

**PENSION DE JUBILACION DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA –  
Sustitución pensional. Incompatibilidad con pensión del Instituto del Seguro Social**

La entidad empleadora que afilió sus empleados al I.S.S. debe, en principio, asumir el reconocimiento y pago transitorio de la pensión hasta cuando se cumplan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el I.S.S., en cuyo caso este Instituto, ahora sí en forma definitiva, asumirá la carga prestacional concreta frente a su afiliado. La mencionada sustitución constituye el fundamento por el cual el beneficiario no puede percibir simultáneamente la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, toda vez que ello quebranta la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política, en el sentido que no es posible “recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”, en otras palabras, no es procedente que los empleados del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes entidades acreditando para ello el mismo tiempo de servicio.

**FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 / DECRETO 1950 DE 1973 / LEY 27 DE 1992  
/ DECRETO 2460 DE 1970 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 121**

**SUMAS PAGADAS EN EXCESO – Buena fe**

Para efectos de dirimir este aspecto es oportuno hacer referencia al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, según el cual los particulares de buena fe no están obligados a devolver las sumas percibidas a título de prestaciones periódicas.

**FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 136**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

**Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011).-**

**Radicación número: 27001-23-31-000-2008-00113-01(2289-10)**

**Actor: LUIS ENRIQUE MARTINEZ IBARGUEN**

**Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**

**AUTORIDADES NACIONALES.-**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, que negó las súplicas de la demanda incoada por Luis Enrique Martínez Ibarguen contra el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

**LA DEMANDA**

LUIS ENRIQUE MARTÍNEZ IBARGUEN, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó hacer las siguientes declaraciones:

- La nulidad de los artículos 2° y 3° de la Resolución No. 1856 de 25 de noviembre de 1996, proferida por el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Regional Antioquia y Chocó, que le reconoció al actor su pensión de jubilación.
- La nulidad de los artículos 1°, 2° y 3°, literales a) y b), de la Resolución No. 00069 de 30 de enero de 2002, expedida por el Secretario General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, que declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 1856 de 25 de noviembre de 2001 (sic).
- La nulidad de los artículos 1° y 2° de la Resolución No. 00774 de 26 de junio de 2002, emanada del Secretario General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 00069 de 30 de enero de 2002, decidiendo: a) modificarla en el sentido de indicar que la Resolución No. 1856 fue suscrita en el año 1996; y, b) confirmarla en lo demás.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Ordenarle “al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, que en lugar del pago de una parte de su pensión mensual vitalicia de jubilación, le pague al demandante el 100% de dicha pensión más los reajustes legales e indexación de cada una de las mesadas causadas y no pagadas, desde el 22 de octubre de 2000 y hasta cuando se haga efectivo el pago, tal y como fue reconocida la pensión mensual vitalicia de jubilación por medio de la Resolución 1856 del 25 de noviembre de 1996 anexa, sin perjuicio del disfrute pleno por parte del demandante de la pensión mensual vitalicia de vejez que le reconoció el Instituto de Seguros Sociales por medio de la resolución 017974 del 27 de julio de 2001”.
- Disponer que las sumas adeudadas devengarán intereses comerciales y moratorios en los términos del artículo 177 del C.C.A.
- Condenar en costas a la entidad accionada, en caso de oponerse a las pretensiones de la demanda.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, por medio de la Resolución No. 1856 de 25 de noviembre de 1996, le reconoció al actor su pensión de jubilación. Esta prestación estuvo vigente hasta el 30 de enero de 2002, fecha en que la entidad accionada reconoció una porción de este derecho reduciendo su valor a la suma de \$435.071, en lugar de seguir pagando el equivalente a \$1.612.809 que venía percibiendo el actor.

La anterior decisión se fundamentó en que el Seguro Social, dando aplicación a la Resolución No. 017974 de 2001, estaba pagando el valor restante.

Sin embargo, el Instituto de Seguros Sociales, por medio de la Resolución No. 017974 de 2001, le reconoció al accionante una pensión distinta a la de jubilación, a saber, la pensión de vejez por encontrarse asegurado frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte. En efecto, ambas prestaciones pueden devengarse simultáneamente cuando el interesado reúna los requisitos para disfrutar una y otra, ya que cada una tiene origen, requisitos legales y fuentes de financiación diferentes.

Entonces, el SENA no podía revocar unilateralmente el acto de reconocimiento pensional sin el consentimiento expreso y escrito del actor.

## LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 48 y 58.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 73.

La Ley 171 de 1961.

De la Ley 33 de 1985, el artículo 1°.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 1° a 19 y 31 a 37.

Del Decreto 3135 de 1968, el artículo 27.

El Decreto 1848 de 1969.

Del Decreto 2464 de 1970, los artículos 97, 126 y 128.

Del Decreto 1045 de 1978, el artículo 45.

Del Decreto 758 de 1990, el artículo 1°.

Del Acuerdo No. 49 de 1990, el artículo 20.

El demandante consideró que los actos acusados estaban viciados de nulidad, por las siguientes razones:

El SENA, unilateralmente y vulnerando los derechos adquiridos del accionante, disminuyó el valor de su mesada pensional de \$1.612.809 a \$435.071, pues erróneamente consideró que dicha pensión de jubilación era igual a la de vejez que reconoce el Instituto del Seguro Social.

En efecto, la pensión de vejez no es una prestación social sino una contraprestación comercial que se reconoce en virtud de la celebración de un contrato de seguro por adhesión mediante el cual se han acumulado unos ahorros en un fondo de capitalización y que se entregan a título de pensión por la ocurrencia del siniestro asegurado. Entre tanto, la pensión de jubilación es una prestación social gratuita que el Estado le reconoce al trabajador cuando cumple los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos por la Ley.

Entonces, a través de los actos acusados, el SENA redujo la mesada de la pensión de jubilación que disfrutaba el demandante y expropió, sin indemnización alguna, los ahorros que venía acumulando en el Fondo que administra el Instituto de Seguros Sociales para la atención de los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Además, convirtió en temporal y parcial un derecho que desde un principio se configuró como vitalicio e íntegro.

En consecuencia, el accionante tiene derecho a percibir en forma completa, vitalicia y simultánea las pensiones de jubilación y vejez que se han causado por cumplir los requisitos que la ley exige para acceder a cada una de ellas, pues se trata de prestaciones compatibles.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose

a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fls. 311 a 330, c.ppal.):

El SENA, mediante la Resolución No. 1286 de 19 de noviembre de 1990, le informó al accionante que a partir de la fecha en que el ISS le reconociera la pensión de vejez, la entidad demandada solamente le pagaría el mayor valor; sin embargo, “cuando el ISS le notificó la resolución pensional de vejez, guardó silencio ante el SENA y cobró las dos mesadas (las del SENA y las del ISS).”.

En este orden de ideas, el pago total de la mesada pensional por parte de la entidad empleadora estaba sujeto a una condición resolutoria y, en consecuencia, cuando ésta se cumpliera daría lugar a la pérdida de fuerza ejecutoria de la decisión de la administración, tal como lo establece el artículo 66 del C.C.A. Empero, ello no vulnera el derecho pensional, pues su cuantía sigue incólume con la diferencia de que tanto el SENA como el ISS concurren en el cumplimiento de la obligación

Entre tanto, el SENA queda facultado para cobrar al pensionado el mayor valor percibido en el período en que devengó simultáneamente las dos pensiones de jubilación y vejez por parte del SENA y del ISS, respectivamente. Así, la accionada expide un acto administrativo, que constituye un título ejecutivo, en el cual se determina el monto del valor adeudado.

Lo anterior ocurre en consideración a que no es posible que respecto de un mismo tiempo de servicio se pretenda el reconocimiento de 2 pensiones, pues en casos como el presente el SENA cotiza al Seguro Social con el objetivo que éste pague en el futuro la pensión, toda vez que de conformidad con los Decretos 2460 de 1970 y 1014 de 1978, los empleados del SENA deben afiliarse al Instituto de Seguros Sociales para efectos de cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Ahora bien, los beneficiarios del sector público se pensionan con 50 o 55 años de edad y 20 de servicio, mientras que los reglamentos del I.S.S. exigen 55 o 60 años de edad y 1000 semanas cotizadas. Entonces, frente a esta diferencia en los requisitos pensionales, la jurisprudencia ha indicado que los derechos de los funcionarios públicos no pueden verse afectados y, por lo tanto, el SENA debe asumir el pago de la prestación mientras se cumplen los requisitos para que el I.S.S. reconozca la pensión de vejez, quedando la primera únicamente a cargo de la diferencia en el monto pensional, si la hubiere.

Como excepciones se proponen las siguientes: a) ineptitud sustantiva de la demanda, pues en este caso se debía instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la acción de reparación directa; además, el actor omitió solicitar la nulidad de los actos que en su sentir vulneraban sus derechos; b) caducidad; c) cobro de lo no debido; d) buena fe en la actuación de la entidad demandada; e) compensación; y, f) la genérica.

#### LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, mediante sentencia de 20 de agosto de 2010, negó las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos (fls. 419 a 432):

La excepción de inepta demanda, propuesta por la entidad accionada, no está llamada a prosperar, pues el demandante interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como era procedente, individualizando correctamente los actos acusados.

Tampoco se encuentra probada la excepción de caducidad de la acción, toda vez que los actos

que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo.

Entre tanto, las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y compensación se decidirán al estudiar el fondo de la controversia.

Ahora bien, el asunto puesto en consideración de la Sala ha sido analizado en varias oportunidades por el Consejo de Estado, concluyendo que al personal adscrito al SENA se les aplican las mismas normas de los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, esto es el Decreto 3135 de 1968 y demás normas concordantes.

Además, en consideración a que los servidores públicos del SENA están afiliados al ISS, tienen derecho al reconocimiento de su pensión de vejez en los términos del Decreto 3041 de 1966 y, por lo tanto, en caso de que tuvieren que percibir una suma inferior a la que les correspondería por concepto de pensión de jubilación, el SENA deberá completar el valor de la prestación a que haya lugar.

De otro lado, el actor invoca la aplicación de la sentencia de 12 de agosto de 1999, proferida por el Consejo de Estado; sin embargo, en el Sub lite no es posible acudir al referido precedente jurisprudencial, toda vez que el mismo fue objeto de rectificación en el año 2000.

En este orden de ideas, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, puesto que los actos acusados fueron expedidos de conformidad con la normatividad vigente.

#### EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del A quo, exponiendo los motivos de inconformidad que a continuación se indican (fls. 437 a 445):

El SENA, mediante la Resolución No. 1856 de 25 de noviembre de 1996, le reconoció al actor su pensión vitalicia de jubilación al tenor de lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, de lo cual se infiere que la aludida prestación no tenía carácter provisional, sino que constituía un derecho adquirido y no estaba sujeto a condición o reserva alguna.

Entre tanto, la pensión de vejez que reconoce el ISS se otorga con base en las cotizaciones efectuadas por el beneficiario y, por lo tanto, el SENA no se encuentra facultado para menoscabar unilateralmente los derechos del accionante.

Entonces, a través de los actos acusados, el SENA quebrantó el artículo 73 del C.C.A., pues revocó la pensión de jubilación del actor sin contar con su consentimiento expreso y escrito. Esta tesis fue sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia de 12 de agosto de 1999, expediente No. 725-99, C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, actor: Ovidio Ruiz Belalcázar.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

#### CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si el demandante tiene derecho a que el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, le continúe pagando el 100% de su pensión de jubilación en la forma como le fue reconocida, sin perjuicio del disfrute de la pensión vitalicia por vejez que le reconoció el Instituto de Seguros Sociales, ISS.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- El 25 de noviembre de 1996, mediante la Resolución No. 1856, el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Regional Antioquia y Chocó, le reconoció al actor su pensión de jubilación en cuantía de \$883.948, efectiva a partir del 30 de noviembre de 1996. En su artículo 2° dispuso (fls. 160 a 167, c.3):

“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 I.S.S. fecha a partir de la cual sólo se pagará la diferencia si la hay, entre el valor a que tenga derecho y el reconocido por la entidad de Previsión Social.”.

- El 27 de julio de 2001, por medio de la Resolución No. 017974, el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca, le reconoció al actor su pensión de vejez, así (fl. 28, c.2):

A PARTIR DE	PENSIÓN
22 OCT 2000	1.177.738
01 ENE 2001	1.280.790

- El 30 de enero de 2002, a través de la Resolución No. 00069, el Secretario General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, declaró la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 1856 de 25 de noviembre de 2001 (sic), en cuanto a la obligación de pagar el valor total de la mesada pensional, toda vez que se cumplió la condición resolutoria a la cual estaba sujeta la prestación, puesto que el I.S.S., mediante la Resolución No. 017974 de 27 de julio de 2001, le reconoció al demandante su pensión de vejez, efectiva a partir del 22 de octubre de 2000. Igualmente, expresó que el SENA únicamente quedaría obligado a pagar el mayor valor entre la pensión que venía pagando y la otorgada por el I.S.S. A su turno, en el artículo 3° del referido acto, se dispuso (fls. 168 a 169, c.3):

“ARTÍCULO TERCERO: Como el SENA pagó al señor LUIS ENRIQUE MARTÍNEZ IBARGUEN el ciento por ciento (100%) de las mesadas pensionales hasta el 30 de noviembre de 2001, habiéndola asumido parcialmente el ISS desde el 22 de octubre de 2000, se ordena:

a. Que la Tesorería de la Regional del SENA haga efectivo el retroactivo patronal reconocido por el ISS a favor del SENA en la Resolución 017974 de 2001, por el período comprendido entre el 22 de octubre de 2000 al 31 de julio de 2001, correspondiente a \$14.132.855.

b. El señor LUIS ENRIQUE MARTÍNEZ IBARGUEN debe reintegrar en la Tesorería de la

Seccional del SENA Chocó, o del SENA donde habite, la suma de CINCO MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL CIENTO SESENTA PESOS (\$5.123.160), por concepto del mayor valor que le pagó el SENA en las mesadas de agosto a noviembre de 2001, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”.

- El 26 de junio de 2002, mediante la Resolución No. 00774, el Secretario General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, desató el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 00069 de 30 de enero de 2002, decidiendo: a) modificarla en el sentido de indicar que la Resolución No. 1856 fue suscrita en el año 1996; y, b) confirmarla en lo demás (fls. 170 a 175, c.3).

Con base en el anterior acervo probatorio, procede la Sala a desatar la controversia teniendo en cuenta el régimen prestacional de los empleados del SENA, al igual que las disposiciones legales y constitucionales aplicables al caso concreto.

i) Del régimen prestacional de los empleados del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

De conformidad con las disposiciones de los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y la Ley 27 de 1992, los servidores públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público. Igualmente, el Decreto 2460 de 1970 prevé que tienen derecho a las prestaciones sociales consagradas en la ley para dicha clase de funcionarios, es decir que les son aplicables las normas que regulen lo concerniente a tales prestaciones para quienes se encuentren vinculados al mencionado sector público.

En efecto, el Decreto 2464 de 1970, mediante el cual se aprobó el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, estableció la aludida previsión en los siguientes términos:

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

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

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

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

A su turno, el artículo 35 del Decreto Ley 1014 de 1978, modificado por el artículo 16 del Decreto Ley 415 de 1979, estableció que el SENA garantizaría a sus empleados el cubrimiento de servicios médicos y prestaciones sociales afiliándolos a una entidad asistencial o de previsión, teniendo derecho a recibir los servicios y prestaciones sociales establecidos en general por la entidad asistencial a que estén afiliados. En lo pertinente estableció:

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

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

Aquellos funcionarios que se encuentren incapacitados por enfermedad, devengarán durante la incapacidad y proporcionalmente a ésta, una suma equivalente al sueldo asignado al cargo.

Entiéndase en este caso que el empleado cede su derecho al SENA para que efectúe el cobro de la incapacidad ante la entidad asistencial o de previsión.

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

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

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

El SENA incluirá en su presupuesto las partidas requeridas para el desarrollo de programas de seguridad industrial y salud ocupacional, que garanticen el mantenimiento de un buen estado de salud física y mental del empleado.

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

Ahora bien, pese a que los empleados del SENA continúan “afiliados” al I.S.S., ello no impide que su régimen prestacional sea el general de la rama administrativa al tenor del artículo 126 del Decreto 2464 de 1970. Además, el artículo 35 del Decreto 1014 de 1978 ordena la continuidad de afiliación del personal del SENA al I.S.S. sin modificar lo pertinente al régimen de la pensión de jubilación determinado en el artículo 126 del Decreto 2464 de 1970, pues modificó otras prestaciones.

No obstante lo anterior, es decir, a pesar de que los empleados del SENA se encuentren afiliados al I.S.S., la entidad empleadora (el SENA) tiene la obligación provisional o transitoria de reconocer la pensión de jubilación a los empleados que cumplan los requisitos previstos por el régimen de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva. Esta situación tiene fundamento en el hecho que los requisitos en dicho régimen son inferiores respecto de los establecidos por el Instituto de Seguros Sociales para reconocer la pensión de vejez. De esta forma se protege la situación pensional de los empleados del SENA permitiéndoles gozar de la prestación mientras satisfacen los requisitos para que el I.S.S. reconozca dicho beneficio.

Se concluye, entonces, que la entidad empleadora que afilió sus empleados al I.S.S. debe, en principio, asumir el reconocimiento y pago transitorio de la pensión hasta cuando se cumplan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico respecto de los seguros que ofrece el I.S.S., en cuyo caso este Instituto, ahora sí en forma definitiva, asumirá la carga prestacional concreta frente a su afiliado.

En este orden de ideas, el I.S.S. en ningún momento se sustrae de la obligación de asumir el reconocimiento y pago de la prestación social, pues lo que ocurre es que el derecho lo reconoce el SENA temporalmente pero con la finalidad que cuando se cumplan los requisitos para que al beneficiario se le otorgue la pensión de vejez por parte del I.S.S. dicha entidad cumpla con este deber. Así, lo que se presenta es una sustitución de la entidad obligada a continuar pagando la prestación, es decir, que el I.S.S. sustituye al SENA en su obligación de reconocer la pensión de jubilación, asumiendo el riesgo de vejez.

La mencionada sustitución constituye el fundamento por el cual el beneficiario no puede percibir simultáneamente la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, toda vez que ello quebranta la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política, en el sentido que no es posible “recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”, en otras palabras, no es procedente que los empleados del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes entidades acreditando para ello el mismo tiempo de servicio.

Entre tanto, puede ocurrir que cuando el I.S.S. reconozca la prestación lo haga en cuantía inferior a la que se deriva de aplicar el régimen general de los servidores públicos, caso en el cual el SENA deberá asumir el pago de la diferencia resultante y, por lo tanto, se hablará de una pensión compartida.

Al respecto, esta Corporación ha manifestad:

“4. Los empleados de los establecimientos públicos nacionales tienen derecho a percibir pensión de jubilación. Ahora bien, si un empleado de un establecimiento público como el SENA, que por estar afiliado al ISS percibe pensión de vejez de conformidad con el Decreto 3041 de 1966, tuviese que recibir una suma menor que la que le correspondería por pensión de jubilación, tiene derecho a que el SENA le complemente el valor de la pensión hasta el monto de lo que le correspondería con base en el último estatuto mencionado porque su afiliación al ISS no implica disminución de la cuantía de la pensión que la ley reconoce a todos los empleados administrativos nacionales, tanto más cuando el Decreto Ley 1650 de 1977 se limitó a mantener la afiliación de los empleados al ISS sin establecer ninguna excepción.

De igual manera si las condiciones de goce de la pensión establecidas por el ISS son diferentes de las señaladas para los empleados públicos nacionales, por ejemplo en relación con la edad y el tiempo de servicio, el SENA, que en este caso funge como patrono, tiene el deber de cubrir la pensión hasta que el ISS deba asumirla de acuerdo con sus condiciones especiales.

(...)

5. Esta es la situación aplicable al actor y ello explica que el SENA al expedir el acto mediante el cual le reconoció la pensión se hubiera reservado el derecho a que el ISS la asumiera cuando el actor cumpliera los requisitos establecidos para obtener el beneficio en esa entidad, **con la obligación del SENA de cubrir solamente el excedente, si lo hubiere.**” (Resalta la Sala).

De los anteriores razonamientos se infiere válidamente que el SENA actuó conforme a derecho al declarar la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de reconocimiento de la pensión de jubilación del actor en consideración a que el I.S.S. ya se había hecho cargo de la prestación; sin perjuicio de que la entidad empleadora asuma la diferencia pensional entre la cuantía reconocida en un principio por ésta y la determinada por el I.S.S., tal como en efecto lo hizo.

ii) Devolución de dineros a favor del SENA.

Ahora bien, en las pretensiones de la demanda se solicitó la nulidad del literal b) del artículo 3° de la Resolución No. 00069 de 30 de enero de 2002, que le ordenó al accionante la devolución de la suma de \$5.123.160, “por concepto del mayor valor que le pagó el SENA en las mesadas de agosto a noviembre de 2001”.

Para efectos de dirimir este aspecto es oportuno hacer referencia al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, según el cual los particulares de buena fe no están obligados a devolver las sumas percibidas a título de prestaciones periódicas.

A su vez, el principio de la buena fe está consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, en virtud del cual “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 éstas.”.

El concepto de buena fe hace referencia al comportamiento leal y honesto que deben asumir los particulares y autoridades para mantener un orden justo y permitir el goce efectivo de los derechos y oportunidades de los asociados. Además, por mandato Constitucional, se presume la buena fe de los particulares en sus relaciones con las autoridades del Estado, siendo deber de quien alegue la mala fe demostrar los hechos sobre los cuales se fundamenta.

En el sub júdice la presunción de buena fe que ampara al actor no ha sido desvirtuada por la entidad accionada, pues de acuerdo con la conducta asumida ante la administración y en la Jurisdicción Contencioso Administrativa se observa que ha actuado con el convencimiento que tiene derecho a percibir las pensiones de jubilación y vejez simultáneamente y en forma completa.

Para efectos de dilucidar la forma como se aplica el principio de buena fe en el caso de pensiones compartidas, la Corte Constitucional ha analizado lo concerniente a quién corresponde informar que el beneficiario goza de una segunda prestación a cargo de otra entidad, distinguiendo las siguientes hipótesis:

“1. Que la obligación de informar sobre el nuevo reconocimiento pensional al antiguo empleador corresponda al beneficiario mismo de la pensión, dado que es quien puede decir con certeza si tanto su ex empleador como la entidad de seguridad social están cumpliendo con sus obligaciones en cuanto al pago de las mesadas pensionales.

2. Que la obligación de informar sobre el nuevo reconocimiento pensional a su antiguo empleador corresponda a la entidad de seguridad social que hace el reconocimiento, pues conociendo que un empleador ha venido haciendo aportes respecto de uno de sus ex trabajadores, estaría obligada a informarle a éste sobre el nuevo reconocimiento, con el único fin de que dicho empleador tome las previsiones, de acuerdo con la ley, para ajustar su obligación a las nuevas circunstancias.

3. Que sea el antiguo empleador que hizo el primer reconocimiento, quien deba informarse acerca de cuáles de sus ex trabajadores están próximos a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la entidad de seguridad social, a la cual sigue cotizando, para así adelantar las gestiones que le permitan reducir, modificar o extinguir por completo su obligación pensional”.



