

SENA - Reconocimiento y pago de pensiones / REGIMEN DE TRANSICION - Pueden pensionarse con los requisitos señalados para los empleados oficiales / INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Afiliación de los funcionarios / SENNA - Debe reconocer y pagar la pensión hasta que el afiliado cumpla con los requisitos exigidos por el ISS

Al revisar la ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias se encuentran artículos que señalan los casos en que el empleador del sector público debe reconocer y pagar la pensión de jubilación, y los casos en los que le corresponde al I.S.S. como entidad administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida, con respeto del régimen de transición de los servidores públicos y, al efecto cita los artículos 45 del decreto 1748 de 1995, 5º del decreto 813 de 1994 modificado por el 2º del decreto 1160 de 1994, 1º y 5º del decreto 2527 de 2000. Frente al tema pensional los servidores públicos del SENNA quedaron cobijados, en un principio, por el artículo 27 decretos 3135 de 1968 y el artículo 68 del decreto 1848 de 1969, según los cuales el empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. Las entidades públicas del orden nacional, que de acuerdo con lo establecido en las respectivas normas, estén obligadas a concurrir con el pago de las pensiones causadas con anterioridad al primero de abril de 1994, suprimirán las obligaciones recíprocas que por concepto de cuotas partes hayan asumido, efectuando en sus estados financieros los registros contables correspondientes. Las obligaciones pensionales causadas a partir de tal fecha, se financiarán además de los recursos previstos en la ley, con el bono pensional o cuota parte que para el efecto deberá expedir la entidad que esté en la obligación de concurrir en el pago de la respectiva pensión, o la que haga sus veces, emitido a favor de la entidad encargada del pago de dicha prestación. La concurrencia de las entidades empleadoras al pago de esta prestación, en cuotas partes, garantiza el equilibrio del sistema. El I.S.S como administradora de pensiones del régimen de prima media, deberá reconocer la pensión a los beneficiarios del régimen de transición, a los cuales les pagará en su calidad de afiliados la pensión cuando cumplan los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando, dada la condición de entidad de previsión.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal con auto de 29 de octubre de 2007.

(03/10/29, Sala De Consulta. 1526, Ponente: Dr. FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE; Actor: MINISTRO DE LA PROTECCION SOCIAL)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre dos mil tres (2003)

Radicación numero: 1526

Actor: MINISTRO DE LA PROTECCION SOCIAL

Referencia: SENA. Reconocimiento y pago de pensiones a sus servidores, beneficiarios del régimen de transición de la ley 100.

El señor Ministro de la Protección Social, a petición del Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, formula a la Sala la siguiente Consulta:

“1. Corresponde al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA reconocer y pagar las pensiones de jubilación de los beneficiarios del régimen de transición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 119 de 1994 y en el artículo 45 del decreto 1748 de 1995?”

O debe quedar eximido de tal responsabilidad, en razón, a que el artículo 1 del decreto 2527 de 2000 señaló que las entidades que reconozcan o paguen pensiones continuarán reconociéndolas o pagándolas exclusivamente, cuando a la fecha de entrada en vigencia del sistema el empleado del nivel nacional o territorial hubiera satisfecho los requisitos para pensión o cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad?

2.- En este último evento correspondería al Instituto de Seguros Sociales su reconocimiento, con fundamento en lo establecido en las disposiciones antes citadas?”

Al efecto se refiere a la naturaleza del SENA, que hace parte de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional y desde enero de 1967 afilió a sus servidores al I.S.S., regidos en materia pensional por el decreto 3135 de 1968 y luego por la ley 33 de 1985, cuyo artículo 1º señaló, como requisito para acceder a este derecho, la edad de 55 años para hombres o mujeres, mientras que los reglamentos del ISS exigen 55 años de edad para las mujeres y 60 años para los hombres, razón por la cual se formuló consulta a esta Sala, la cual conceptuó – Rad. 1828 de 1983 - que los funcionarios del SENA tenían derecho a pensionarse con los requisitos que señalan las normas aplicables a los empleados oficiales, sin que se puedan ver afectados sus derechos por su afiliación al ISS y que, en consecuencia, le correspondía al SENA reconocer y pagar la pensión hasta cuando el afiliado cumpliera los requisitos que dicho Instituto exigía.

Señala además que: la ley 119 de 1994 reestructuró el SENA y su artículo 45 dispuso la protección de los derechos de los empleados públicos derivados de relaciones laborales actualmente existentes en esa institución; los derechos y beneficios de sus trabajadores oficiales continuarán rigiéndose por las convenciones colectivas o laudos arbitrales y por las disposiciones laborales vigentes; a partir del 1º de abril de 1994, los servidores del SENA fueron incorporados al Sistema General de Pensiones de la ley 100 de 1993, disposición que consagró en su artículo 11 el respeto de los derechos pensionales adquiridos antes de su vigencia y la viabilidad de otorgar tales pensiones con base en la normatividad anterior; respecto de quienes a dicha fecha no habían adquirido el derecho a la pensión de jubilación, pero tenían más de 40 años de edad hombre, 35 mujer o 15 o más años de servicios cotizados, la ley 100 contempló en el artículo 36 un régimen de transición en virtud del cual se

mantiene la edad de pensión, el monto y el tiempo de servicio establecido en el régimen anterior, indicando adicionalmente que las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas se rigen por la ley en cita; la ley 797 de 2003 modificó dicho régimen, indicando las condiciones, requisitos y monto de la pensión.

Advierte que al revisar la ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias se encuentran artículos que señalan los casos en que el empleador del sector público debe reconocer y pagar la pensión de jubilación, y los casos en los que le corresponde al I.S.S. como entidad administradora del régimen solidario de prima media con prestación definida, con respeto del régimen de transición de los servidores públicos y, al efecto cita los artículos 45 del decreto 1748 de 1995, 5° del decreto 813 de 1994 modificado por el 2° del decreto 1160 de 1994, 1° y 5° del decreto 2527 de 2000.

La Sala considera

1. Generalidades sobre los servidores públicos del Sena y su régimen pensional.

La ley 90 de 1946 estableció el seguro social obligatorio de los trabajadores contra los riesgos de enfermedades profesionales y no profesionales, maternidad, invalidez, vejez, accidentes de trabajo y muerte y creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales¹. El artículo 2° precisó:

“Serán asegurados, por el régimen de seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios a otra persona en virtud de un contrato, expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, inclusive los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico.”

Y el artículo 3° ibídem dispuso:

“Artículo 3°.- Para los efectos de la presente ley, estarán asimilados a trabajadores particulares los empleados y obreros que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos y forestales que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de las cuales sean accionistas o coparticipes”².

¹ “El ISS nació tripartito, con aportes en un 50% de los patronos, en un 25% de los trabajadores y en un 25% del Estado. En 1973 mediante el decreto 1935 el Estado se autocondonó la deuda adquirida desde 1967, año en el cual se inició el riesgo IVM en el ISS, lo cual históricamente afectó hacia el futuro las reservas para el pago de pensiones.” Exposición de motivos ley 100, Gaceta del Congreso No. 42 de 1993, página 20.

² Estas dos disposiciones fueron derogadas por el artículo 67 del decreto 433 de 1971. El artículo 2° de esta normativa contempló: “Estarán sujetos al Seguro Social Obligatorio en términos del presente decreto, las siguientes personas: (...) b.- Los trabajadores que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal que para los efectos del Seguro Social Obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares.”. El artículo

Con el ánimo de propugnar la enseñanza técnica de las clases trabajadoras, la Junta Militar de Gobierno en 1957, mediante los decretos legislativos 118 y 164, creó y organizó el Servicio Nacional de Aprendizaje y lo definió como un organismo descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto se centró en la formación profesional de los trabajadores jóvenes y adultos de la industria, el comercio, la agricultura, la ganadería y la minería (art. 2°). Nada dispusieron estos decretos en relación con la administración de su personal y con el régimen prestacional del mismo.

Ahora bien, el artículo 1° del decreto 1824 de 1965 consagró: “Para los efectos del Seguro Social Obligatorio se entiende por patrono toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que utilice los servicios de otra persona en virtud de un contrato de trabajo expreso o tácito, o de un contrato de aprendizaje”

Esta Sala transcribió en la Consulta 1828 de 1983, las siguientes afirmaciones del entonces Ministro de Trabajo y Seguridad Social : “El SENA desde su iniciación, cuando no se tenía claramente definida la naturaleza legal de la relación contractual entre los establecimientos públicos y sus servidores, **vinculó a sus empleados** – salvo al Director General – **mediante contrato de trabajo** (...) Con base en la situación especial prevista para los servidores de los establecimientos públicos, los cuales eran asimilados a trabajadores particulares para efecto de la afiliación al ISS, según lo establecido por el artículo 3° de la ley 90 de 1946 -, el artículo 2° literal b) del decreto 433 de 1971, el artículo 5° numeral 3° del decreto 770 de 1975 ³ y las normas especiales que reglamentaron los diferentes riesgos, **el SENA afilió desde un comienzo a sus servidores al entonces denominado Instituto Colombiano de Seguros Sociales (...)**. A partir del 1° de enero de 1967, el SENA y sus empleados empezaron a cotizar al ISS los riesgos a largo plazo (invalidez, vejez y muerte), con base en la reglamentación dada por el Gobierno a dichos riesgos, mediante los decretos 1824 de 1965 y 3041 de 1966 (...)”

La entidad fue reorganizada por el decreto 3123 de 1968 – que subrogó el decreto 164 de 1957 -, como un establecimiento público con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, adscrita al Ministerio de Trabajo -, con la misión de cumplir la política social del gobierno en el ámbito de la promoción y de la formación profesional de los recursos humanos del país. El decreto 2464 de 1970, por el cual se aprobó el Estatuto de Personal de la entidad – Acuerdo 130 de 1969, proferido por el Consejo Directivo Nacional -, clasificó – conforme al criterio orgánico – como empleados públicos la gran mayoría de cargos y otros, de manera excepcional – criterio funcional –, como trabajadores oficiales ⁴. En materia de prestaciones sociales este decreto dispuso que “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. 126 -. Y el artículo 127 aclaró: “Seguro social. Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – continuarán afiliados al Instituto

1° del decreto 3041 de 1966 había dispuesto: “estarán sujetos al Seguro Social Obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez: (...) b) Los trabajadores que presten servicios a entidades o empresas de derecho público semi-oficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal o expresa.”

³ “Están sujetos al Seguro de Enfermedad y Maternidad: (...) 3°.- Los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, de carácter nacional, departamental o municipal, que para los efectos del seguro social están asimilados a trabajadores particulares, siempre que por disposición legal no estén expresamente obligados a afiliarse a otra entidad de previsión social.”

⁴ Artículos 3 a 9.

Colombiano 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.”⁵

El decreto 2464 de 1970 fue modificado en algunos aspectos por el decreto 1014 de 1978, el cual en su artículo 35 reiteró⁶: “**Seguro Social.** Los empleados públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, continuarán afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, ISS.” Y aclaró: “En los lugares donde el ISS no preste sus servicios, las prestaciones a cargo del mismo, para los empleados del SENA no afiliados, serán asumidas directamente por la entidad. **No obstante, tanto el SENA como los empleados continuarán cotizando por los riesgos de invalidez, vejez y muerte al ISS.**”⁷

De esta manera, frente al tema pensional los servidores públicos del SENA quedaron cobijados, en un principio, por los decretos 3135 de 1968 - art. 27 - y 1848 de 1969 - art. 68 -, según los cuales “el empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.”

El artículo 27 del decreto 3135 fue derogado por el artículo 25 de la ley 33 de 1985, la que además en su artículo 1° precisó: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

En estas condiciones, la situación pensional de los servidores públicos del SENA tenía una connotación sui generis, caracterizada por:

- Derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación equivalente: a) al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año, con veinte (20) años continuos o discontinuos de servicios y 55 años de edad los varones, o 50 las mujeres, para quienes estaban cobijados por los decretos

⁵ Ver sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 9 de diciembre de 1975.

⁶ El artículo 36 de este decreto ratifica que los empleados públicos del SENA tienen derecho a las prestaciones sociales de ley.

⁷ En la referida Consulta 1828 de 1983, esta Sala expuso: “Los servidores del Estado que en la actualidad están afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (I.C.S.S.), conservarán tal calidad respecto al Instituto de Seguros Sociales (...) según el artículo 134 del decreto 1650 de 18 de julio de 1977, por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios. // La disposición transcrita corresponde a la voluntad legislativa de mantener la situación especialísima derivada de la afiliación forzosa al seguro social de los ‘trabajadores’ de los establecimientos públicos, dispuesta por el artículo 2°, aparte b) del decreto-ley 433 de 1971, en los siguientes términos: // ‘Estarán sujetas al seguro social obligatorio en los términos del presente decreto, las siguientes personas: b) Los trabajadores que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y todos los trabajadores de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares (...)’ La afiliación original al Seguro Social Obligatorio prevista en la ley 90 de 1946, actualizada por el decreto-ley 433 de 1971 y sostenida expresamente por el decreto 1650 de 1977, que lo sustituye, corresponde, pues, a la situación específica de los servidores del Estado afiliados con anterioridad al 18 de julio de 1977, cuando empezó a regir el último decreto, y en el caso de la consulta, a la de los empleados públicos o trabajadores oficiales del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, hasta la fecha indicada.”

3135/68 y 1848/69⁸ o, b) al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año, con veinte (20) años continuos o discontinuos de servicio y 55 años de edad, varones y mujeres, a quienes se les aplicara la ley 33 de 1985.

- Afiliación al Instituto de Seguros Sociales.

- Como quiera que el artículo 127 del decreto 2464 de 1970 dispuso que “los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – continuarán afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales – I.C.S.S.”⁹, y que el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte, contenido en el decreto 1826 de 1965 precisó que “Tendrán derecho a la pensión de vejez los asegurados que reúnan los siguientes requisitos: a) Tener 60 años o más de edad si es varón y 55 o más años si es mujer, b) Haber acreditado un número de 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.” – art. 12 -¹⁰, el SENA debió asumir – por vía jurisprudencial - el reconocimiento y pago de la prestación desde el momento en que el servidor público acreditara los requisitos establecidos, bien en el decreto 3135 de 1968, ya en la ley 33 de 1985, hasta la fecha en que el mismo reuniera las condiciones para que el Instituto de Seguros Sociales contrajera esa obligación¹¹. Adicionalmente es importante

⁸ El párrafo 2° del artículo 1° de la ley 33 de 1985 contempló que “Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.”

⁹ Esta norma de carácter especial se ha de interpretar de manera sistemática con el artículo 1° del decreto 1650 de 1977-por el cual se determina el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios-, que dispone que “El presente Decreto establece el régimen general de los seguros sociales obligatorios y las normas sobre organización y funcionamiento de las entidades que los administran. // Sin embargo, los seguros sociales obligatorios del personal de ramo de la Defensa y, en general, los de los servidores públicos se rigen por disposiciones especiales.” Así, el art. 5° del decreto 3128/83 dispuso “son afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social, con las excepciones que señale la ley, las personas naturales que prestan sus servicios en cualesquiera de las Ramas del Poder Público del orden nacional, sean empleados públicos o trabajadores oficiales, y todas aquellas que determinen las disposiciones legales vigentes al respecto”. Una de las excepciones era la de los servidores del SENA afiliados al ISS.

¹⁰ El decreto 1826 de 1965 fue derogado por el decreto 3041 de 1966 que en su artículo 11, reiteró el contenido del artículo 12 del decreto 1826. A su turno, el literal b) del artículo 11 fue modificado por el decreto 1900 de 1983 en estos términos: “b) Haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización, pagadas durante los últimos 20 años anteriores a la fecha de la solicitud, o haber acreditado un mínimo de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo...”. Ver además el artículo 12 del decreto 758 de 1990

¹¹ En la práctica el Sena expide determinaciones como esta - resolución 0411 de mayo 20 de 1994 - : “PAGO Y RESERVA: El Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA - Regional Cauca, cubrirá mensualmente la pensión reconocida, previo de los descuentos de ley, y se reserva el derecho a cubrirla con el producto de la que por el mismo concepto le reconozca el ISS y de esa fecha en adelante sólo se pagará la diferencia si la hay entre el valor a que tenga derecho y el reconocido por la entidad de previsión social.// AUTORIZACION: El Servicio Nacional de Aprendizaje queda expresamente autorizado por el peticionario, para que llenados los requisitos que exige el I.S.S., de oficio tramite ante dicha entidad de previsión el reconocimiento y pago de la pensión que le corresponde como afiliado, asimismo el SENA por venir pagando el total de la pensión cobrará el retroactivo a que hubiere lugar” –Ver sentencia de la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 20 de enero de 2000, expediente 1086-99, actor Pompilio Muñoz Córdoba, en la que además se dijo:”Lo anterior, porque entre otras cosas, la ley no le permitía al Instituto de los Seguros Sociales asumir el riesgo, toda vez que el artículo 12 del decreto 758 de 1990, exigía como requisitos para el efecto, tener 60 años de edad cumplidos para el varón y un número de 500 semanas de cotización pagadas durante 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier época”.

precisar que los sistemas pensionales consagrados en el decreto 3135 de 1968, la ley 33 de 1985 y el reglamento del Instituto de Seguros Sociales, a términos de la legislación actual, se asemejan al régimen de prima media con prestación definida, caracterizados todos por ser solidarios y conceder a sus afiliados una pensión predeterminada, garantizada por el Estado.

En la referida Consulta 1828, esta Sala señaló:

“...otro de los problemas que se plantea consiste en determinar si un empleado de un establecimiento público, por ejemplo del SENA, que por estar afiliado al ISS percibe pensión de vejez de conformidad con el Decreto 3041 de 1966, en cuantía menor a la pensión de jubilación que percibiría de conformidad con el Decreto 3135 de 1968, tiene o no derecho a que la entidad a la que prestó sus servicios le complemente el valor de la pensión hasta el monto del que le correspondería con base en el último estatuto mencionado. // La Sala, a este respecto considera que los empleados de los establecimientos públicos nacionales tienen derecho a percibir pensión de jubilación bajo las condiciones y en la cuantía prescritas por el artículo 27 del Decreto 3135 de 1961 (sic).

Si la pensión de vejez de un empleado público afiliado al ISS es de cuantía inferior al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, tiene derecho a que el establecimiento público en el cual prestó sus servicios le reconozca la diferencia, porque la afiliación al ISS no implica disminución de la cuantía de la pensión que la ley reconoce a todos los empleados administrativos nacionales, sin excepción alguna, con mayor razón si se considera que el Decreto - ley 1650 de 1977 se limitó a mantener la afiliación de los empleados al ISS, sin prescribir ninguna excepción. Por otra parte, los artículos 5º y 44 del Decreto - ley 1045 de 1978 inequívocamente prescriben que los empleados administrativos nacionales, en ellos comprendidos los de establecimientos públicos tienen derecho a percibir pensión de jubilación en la forma dispuesta por el artículo 27 del Decreto - ley 3135 de 1968 (...)

De lo expuesto se concluye que si las pensiones que reconoce el ISS a sus afiliados son incompatibles con otras de la misma naturaleza, ello no obsta para que si el valor de esas pensiones reconocidas por el ISS a empleados administrativos nacionales es menor que el que le correspondería a los mismos de conformidad con lo prescrito por los artículos 23 y 27 del Decreto 3135 de 1968, la correspondiente entidad administrativa deba completar el primero hasta llegar a este monto”

En igual sentido la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia del 4 de marzo de 1996, expediente 8894, actor Isabel Giraldo de Diaz, sostuvo:

“Significa lo anterior que, no obstante que los servidores del SENA se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, dicho establecimiento, tiene la obligación legal de reconocer a sus servidores la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general, ya que el Instituto de Seguros Sociales, por virtud de su afiliación a él, sólo los reconoce, a los 60 años, la pensión de vejez.

Pero cuando el Instituto asume el riesgo de vejez, sustituye al SENA en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y en consecuencia el goce de la pensión de jubilación en estos casos es incompatible con la pensión de vejez.”¹²

Y en sentencia del 6 de septiembre de 2001, la Subsección “A” de la Sección Segunda, dentro del expediente 11001-03-25-000-1997-3677-01(1275-99), actor Hector Palacios Rivas, se precisó:

“De ahí que al reunirse los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación le corresponda al Sena reconocerla, como en efecto lo hizo en este caso, pero con la expectativa de verse liberado, al ser el actor titular de la pensión de vejez que le pague el ISS, de la obligación de tener que seguir cubriendo en su totalidad la pensión de jubilación, para solo satisfacer la diferencia, si la hubiere, entre la de jubilación y la de vejez, porque para eso pagó las cotizaciones a dicho Instituto, sin que obviamente exista el derecho del demandante de percibir las ambas, porque con excepción de la pensión “gracia” de los docentes, ningún **servidor público** tiene derecho a recibir dos pensiones, **por el mismo tiempo de servicio. (...)** 4. La circunstancia cierta de que la pensión de jubilación que reconoció el SENA y la pensión de vejez que reconoce el ISS sean diferentes, en cuanto a los requisitos de su causación y entidad pagadora, no significa que el demandante tenga derecho a percibir las ambas sin que sean compartidas, porque ello implicaría que, **por el mismo tiempo de servicio** y sin que ninguna norma legal lo autorice, con excepción de la pensión gracia de los docentes, se causaran con cargo al tesoro público, dos pensiones y tal lo prohíbe el artículo 128 constitucional. 5. El fenómeno de compartir pensiones no es exclusivo entre patronos particulares y el ISS, porque también atañe a las entidades públicas que tenían afiliados sus trabajadores a dicho Instituto y estaban obligadas a pagar ellas pensión de jubilación, mientras el Seguro reconocía la pensión de vejez, como se ha visto en el presente caso y para darle aplicación al artículo 128 de la Constitución Política, que impide percibir mas de una asignación del tesoro público, porque como las cotizaciones del Sena son parte de este, la pensión de vejez que pague el Instituto, sería incompatible con la pensión de jubilación, en razón de lo cual, el ente demandado sólo está

¹² En igual sentido pueden consultarse las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 29 de junio de 2000, expediente 1081-99; del 6 de diciembre de 2000, expedientes 739-99 y 763-99

obligado a pagar la parte correspondiente de la pensión que no cubra el Instituto. ¹³”

2. La ley 100 y el régimen de transición de los servidores públicos del Sena.

Ahora bien, la ley 100 de 1993 creó un nuevo sistema de pensiones que transformó la seguridad social en el país y otorgó a los servidores públicos la posibilidad de optar entre dos alternativas, concretadas en dos regímenes excluyentes pero que coexisten, a saber: régimen solidario de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad -art.12 -¹⁴.

El artículo 10 de la ley en comento dispuso que “el sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.”

Las características del sistema están definidas en el artículo 13 ibídem, dentro de las cuales se destacan: afiliación obligatoria - salvo lo previsto para los trabajadores independientes -; selección libre y voluntaria de cualquiera de los regímenes por parte del afiliado; derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, vejez y sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la ley; reconocimiento de las referidas prestaciones con base en las semanas cotizadas o en el capital acumulado,

según el régimen ¹⁵; garantía a los afiliados de una pensión mínima; imposibilidad de recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez; control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria a las entidades administradoras de estos regímenes.

¹³ Ver además sentencias de la Sección Segunda del 6 de septiembre de 2001, expediente 1275-99; del 13 de septiembre de 2001, expediente 3118-99; del 21 de febrero de 2002, expediente 3388-00

¹⁴ El artículo 15 dispuso que serían afiliados al Sistema General de Pensiones, en forma obligatoria, todas aquellas personas vinculadas como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en la ley

¹⁵ Ley 100, art. 17 “ Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen. // Salvo lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley, la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. // Lo anterior será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad.” // Decreto 692/94, art. 19: Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores. //En el caso del régimen solidario de prima media con prestación definida, la obligación de cotizar cesa cuando el afiliado cumpla los requisitos para obtener su pensión de vejez o cuando el afiliado se pensione por invalidez. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, a su cargo, hasta por cinco años adicionales para aumentar el monto de su pensión./ En el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, la obligación de cotizar cesa cuando se cause la pensión de invalidez o de sobrevivientes o cuando el afiliado opte por pensionarse anticipadamente. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, en cuyo caso el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dura la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

Por razones metodológicas y en orden a resaltar la secuencia histórica de la regulación del sistema general pensional, la Sala analizará los textos originales de la ley 100, advirtiendo las modificaciones introducidas.

En cuanto al campo de aplicación el artículo 11 *ibídem* – modificado por la ley 797 de 2003 - consagró que el sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, con pleno respeto de los derechos adquiridos¹⁶.

Ahora bien, dentro de la regulación propia del régimen solidario de prima media con prestación definida, el artículo 36 de la ley 100¹⁷ consagró el régimen de transición¹⁸, en los siguientes términos:

**Texto original
797/03**

Texto modificado por Ley

<p>“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.</p> <p>La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)</p> <p>Lo dispuesto en el presente</p>	<p>Texto igual</p> <p>INC. 2º—Modificado. L. 797/2003, art. 18. La edad para acceder a la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones, requisitos y monto de la pensión de acuerdo a lo señalado en el numeral 2º del artículo 33 y artículo 34 de esta ley, aplicables a estas personas, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.</p> <p>Texto igual</p>
---	---

¹⁶ Mediante la ley 119 de 1994 fue reestructurado el SENA. Su naturaleza es la de un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Su artículo 45 dispuso que continuarían vigentes todos los derechos de los empleados públicos derivados de las relaciones laborales existentes en ese momento, los que no podrían ser desconocidos ni afectados

¹⁷ Analizado por la Corte Constitucional además en la sentencia C-410 de 1994.

¹⁸ “Esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. Sentencia C-789/02 Corte Constitucional.

artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.¹⁹

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

INC. 5º—Modificado. L. 797/2003, art. 18. Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, con excepción de aquellos afiliados que al 1º de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, caso en el cual podrán pensionarse con el régimen anterior cuando cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

a) Que se trasladen al fondo común de naturaleza pública del ISS, el capital ahorrado en su cuenta individual de conformidad con las normas previstas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

b) Que el capital ahorrado en la cuenta individual, descontado el bono pensional, no sea inferior al monto de las cotizaciones correspondientes en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media administrado por el ISS.

Para quienes el 1º de abril de 1994 tenían 15 años de servicios prestados o semanas cotizadas y se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, el monto de la pensión vejez se calculará de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993 para el régimen de ahorro individual con solidaridad.

PAR. 1º—Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez

¹⁹ Este aparte fue declarado exequible en forma condicionada por la Corte Constitucional, mediante sentencia C –789 de 2002.

<p>Parágrafo. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1°) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio ²⁰.”</p>	<p>de que trata el inciso primero (1°) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.</p> <p>PAR. 2°—Adicionado. L. 797/2003, art. 18. Para los efectos de la presente ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.</p>
--	--

Por su parte, el artículo 52 ibidem precisó:

“Entidades administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, **administrarán este régimen** respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.”²¹

Como se advirtió, el sistema general de pensiones se funda, entre otros aspectos, en la obligatoriedad de afiliación (artículo 15 ley 100) y en la libertad de escoger uno de los regímenes establecidos. Mediante decreto 691 de 1994, los empleados del SENA fueron incorporados al sistema²², por estar comprendidos en su literal

²⁰ El artículo 18 de la ley 797 adicionó un segundo párrafo a esta norma: “Para los efectos de la presente ley se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes hoy tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.”

²¹ La norma además dispone: “Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.”

²² El artículo 237 de la ley 100 dispone: “Régimen aplicable a los servidores públicos. El Gobierno Nacional, sujetándose a los objetivos, criterios y contenido que se expresan en la presente ley, y en particular a lo establecido en los artículos 11 y 36 de la misma, podrán incorporar, respetando los

a) y en el artículo 128 de la ley 100 que autorizó a los servidores públicos, que se acogieran al régimen de prestación definida, “a continuar afiliados a la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se hallen vinculados”, la cual era el Instituto de los Seguros Sociales.

La última disposición estableció, en concordancia con los artículos 36 y 52 :

“Estas entidades administrarán los recursos y pagarán las pensiones conforme a las disposiciones de dicho régimen previstas en la presente ley”.

Los empleados del SENA fueron afiliados y cotizaron con destino a riesgos de vejez ²³ a partir del 1° de enero de 1967 al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, situación que se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la ley 100 y con posterioridad a ella.

El decreto 813 de 1994 – reglamentario del artículo 36 de la ley 100, cuyas modificaciones, para el caso, serán precisadas - reiteró que el régimen de transición sería aplicable a todos los servidores públicos con vinculación contractual, legal o reglamentaria y a los afiliados obligatorios o facultativos del Instituto de Seguros Sociales, siempre que a 1° de abril de 1994 hubieran cumplido 40 o más años de edad, si son hombres, o 35 o más años de edad, sin son mujeres y haber cotizado o prestado servicios durante 15 o más años (arts. 1° ²⁴ y 2°) y que el beneficio otorgado por el régimen es el derecho al reconocimiento y pago de la prestación al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, establecidos en las disposiciones que se les venía aplicando (art. 3°) ²⁵.

La situación antes planteada, de la afiliación de servidores de entidades públicas, con régimen propio prestacional, al ISS pesó al momento de expedirse el decreto 1748 de 1995, “Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la ley 100 de 1993” ²⁶, cuyo art. 45, y al efecto dispuso :

Artículo 45. “Empleadores del sector público afiliados al ISS.
Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, **les será aplicable el artículo 5° del decreto 813 de 1994** y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B ²⁷.”

derechos adquiridos, a los servidores públicos, aun a los congresistas, al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud. // La seguridad social procurará ser universal para toda la población colombiana.”

²³ La distinta denominación del riesgo amparado, que es el mismo tanto en el régimen de los servidores públicos – pensión de jubilación – y el propio de los trabajadores particulares – pensión de vejez – contemplado en el reglamento del ISS y en la terminología de la ley 100, no tiene incidencia para el análisis del tema consultado, aunque debe advertirse que en el régimen de transición las normas aplicables se remiten a la pensión de jubilación regulada en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100/93.

²⁴ Ver Sentencia 16717 de 2000 del Consejo de Estado, Sección II.

²⁵ Nótese cómo las normas se refieren a requisitos de edad y tiempo y monto de la pensión, no a la entidad encargada de su administración y pago, frente a lo cual el propio artículo 3° del decreto 813 reiterando el inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 precisó que “Las demás condiciones (...) se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”, para lo cual habrá de remitirse al artículo 52 *ibidem*

²⁶ Este decreto fue modificado en algunos aspectos por el decreto 1513 de 1998 .

²⁷ Sobre bonos pensionales la ley 100 dispone, entre otras cuestiones lo siguiente: “Artículo 115.- Bonos Pensionales. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la

El artículo 5° del decreto 813 fue sustituido por el 2° del decreto 1160 de 1994:

Texto original
D.1160/94

Modificado por

“Transición de las pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos	“Transición de las pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos
--	--

conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones. // **Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad** cumplan algunos de los siguientes requisitos: a.- Que hubiesen efectuado cotizaciones al instituto de Seguros sociales o a las cajas o fondos de previsión del sector público. b.- Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos. c.- Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones. d.- Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones. // Artículo 118.- Clases. Los bonos pensionales serán de tres clases: a.- Bonos pensionales expedidos por la Nación. **b.- Bonos pensionales expedidos por las Cajas, Fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel Nacional a que se refiere el capítulo III del presente título, y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la Caja, Fondo o Entidad emisora.** c.- Bonos pensionales expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la entidad emisora. // Artículo 119.- Emisor y contribuyentes. Los bonos pensionales serán **expedidos** por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado **antes de entrar al régimen de ahorro individual con solidaridad**, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años (...). // Artículo 120.- Contribución a los Bonos Pensionales. Las entidades pagadoras de pensiones a las cuales hubiere estado afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional, con la cuota parte correspondiente (...) // Artículo 121.- Bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación. La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades. // Artículo 122.- Fondos para pago o cuotas partes y bonos pensionales de las cajas, fondos o entidades públicas no sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional. Las cajas, fondos o entidades del sector público que no hayan sido sustituidos por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, destinarán los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus correspondientes bonos pensionales **y de las cuotas partes que les correspondan**, mediante la constitución de patrimonios autónomos manejados por encargo fiduciario de acuerdo con las disposiciones que expida la Superintendencia Bancaria y las garantías que exija el Gobierno Nacional (...)

Los recursos se apropiarán con cargo prioritario a las cotizaciones previstas en la presente ley, y cuando sea necesario también con cargo a los recursos propios de las entidades. // La Nación podrá subrogar las obligaciones de que trata este artículo, para asegurar el pago de las mismas a los beneficiarios del régimen de ahorro individual con solidaridad, y los afiliados a las entidades del régimen de prestación definida, cuando la entidad tenga incapacidad temporal para asumirlas, en las condiciones que se establezcan para el efecto. // Artículo 124.- Fondos para pago de cuotas partes y bonos pensionales de las empresas que tienen a su cargo exclusivo las pensiones de sus empleados. Para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los correspondientes bonos pensionales y de las cuotas partes, a cargo de las empresas que tienen a su cargo exclusivo el pago de las pensiones y de las cajas de previsión del sector privado, se deberán otorgar las garantías que para el efecto determine el Gobierno Nacional”

<p>de aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:</p> <p>a).- Cuando el trabajador cumpla los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.</p> <p>Reconocida la pensión de jubilación por el empleador éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por dicho instituto para otorgar la pensión de vejez a sus afiliados del régimen de transición. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía cubriendo al pensionado.</p> <p>El tiempo de servicios prestados al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, resultante a 1° de abril de 1994, o a título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la junta directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo actuarial se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o a la empresa continuarán con la totalidad de la pensión a su cargo;</p> <p>b).- Cuando a 1° de abril de 1994 el trabajador tuviere 20 o más años de servicios continuos o discontinuos,</p>	<p>de aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:</p> <p>a).- Cuando el trabajador cumpla los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.</p> <p>Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía cubriendo al pensionado.</p> <p>El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, resultante a 1ª de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la junta directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o a la empresa continuarán con la totalidad de la pensión a su cargo;</p> <p>b).- Cuando a 1° de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o</p>
--	---

<p>al servicio del mismo empleador, y 50 o más años de edad si es mujer o 55 o más años de edad si es hombre, el empleador asumirá directamente la pensión de jubilación, y</p> <p>c).- Las pensiones de jubilación reconocidas por el empleador con anterioridad al 1° de abril de 1994 y vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones.</p> <p>PAR.- Lo previsto en este artículo, sólo será aplicable a aquellos trabajadores que prestaron sus servicios a un mismo empleador.”</p>	<p>discontinuos, al servicio del mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de éste, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador, y</p> <p>c).- Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 1° de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones.</p> <p>PAR.- Lo previsto en este artículo, sólo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador.”</p>
--	---

El artículo transcrito, en sus dos versiones, entraña una ficción tendiente a regular la situación específica y atípica de algunas entidades públicas que fueron afiliadas al ente de previsión social de los trabajadores del sector privado. Por consiguiente, no es dable una interpretación exegética, pues del mero tenor literal de la norma no es posible extraer las verdaderas consecuencias derivadas de esta reglamentación exceptiva.

Armonizando la preceptiva citada, la jurisprudencia sentada acerca de la materia y el artículo 5° vigente, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

El supuesto del artículo 5° - pensiones de jubilación a cargo de empleadores del sector privado - no implica que el SENA mude su naturaleza u objeto, de modo que pueda reputarse empleador del sector privado o entidad de previsión social, como tampoco que el ISS adquiera la calidad de empleador de los servidores de aquella entidad. Por consiguiente, la ficción reglamentaria de considerar al SENA como empleador privado no puede tener consecuencias distintas a las que se derivan de su naturaleza y objeto y, por lo mismo, todo entendimiento en contrario desbordaría los límites de la ley.

Lo anterior permite concluir que al SENA sólo le corresponde, de manera transitoria y compartida, reconocer y pagar pensiones de jubilación a algunos de sus empleados de manera excepcional, y que, en consecuencia, según los literales a) y c) del artículo 5° en cita, corresponderá al ISS reconocer y pagar las pensiones de manera permanente a los servidores a él afiliados al cumplir los requisitos que se les venían exigiendo en el régimen anterior - sin perjuicio de la compartibilidad - entidad de previsión a la que los empleados del SENA vienen cotizando desde 1967, por las siguientes razones:

a) Ante todo, debe advertirse que según el párrafo, el artículo 5° tiene aplicación respecto de “aquellos trabajadores que prestaron sus servicios a un

mismo empleador”, expresión esta última que, para el caso, no debe tomarse de forma genérica como Estado, sin hacer distinción de las entidades y órganos que lo componen, pues la normatividad en estudio demuestra que se quiso diferenciar, de manera precisa, cual de todas las entidades – empleadora ²⁸ o aseguradora de riesgos – es la obligada al reconocimiento y pago de la prestación, pues de ello se derivan específicas consecuencias financieras, máxime cuando el sistema se funda (i) en las cotizaciones de los trabajadores y de los empleadores, (ii) en la determinación de las entidades que por haberlas recibido tienen de forma directa y permanente a su cargo el pago de las prestaciones y (iii) en el derecho de repetir las cuotas partes de las entidades en que se prestaron los servicios o a las cuales se cotizó, como se verá.

Sin embargo, puesto que los requisitos exigidos en los decretos 3135/68 y 1849/69 y la ley 33/85, difieren en la edad requerida por los varones para obtener la pensión de jubilación – 55 años – y el reglamento del ISS, que prevé la de 60 años, tal como se hizo por vía jurisprudencial con anterioridad a la vigencia de la ley 100, debe regularse esta diferencia, pues ella repercute de manera ostensible en el equilibrio financiero de las entidades involucradas en el pago de la prestación.

Así, el inciso segundo del literal a) consagra la compartibilidad de las pensiones, en este caso entre el ISS – quien hará el reconocimiento permanente a partir del cumplimiento de los 60 años - y el SENA, de modo que esta entidad reconoce la pensión y la paga de forma transitoria hasta el cumplimiento por el empleado de los requisitos exigidos por el ISS, al que deberá seguir cotizando entretanto. Cumplidos ellos, la prestación será cubierta por el ISS y la diferencia que exista en el monto estará a cargo del SENA.

El inciso tercero del literal a), para el evento bajo estudio, no produce efectos, pues los empleados del SENA han venido cotizando para pensiones desde 1967 a favor del ISS. Se reitera, que esta conclusión se supedita a que el empleado no se haya trasladado al régimen de ahorro individual. Por tanto no hay lugar a traslado del valor del cálculo actuarial, bajo el supuesto que el SENA ha sido el único empleador.

b) Por las consideraciones acabadas de exponer, el artículo 5° respecto del SENA se aplica para regular la compartibilidad de la pensión y, por lo mismo, el literal b) no produce efectos en relación con aquél. Valga añadir que la norma, como se anotó, está destinada, en la práctica a regular las obligaciones de los empleadores que efectivamente son del sector privado, sin que ello sea óbice para proteger los recursos del ISS frente a obligaciones derivadas de los requisitos del régimen pensional ordinario de los empleados públicos en el régimen anterior a la ley 100.

²⁸ Por principio, antes de la ley 100/93, todo servidor público debía estar afiliado a una caja, fondo o entidad de previsión social encargada de reconocer y pagar las prestaciones. Sin embargo, en algunos casos, como en el del INCORA, se autorizó que se asumiera esta obligación. De otra parte y de manera general, la omisión de afiliación al trabajador, tanto en el sector público como en el privado, generaba obligación de pagar pensiones. Ahora, desde la perspectiva del sector privado, la norma adquiere plena claridad, en la medida en que numerosas empresas – por ej. cementeras, petroleras y de aviación civil – por no estar afiliadas al ISS, asumían directamente y de manera permanente el pago de pensiones. Tal la razón por la cual, no puede existir una interpretación exegética de la calidad ficta de empleador privado que se atribuye para efectos de compartibilidad a determinadas entidades públicas, que no han tenido ni tienen el carácter de cajas, fondos o entidades de previsión.

Esta interpretación no quebranta el principio de inescindibilidad, pues el régimen de transición y la remisión que el artículo 45 del decreto 1748 de 1995 hace del artículo 5° del decreto 813, con las modificaciones dichas, no puede ir más allá de los marcos estrictos de la ley 100 y del objeto específico de las entidades públicas que por naturaleza no están destinadas a reconocer y pagar pensiones de forma permanente. Por tanto, el carácter excepcional de entidad empleadora del sector privado que por ficción reglamentaria asume el SENA, sólo produce efectos en relación con la compatibilidad del pago de la pensión en la forma dicha.

c) Ahora bien, en el evento de que el trabajador no hubiere prestado sus servicios a un mismo empleador del sector público que tuviere afiliados sus servidores al ISS, deberá seguirse la regla prevista en el artículo 6°, lit. a), iii - del decreto 813. Dispone el artículo 6° :

“Artículo 6°. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo primero del presente decreto, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando a 1° de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 años o más, continuos o discontinuos, de servicios al Estado cualquiera sea su edad, o cuente con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales.

ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público.

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a alguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público con anterioridad al 1° de abril de 1994, seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, y

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono

pensional, calculado en la forma como lo determine el Gobierno Nacional.”

En consideración a que los empleados del SENA no estaban afiliados a ninguna de las cajas, fondos o entidades de previsión del sector público, debe darse aplicación a la norma específica que regula la obligación del ISS en el caso concreto, esto es, el aparte iii. En este orden de ideas, el ISS debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión **conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando**, o sea, en los términos de la ley 33 de 1985 y/o de los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Salta a la vista que del artículo 6° no se derivan obligaciones para el SENA, en cuanto no tiene la calidad de “entidad de previsión” y por lo mismo no afilia servidores públicos. En consecuencia, atendiendo estos mismos elementos, se entiende que la regulación se refiere al ISS que cumple tales características respecto de los empleados del SENA.

En efecto, según el artículo 6°, lit. a), iii) el obligado a reconocer y pagar la pensión es **la entidad de previsión a la cual se encuentre el trabajador afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando**, regulación que desarrolla lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100, en cuanto la edad para acceder a la pensión de vejez es la prevista “en el régimen anterior”.

Sin embargo, esta responsabilidad debe ser ajustada a las consecuencias financieras derivadas para el ISS ante la obligación de pagar pensiones en cumplimiento de requisitos diferentes, en forma particular respecto de los varones menores de 60 años y, de manera eventual, el monto de la prestación, que puede resultar superior al que debe reconocer el ISS, sin que en la práctica haya lugar a la aplicación de la compartibilidad a que se hizo alusión, por no estarse en presencia de un mismo empleador.

Por tanto, para evitar las consecuencias adversas a las finanzas del ISS ante la obligación derivada del artículo 6° del decreto 813 en las condiciones anotadas, se precisa dar aplicación a la segunda parte del inciso cuarto del artículo 4° de la ley 490 de 1998, aplicable a todas las entidades públicas del orden nacional. Dispone la norma :

“Las entidades públicas del orden nacional, que de acuerdo con lo establecido en las respectivas normas, estén obligadas a concurrir con el pago de las pensiones causadas con anterioridad al primero de abril de 1994, suprimirán las obligaciones recíprocas que por concepto de cuotas partes hayan asumido, efectuando en sus estados financieros los registros contables correspondientes. **Las obligaciones pensionales causadas a partir de tal fecha, se financiarán además de los recursos previstos en la ley, con el bono pensional o cuota parte que para el efecto deberá expedir la entidad que esté en la obligación de concurrir en el pago de la respectiva pensión, o la que haga sus veces, emitido a favor de la entidad encargada del pago de dicha prestación**”.²⁹

²⁹ Esta norma resulta armónica con el art. 2° de la ley 33/85, según el cual “la caja de previsión obligada al pago de la pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no

Esta disposición provee acerca de la obligación de concurrencia de las entidades empleadoras al pago de la prestación, en las cuotas partes que les corresponda, medio de garantizar el equilibrio del sistema. De este modo, el ISS asume la obligación en los términos de la legislación anterior para dar cumplimiento al régimen de transición, con derecho a repetir todas las cuotas causadas a cargo de otras entidades públicas en las que se prestaron los servicios y se efectuaron los aportes, incluido el SENA. Este sistema racionaliza el cobro de los aportes por el ISS, entidad aseguradora del riesgo, que cuenta con la infraestructura y la experiencia necesarias, dada su calidad de entidad especializada en seguridad social.

d) Por último, el decreto 2527 de 2000, por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la ley 100,³⁰ ratifica las conclusiones anteriores de la Sala al disponer:

“Artículo 1º Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades **respecto de quienes tuvieron el carácter de afiliados** a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos:

1.- Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden nacional hubieren cumplido al 1º de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media (...)

3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones (...).”

De este precepto se deduce que su aplicación no se extiende al SENA, entidad que no tiene por su naturaleza y objeto la condición de caja, fondo o entidad

afiliados a ellas, o contra las respectivas cajas de previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos” y con el inciso segundo del art. 7º de la ley 71/88.

³⁰ En sentencia del 20 de mayo de 2003, expediente 110010315000200300083 01, número interno 107, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, frente a un caso de conflicto de competencia entre las empresas públicas de Medellín y el ISS en relación con una solicitud de reconocimiento de una pensión precisó que “El decreto 2527 de 2000 define la situación en la medida en que en él se fijaron las responsabilidades y forma de hacer efectivos los derechos de quienes se encontraban en situación de transición, en los términos previstos en la ley 100 de 1993.” Allí además se expresó: “Los artículos 52 y 128 de la ley 100 de 1993 no se aplican para resolver las hipótesis previstas en el numeral 3º del artículo 1º del decreto 2527 de 2000, en razón de que ellas precisan cuáles son las entidades autorizadas para administrar el régimen de prima media con prestación definida prevista en la ley 100 de 1993, mas no cual es la entidad que debe reconocer la pensión en los eventos en que el empleado público o trabajador oficial hubiere cumplido 20 años de servicios o contare con las cotizaciones requeridas en la entidad en la fecha de vigencia del sistema de seguridad social.”

pública que reconozca y pague pensiones de manera permanente y que, por lo mismo, no cumple el requisito de contar con afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones. La obligación transitoria y excepcional, impuesta al SENA –compartibilidad-, primero por vía de jurisprudencia y doctrina judicial, y luego como remedio para evitar desequilibrios financieros al sistema general de pensiones, no desnaturaliza la entidad ni le atribuye funciones o competencias que, conforme al artículo 121 de la Carta, no están previstas en la ley.

De esta manera los empleados del SENA en régimen de transición, que prestaron sus servicios a diferentes entidades públicas, tienen derecho a que el ISS como entidad de previsión a la cual estaban afiliados y como administradora de pensiones del régimen de prima media, les reconozca y pague la pensión de jubilación, en los términos del artículo 5° del decreto 2527:

“Artículo 5°. **Régimen de transición en el ISS.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo anterior, el ISS, como administradora de pensiones del régimen de prima media a la que se pueden vincular los beneficiarios del régimen de transición, deberá reconocer la pensión respetando los beneficios derivados de dicho régimen, siempre y cuando éstos no hayan perdido el régimen de transición de acuerdo con la ley.”

Salta a la vista que el decreto quiso regular de manera expresa y especial la transición en el ISS, en consideración a su carácter de entidad de previsión del sector privado con afiliados del sector público. Por lo mismo, la posibilidad de darle aplicación al mismo a entidades públicas que no tengan por objeto el reconocimiento y pago permanente de pensiones se descarta³¹. Obsérvese que la norma tiene en cuenta para la regulación, el objeto del ISS como administradora de pensiones del régimen de prima media, tomando como referente los beneficiarios del régimen de transición, a los cuales deberá pagarles en su calidad de afiliados la pensión cuando cumplan los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando, dada la condición de entidad de previsión que el instituto ostenta.

En este contexto, toda discusión acerca del término “exclusivamente” que aparece en el artículo 1° del decreto 2527 carece de sentido. Sin embargo, la Sala considera pertinente destacar que esta palabra no implica que las cajas fondos o entidades de previsión social – encargadas todas por razón de su objeto del reconocimiento y pago de pensiones, antes y después de la vigencia de la ley 100, incluido el ISS dentro de ellas-, hubieran sido relevados de las obligaciones derivadas de la afiliación ordinaria de afiliados y de la recepción de las cotizaciones de empleadores y trabajadores, para trasladarlas a entes que no las tienen ni las han adquirido por su naturaleza, por su objeto o por la ley. Tal expresión significa que en los casos señalados en el artículo primero, la obligación

³¹ El legislador para distinguir las entidades públicas con objeto específico relacionado con la seguridad social dispuso en el artículo 13 de la ley 33/85 : “Para efectos de esta ley – ‘por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público’ – se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional, departamental (...), municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que, por ley, reglamento o estatutos, **tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes**”. Así, conforme al artículo 28 del Código Civil, no pueden darse interpretaciones extensivas de la norma para inferir o disponer que otras entidades, distintas a las señaladas en la norma, puedan ser consideradas cajas de previsión. Establece el art. 28 : “... cuando el legislador las haya definido – las palabras – expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

corre a cargo “exclusivo” de aquéllas, es decir sin intervención alguna de entidad distinta a “las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones (...) respecto de quienes tuvieran **la calidad de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.**”, en la forma establecida en el artículo 1° ibídem. Otro entendimiento llevaría al absurdo de atribuir funciones de aseguradoras de riesgos a entidades públicas que no tienen por objeto cubrirlos, ni han recibido – no podían hacerlo – cotizaciones para los efectos pensionales mencionados.

La Sala responde

El reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados del SENA, beneficiarios del régimen de transición, se regula por la ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios 813 y 1160 de 1994, 1748 de 1995, la ley 490 de 1998, artículo 4° y el decreto 2527 del 2000, artículo 5°.

Transcríbese al señor Ministro de Protección social. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE
Consejero

PATRICIA MIER BARROS
Conjuez

OSCAR JIMENEZ LEAL
Conjuez

JORGE SUESCUN MELO
Conjuez

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala