régimen de los actos administrativos, pues además de extender la interpretación de la ley y su contenido inexistente por medio de un acto administrativo, la modifica y la reforma, incluye un censurante comportamiento estatal de arbitrariedad, haciendo suyos recursos ajenos que hacen parte de los derechos sustanciales del actor, lo que finalmente desemboca en una VÍA DE HECHO, que desprecia esa distribución de competencias Constitucional referida, que desde su máxima le otorgó la competencia de juzgar los actos administrativos al juez natural de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

[...]

Cuando el SENA, modificó las condiciones de la pensión de jubilación vitalicia del pensionado, rasgó de tajo el velo infranqueable de los derechos sustanciales, el cual mora y descansa en los pilares esenciales de los principios y derechos fundamentales de la Constitución Nacional.

Es ilegal que un acto administrativo tenga fuerza de ley. Las dos resoluciones impugnadas NUNCA tendrán esas connotaciones especiales, que son propias del Orden Constitucional y Legal, propias del Legislador Primario y del Congreso de la República.

[...]

Cuando el SENA dejó de pagar la pensión de jubilación vitalicia al pensionado, para pagarse la deuda del -ISS- por sus aportes, en primer lugar, utilizó procesos y procedimientos inexistentes como se viene insistiendo, dañó derechos fundamentales y esenciales del pensionado, que causó los perjuicios tantas veces señalados en los hechos de esta demanda.

[...]

1.2 Contestación de la demanda (ff. 100-120). La entidad accionada se opone a las pretensiones de la demanda, pues el fenómeno de la compatibilidad de la pensión de jubilación que cancelan los empleadores afiliados al ISS con la de vejez que paga este instituto es de origen legal, y, por tanto, su aplicación no tiene limitación en el tiempo en tanto que las normas que las fundamentan estén vigentes, aun si en el acto administrativo que reconoce la pensión no se indica que

cuando el ISS reconozca la pensión de vejez, el SENA pagará solo la diferencia entre las dos pensiones, y esta entidad estaría facultada para aplicar la compatibilidad en virtud de Decreto 3041 de 1966.

Asimismo, en los Decretos 2879 de 1985 y 758 de 1990 se reguló la compatibilidad pensional, y, por ello, el fundamento legal de esta figura no es el artículo 2.º del acto administrativo demandado, pues en él solo se indica la existencia de la facultad legal que tiene la entidad para aplicarla que opera en consecuencia de la ley.

En cuanto a la condición resolutoria o reserva contenida en la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, la cual implica que una vez el ISS le reconociera el derecho a la pensión de vejez al actor, el acto administrativo perdería fuerza ejecutoria; sin embargo, aclara el ente demandado, que el derecho pensional no queda sujeto a la condición resolutoria sino el pago de la mesada pensional por parte del SENA como empleador.

Por último, hace alusión a que el pago de los aportes por parte del SENA al ISS durante toda la vinculación laboral del funcionario, implica para la entidad el derecho correlativo a liberarse de la obligación pensional hasta el monto de la que reconozca el ISS, dado que la razón del pago de esos aportes era que el instituto asumiera la carga pensional cuando el afiliado cumpliera los requisitos exigidos por el ISS.

Propone las excepciones de caducidad, buena fe, compensación, genérica y prescripción de las mesadas.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia de 11 de octubre de 2013, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas, pues consideró que el SENA, mediante la Resolución 1182 de 3 de noviembre de 1999 (ff. 47-49), tenía la facultad para declarar la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, en virtud del cumplimiento de la condición resolutoria establecida en el artículo segundo de este acto administrativo, al satisfacer el actor

los requisitos para acceder a la pensión de vejez que le fue reconocida por el ISS a través de Resolución 972 de 28 de julio de 1999 (f. 50).

Por lo anterior, al accionante no le asiste el derecho a percibir doble asignación pensional del erario, dado que dicha prestación tiene su origen en la misma causa y se constituye en una sustitución pensional de la obligación que tiene a su cargo el SENA cuando el ISS reconoce la pensión de vejez.

Y, por último, afirma el Tribunal que « de acuerdo con los pronunciamientos del Consejo de Estado ya referenciados,¹ el demandante, quien recibió de buena fe las sumas no podía ser obligado a reintegrarlas; sin embargo, no hay lugar a restituírle dichos valores ya que el actor reconoció su obligación y con el pago la extinguió» (ff. 287-297).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El accionante, inconforme con la decisión de primera instancia, cuestiona el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor, con fundamento en la Ley 33 de 1985, por el SENA, y luego la conferida por el ISS, con base en el Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año. En efecto, arguye en algunos de los apartes de su escrito:

[...]

14) Como consecuencia de lo anterior, con error infundido y desvío funcional del SENA, de su sueldo mensual -mes a mes y hasta la fecha del reconocimiento de su pensión jubilar, el actor GABRIEL JOSÉ GONZÁLEZ HURTADO, contribuyó pagando de su jornal mensual los valores de los porcentajes fijados por este otro régimen, espacio que duró 29 años, cuatro meses y 22 días (véase el inciso cuarto de la Res. 0143/94 -anexa) período que sirvió al SENA como empleado estatal, sumas que esta entidad descontaba por nómina sin autorización del trabajador, quien no tenía la obligación " legal de pagarlas, porque su condición de trabajador estatal le

¹ «Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "B" Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08547-01(1781-03).

5 C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de once (11) de agosto de dos mil once (2011). Expediente: No. 250002325000200800490-01. Sobre el punto de reintegro de sumas de dinero a cargo de pensionado se pueden consultar las Sentencias de la Sección Segunda de (26) de septiembre de 2012. Radicados: N° 170012331000200800329-01 y N° 660012331000201000010-

1 C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Y sentencia de veintinueve (29) de abril de 2010 Radicado: 470012331000200101048-01 C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Arcila» [pie de página de la sentencia].

daba el derecho legal a la pensión de jubilación vitalicia, que tenía naturaleza de NO CONTRIBUTIVA y carácter REMUNERATORIA, como se dijo.

15) Por las causas anotadas, de manera errónea, el actor obligado, quedó atado al sistema de seguro social por el hecho generado por el SENA, y al parecer quedó cubierto contra unos “riesgos” que según el artículo 1 ° de la Ley 90 de 1946, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales como administrador de ese sistema amparaba de forma integral y que los denominó: “enfermedades no profesionales y maternidad, invalidez y vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y muerte” (sic), “riesgos” y contingencias que en nada tenía relación o similitud con la naturaleza y para lo que fue concedida la pensión de jubilación vitalicia mencionada, pues ni siquiera la ley del sector público que la otorgaba ni la ley del sector privado que regulaba este nuevo sistema, establecía su migración o reemplazo pensional entre regímenes, o su equivalencia indistintamente de requisitos, o su modificación, o que fueran condicionadas o adicionadas de cualquier forma, o subrogadas o derogadas de alguna manera, es decir que por su contenido y unidad de materia ambas normas fueron creadas de manera exclusiva y de forma distinta para su aplicación, una para el sector público y la otra para el privado, respectivamente, sin ninguna intención del legislador de expedirlas para su aplicación en forma retributiva o indiscriminadamente en cualquier régimen o sector.

16) En sustancia sin temores infundados, no quepa la menor duda que conforme a lo anterior, y al hecho realizado por la demandada SENA, el señor GABRIEL JOSÉ GONZÁLEZ HURTADO por su status de servidor estatal quedó con derecho a la pensión de jubilación establecida para este sector de " naturaleza NO CONTRIBUTIVA y carácter REMUNERATORIO, y al mismo tiempo, quedó vinculado al seguro social (Hoy Colpensiones E.I.C.E.) con el derecho a la pensión de vejez establecido como un derecho para particulares contenido en la normatividad de esa institución, por el hecho de los descuentos realizados de su sueldo mensual que el SENA ordenó mes a mes desde su vinculación hasta su retiro definitivo.

17) En sustancia igualmente se puede afirmar que con este comportamiento, El SENA viola los regímenes de los actos administrativos, de los actos legislativos, el Régimen Jurisdiccional, el Régimen Prestacional de los Empleados Estatales y el Régimen Prestacional de los Trabajadores del Sector Privado, porque el acto que concedió el derecho a la pensión de jubilación, por su naturaleza, era una resolución calificada por la ley como un acto administrativo (art. 3 inc. 2 Ley 4 de 1913; arts. 1, 2, 34, 43, 103, 104, 111 y ss, 135 y ss, del nuevo C. de P.A. y de lo C.A.; art. 237 num. 2, 241 CN), el cual no tenía las facultades ni la fuerza jurídica para modificar la ley que se expide en ejercicio de la función legislativa, tal como lo hizo con el artículo 1.º de la ley 33 de 1985 adicionándola con condiciones, autorizaciones, reservas, suspensión en el tiempo del derecho, y órdenes de pago de sumas de dinero a su favor que dicha ley ni otra ley establecían, órdenes destinadas a otra entidad como el -ISS- (Hoy Colpensiones E.I.C.E.) que dentro del marco legal de su creación y estructura no podía ser destinataria de órdenes vinculantes como estas; acto administrativo que por su contenido usurpando jurisdicción entre la jurisdicción constitucional y la administrativa, vulneró las normas que establecen el reparto de competencias que son de orden público y obligatorio cumplimiento, pues su conocimiento

pertenece a la Jurisdicción Administrativa y no como un acto legislativo de competencia de aquella jurisdicción, desencadenando además un caos entre la jurisdicción administrativa y la ordinaria, ya que por su decisión también entrelazó el régimen prestacional estatal de sus empleados con el régimen prestacional privado de los trabajadores, dejando los derechos pensionales del actor, en un limbo jurídico

18. Con todo, el SENA bajo su responsabilidad y con la complacencia del ISS hoy COLPENSIONES, descarrila los derechos salariales y previsionales del pensionado demandante, resumiendo y dividiendo pagos de toda naturaleza, realizando y reconociendo unos y negando otros a su antojo. Véase en los hechos de la demanda, las sumas dejadas de pagar y los efectos patrimoniales que causó la demandada en el actor (ff. 305-334) [sic para todo el texto].

[...]

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por el accionante fue concedido en auto de 12 de marzo de 2014 (f. 336), y se admitió por proveído de 28 de mayo siguiente (f. 345); y, después, en providencia de 20 de agosto del mismo año, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 355), oportunidad desaprovechada por todos.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si las Resoluciones 143 de 17 de febrero de 1994, de la secretaría general del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), por la que se le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación al accionante, que, en sus artículos segundo y tercero, condicionan su pago hasta el día que el Instituto de Seguros Sociales (ISS) otorgue a este la pensión de vejez y también autorizan al SENA a cobrarle al ISS el retroactivo de los dineros cancelados a que hubiere lugar (como consecuencia del pago de la pensión de jubilación), y la 1182 de 3 de noviembre de 1999, que declaró la pérdida de ejecutoria de la anterior resolución, se ajustan a derecho.

5.3 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, de la secretaría general del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), por la cual se le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación al actor (ff. 43-46).

b) Resolución 1182 de 3 de noviembre de 1999, de la secretaría general del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), por la que se declara la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución antes relacionada, por la que se le reconoció la pensión al actor (ff. 47-49).

c) Resolución 972 de 28 de julio de 1999, del Instituto de Seguros Sociales, por la que se le reconoce la pensión de vejez al actor y el retroactivo, desde el 20 de enero hasta julio de 1999, al SENNA (f. 50).

d) Comprobantes de pago de la pensión del ISS al actor y valores del reintegro cancelado al SENNA (ff.54-79).

De las pruebas enunciadas, se desprende que el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), mediante Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación al actor, ya que este, en su condición de servidor de dicha entidad, colmó los requisitos exigidos por el artículo 1.º, parágrafo 2.º, de la Ley 33 de 1985, pues contaba con 55 años y más de 20 años de servicio.

No obstante, la misma institución, años después, expide la Resolución 1182 de 3 de noviembre de 1999, por la que declara la pérdida de fuerza ejecutoria de la mentada Resolución 143 de 1994 porque se cumplió la condición resolutoria (reserva) establecida en su artículo segundo; es decir, que al accionante el ISS le reconoció, por medio de Resolución 972 de 28 de julio de 1999, la pensión de vejez al alcanzar la edad de 60 años, exigida por el artículo 12 del Acuerdo 49 de

1.º de febrero de 1990,² del consejo nacional de seguros sociales obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 11 de abril de 1990.

En esa misma Resolución 972 de 1999, el ISS le ordena pagar al SENA el retroactivo causado por el pago de la pensión de jubilación al accionante entre el 20 de enero y el 31 de julio de 1999, por valor de \$8.200.234 (f. 50). Y, a su vez, el SENA, en la Resolución 1182 de 1999, confirma el monto del anterior retroactivo y se establece, luego de hacer cruce de cuentas, que el actor debe reintegrarle la suma de \$2.035.826 como resultado de haber percibido durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 1999 (\$2.877.018) las dos mesadas pensionales (la del SENA y la del ISS), menos la diferencia a su favor entre los valores de las dos mesadas (\$841.192).

Y el actor, según los recibos obrantes en folios 63-79, le pagó al SENA el valor que tenía que reintegrar (\$2.035.826); pero, con la presente acción, persigue la nulidad de los actos acusados y se le reembolse dicha suma, pues, para él, el SENA, en pocas palabras, no tenía competencia para exigir el reintegro, pues «[...] no tenía las facultades ni la fuerza jurídica para modificar la ley que se expide en ejercicio de la función legislativa, tal como lo hizo con el artículo 1.º de la ley 33 de 1985 adicionándola con condiciones, autorizaciones, reservas, suspensión en el tiempo del derecho, y órdenes de pago de sumas de dinero a su favor que dicha ley ni otra ley establecían, órdenes destinadas a otra entidad como el -ISS- (Hoy Colpensiones E.I.C.E.) que dentro del marco legal de su creación y estructura no podía ser destinataria de órdenes vinculantes como estas [...]» (f. 332).

Así las cosas, ha de recordarse que el Decreto 2464 de 1970, por el cual se aprueba el estatuto de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), «establecimiento público creado por el Decreto Ley 0118 de 1957, organizado por el Decreto Ley 0164 [de 1957] y reorganizado por el Decreto Ley 3123 de 1968», dispone en sus artículos 126 y 127 que los empleados del SENA tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la Rama Ejecutiva

² ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. «Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo».

establece la ley, y que los empleados y trabajadores de dicho ente continuarán afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS).

Y, en esta dirección, el artículo 35 del Decreto Ley 1014 de 1978, modificado por el artículo 16 del Decreto Ley 415 de 1979, determinó que «el SENA garantizará a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales, afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión —sin especificar que fuera el ISS, pero sin tampoco excluirlo—», con excepción de lo señalado en su párrafo que se refiere a funcionarios que se encuentran incapacitados por enfermedad, y sin referirse de manera especial a la pensión de jubilación.

Ello significa que los empleados del SENA tienen derecho a que se les apliquen las normas que regulan la pensión de jubilación que corresponde a los servidores de la Rama Ejecutiva, o sea, la Ley 6.^a de 1945, el Decreto 3135 de 1968, la Ley 33 de 1985, entre otras, y las posteriores que las modifiquen.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Ley 90 de 1946, «Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales», en sus artículos 1.º y 76 ordenó:

1.º «Establécese el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los siguientes riesgos: a. Enfermedades no profesionales y maternidad; b. Invalidez y **vejez**; c. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y muerte», y 76 «[...] Las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores, seguirán afectadas por esa obligación en los términos de tales normas, respecto de los empleados y obreros que hayan venido sirviéndoles, **hasta que el Instituto convenga en subrogarlas en el pago de esas pensiones eventuales** [...]» (negrillas fuera de texto).

Y dicha pensión de vejez, se adquiere con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, que aprobó el Acuerdo 49 del mismo año, del consejo nacional de seguros sociales obligatorios: a) sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer, y b) un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

En concreto, se infiere que a pesar de que los empleados del SENA se encuentren afiliados al ISS, la pensión de jubilación, en principio, es reconocida, de manera temporal, por el SENA, a la luz del régimen establecido para los funcionarios de la Rama Ejecutiva, que, en el presente asunto, es la Ley 33 de 1985, cuyos requisitos para acceder a ella, antes mencionados, no son superiores a los requeridos para la pensión de vejez del ISS y a la que, después, este se subroga en dicha prestación.

Al respecto, esta Sala, en sentencia de 19 de enero de 2006,³ sobre este tema, expresó:

[...]

La Jurisdicción ha señalado 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.**

Esta situación **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 exigidos por el I.S.S. éste asumirá su obligación y el SENA cesará el pago de dicha prestación, salvo situación especial que luego se precisará.**

Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez sustituye al SENA en su obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una sustitución 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**

³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 19 de enero de 2006, radicación 25000-23-25-000-2002-08547-01(1781-03), consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, actora: Ruth Triviño Ortiz, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

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.

Ahora, bien puede ocurrir que cuando posteriormente 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 (negritas no son del texto).

[...]

Por lo anterior, ha de afirmarse que el SENA tenía la facultad legal para reconocer la pensión de jubilación al actor, por medio de la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, de la secretaría general, y, más adelante, declarar la pérdida de ejecutoria de esta, a través de la Resolución 1182 de 3 de noviembre de 1999, con fundamento en el numeral 4 del artículo 66 del CCA,⁴ hoy 91 del CPACA, cuando el ISS le reconoció la pensión de vejez por Resolución 972 de 28 de julio de 1999, sin que ello implique violación al artículo 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA),⁵ antes 73 del CCA, de la revocatoria de un acto particular y concreto, sino el cumplimiento de una condición resolutoria.

Como el SENA se percató de que el accionante en los meses de agosto, septiembre y octubre de 1999 había recibido las mesadas de las pensiones de jubilación y de la de vejez del ISS —a pesar de que en la Resolución 143 de 17 de febrero de 1994, artículo segundo, de la secretaría general del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que le reconoció la pensión de jubilación se estableció la

⁴ Código Contencioso Administrativo (CCA). Artículo 66. Modificado por el art. 9, Decreto Nacional 2304 de 1989. «Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

[...]

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

[...]».

⁵ Artículo 97. «Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa».

condición resolutoria (reserva)⁶—, lo que no podía hacer, conforme al artículo 128 de la Constitución Política,⁷ dispuso en la aludida Resolución 1182 de 1999 que reintegrara la suma de \$2.035.826, y así lo realizó. Pero en este proceso pretende que se le reembolse el valor reintegrado, puesto que cuando él recibió las mesadas de las dos pensiones, alega que lo hizo de buena fe, y, por lo tanto, no estaba obligado a devolverlas.

En efecto, en la sentencia de esta Sala, de 19 de enero de 2006, que atrás se hizo alusión, en un caso semejante pero no igual, en la misma época (antes del año 2000) —ordenaron restituir una suma de dinero por haberse percibido durante algún tiempo las dos pensiones, pero no hubo reintegro—, se consideró lo siguiente:

[...]

No obstante lo expresado anteriormente, existe una situación “excepcional” que se debe tener en cuenta en la resolución de esta pretensión. En efecto, por la época de los hechos se profirieron múltiples sentencias de la Sección 2ª del Consejo de Estado que admitieron la posibilidad que los antiguos empleados públicos del Sena obtuvieran reconocimiento y percibieran la Pensión de jubilación a cargo de esta Entidad junto con la pensión reconocida posteriormente por el ISS y, en esas condiciones, no aceptaron la reserva y la devolución de pagos hechos por el SENA. Solo a finales del año 2000 se unificó la Jurisprudencia de la Sección 2ª del Consejo de Estado sobre esta materia, coincidiendo en la solución las dos subsecciones; por lo tanto, en principio, tanto la administración como los pensionados a partir de este año tuvieron una “seguridad jurídica” emanada de providencias judiciales unificadas sobre este punto de derecho y, así, al futuro no podía alegarse duda sobre el particular.

En el sub-lite, por consiguiente, no era factible que para la época de los hechos (de mayo a agosto de 2000) la pensionada cumpliera rigurosamente una **obligación que le señalaron en el acto de reconocimiento pensional de 1997, que sólo se dio a partir de mayo del 2000**, cuando el mismo Consejo de Estado en múltiples providencias no había aceptado tal limitación a la pensión de jubilación reconocida por el SENA, criterio que unificó la Sección Segunda a finales del 2000. Por lo

⁶ Artículo segundo. 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 sólo se pagará la diferencia si la hay entre el valor a que tenga derecho y el reconocido por le (sic) Entidad de Previsión Social». (f.45).

⁷ Artículo 128. «Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas».

anterior no puede admitirse que la pensionada obró en forma contraria a la BUENA FE.

Dado lo anterior, cabe concluir que la decisión administrativa que ordenó la restitución de valores al SENA por su pensionada (acto acusado) en verdad no resulta contraria a derecho. El A-quo –frente a esta reclamación- negó las pretensiones de la demanda.

Ahora, en esta segunda instancia, frente a esta pretensión considera que dicho acto no resulta contrario a derecho y por ello, se debe confirmar la denegación de su nulidad. Pero, en ejercicio de las facultades del Art. 170 del C. C. A., precisa que, **aunque ese acto no se anula, no debe producir efectos jurídicos, vale decir, no cabe que se cumpla lo allí decidido, dada la situación jurisprudencial excepcional que se vivía por la época de los hechos como se analizó anteriormente.**

[...]

En este orden de ideas, si bien es cierto que en la época de los hechos del anterior pronunciamiento no existía un criterio unificado sobre este asunto, en el que con fundamento en los postulados de la buena fe⁸ no se obligaba a restituir los dineros percibidos a los pensionados del SENA que durante algún tiempo gozaban de las mesadas de las pensiones de esta entidad y del ISS, no lo es menos que esta posición no puede entenderse como una regla general, puesto que en el presente caso el actor fue consciente de hacer la correspondiente restitución (ff. 63-79) y con su comportamiento admitió que percibió unos ingresos a los que no tenía derecho, tal como estaba estipulado en el artículo segundo de la Resolución 143 de 1994 que le reconoció la pensión de jubilación; y, por lo tanto, como bien lo anotó el a quo, el acto de pagar fue un modo de extinguir la obligación que había contraído con el SENA, según lo dispuesto en el artículo 1625 del Código Civil. En consecuencia, no se accede a las súplicas de la demanda.

Por último, en lo que hace a la condena en costas, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se observa que en la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas se aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil (CPC), hoy 365⁹ del Código General del Proceso (CGP), por

⁸ Artículo 83 de la Constitución Política. «Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas».

⁹ «En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

remisión expresa del artículo 188¹⁰ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), al considerarse que «se condena en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al cita Código Adjetivo Civil», pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que pudo incurrir la demandante, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba de manera inexorable la imposición de tal condena.

En este sentido, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016 ¹¹así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

[...].».

¹⁰ «Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.».

¹¹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Con fundamento en lo que precede, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el Tribunal Administrativo de Caldas; y, por lo tanto, se revocará la condena.

Visto lo anterior, estima la Sala que ha de confirmarse de manera parcial la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, ya que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados, y se revocará la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la parte demandante.

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:

1.º Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 13 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Gabriel José González Hurtado contra el Servicio Nacional de

Aprendizaje (SENA) , conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Revócase los incisos 3 y 4 de la parte decisoria del fallo apelado, que condenó en costas, que incluye las agencias en derecho, a la parte demandante.

3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

