

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



Señora Juez

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIRÓZ

Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Barranquilla

Correo electrónico: adm06bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Radicación: **08001-3333-006-2019-00264-00**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **JAIME EDUARDO BACCA DE LOS RIOS**
Demandado: **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**

MARÍA ANGÉLICA CANTILLO BARRIOS, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Barranquilla, identificada con la cédula de ciudadanía número 22.668.018 expedida en Barranquilla y Tarjeta Profesional de Abogado N° 137213 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, según consta en el poder adjunto, conferido por la Directora Regional del SENA Atlántico, de acuerdo a las facultades conferidas a ella por el señor Director General del SENA, mediante Resolución N° 00236 de 2016, con todo respeto y estando dentro del término legal, procedo a **contestar la demanda** del proceso de la referencia. En tal sentido expongo las siguientes consideraciones, con el fin de que sean tenidas en cuenta al momento de proferir sentencia:

I. RESPUESTA A LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS

Me opongo a que se acceda a las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, por cuanto no existen los fundamentos legales y de hecho que respalden las mismas y por el contrario, su infundio está debidamente sustentado en los párrafos siguientes que dan respuesta a los hechos de la demanda, y en las excepciones previas y de fondo que se plantearán más adelante.

A LA PRIMERA: Me opongo a que se declaren nulas las resoluciones 01-0771 del 8 de mayo de 2019 y la 01-1225 del 15 de julio de 2019, toda vez, que el demandante omite la compartibilidad y en ese sentido el retroactivo que le correspondería al SENA, pues para el periodo de enero y febrero de 2019 recibió de esta entidad el 100% de su mesada pensional, al mismo tiempo que la recibía de COLPENSIONES, omitiendo la compartibilidad y la condición resolutoria que le fue debidamente notificada mediante la Resolución 00509 de agosto 18 de 1995, expedida por el SENA, y que quedó ejecutoriada dado que el actor no interpuso oportunamente el recurso respectivo. En todo caso la Resolución No. 1-0771 del 08 de mayo de 2019, notificada el 24 de mayo de 2019 **no reconoce ni niega derecho pensional alguno**, sino que es de naturaleza ejecutiva, pues su objeto es ejecutar la Condición Resolutoria ya aceptada por el pensionado, hoy demandante.

A LA SEGUNDA: 2.1 Me opongo a esta pretensión, pues así como en la anterior, con el ataque a la resolución objeto de esta pretensión la demandante

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



desconoce el derecho del SENA a recibir el retroactivo precitado, a lo cual no se opuso oportunamente al ser notificado de la Resolución que ordenaba tal reembolso y el SENA tiene como soporte legal el concepto de “COMPARTIBILIDAD” de la pensión de jubilación que pagan los empleadores afiliados al ISS y la de vejez que paga Colpensiones, antes Instituto de Seguros Sociales, es de origen legal y por ende su aplicación no es discrecional o unilateral para las entidades estatales, de tal forma no tiene limitación en el tiempo, mientras las normas que lo fundamentan estén vigentes; aún si en el acto administrativo que reconoce la pensión no se indica que cuando el ISS reconozca la pensión de vejez el SENA pagará sólo la diferencia entre las dos pensiones, esta Entidad estaría facultada para aplicar la compartibilidad en virtud de las normas establecidas por el Acuerdo 224 del 19 de diciembre de 1966, que fue aprobado por el Decreto 3041 de 1966.

2.2. Nos oponemos, ya que estas pretensiones son consecuencias de las pretensiones anteriores, así que acataremos lo que el señor Juez decida.

2.3. Nos oponemos, ya que estas pretensiones son consecuencias de las pretensiones anteriores, así que acataremos lo que el señor Juez decida.

2.4. Nos oponemos, ya que estas pretensiones son consecuencias de las pretensiones anteriores, así que acataremos lo que el señor Juez decida.

II. RESPUESTA A LOS HECHOS

Sobre los hechos de la demanda que la actora presentó, me pronuncio de la siguiente manera:

AL PRIMERO: Es cierto.

AL SEGUNDO: Es cierto.

AL TERCERO: Parcialmente cierto, y aclaro el reconocimiento de pensión del SENA a través de Resolución No. 0509 de 1995, fue por TRESCIENTOS SIETE MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS (\$307.406,00), adicionalmente, el demandante omite informar al señor Juez que en esa misma Resolución mediante la cual el SENA le reconoció la pensión de jubilación, también se resolvió lo siguiente:

“ARTICULO CUARTO: RESERVA: EL SENA, se reserva el derecho a cubrir parcial o totalmente el valor de esta pensión con el valor de la que por el mismo concepto le reconozca el ISS, fecha a partir de la cual sólo se pagará la diferencia si la hay entre el valor a que tenga derecho y el reconocido por la Entidad de Previsión Social.

QUINTO: AUTORIZACION; El servicio Nacional de Aprendizaje “SENA” queda expresamente autorizado por el peticionario, para que llenados los requisitos el ISS, de oficio trámite ante dicha Entidad de Previsión el reconocimiento y pago de la

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



pensión que le corresponde como afiliado, así mismo el SENA por venir pagando el total de la pensión cobrará el retroactivo a que hubiere lugar.”

(He resaltado)

Al quedar ejecutoriada esa Resolución, huelga concluir que el retroactivo causado debe entregarse al SENA, al igual que la diferencia pensional, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento ilícito por un doble pago pensional recibido por la demandante.

AL TERCERO (Repetida la numeración): Según los documentos aportados por el actor, es Cierto y COLPENSIONES, procedió a realizar el reconocimiento de pensión de vejez respectivo a través de acto administrativo.

AL CUARTO: No es cierto, el SENA al expedir la resolución 1-0771 de 2019 “Por la cual se declara una pérdida de ejecutoriedad, se señala el valor de una diferencia Pensional y se determinan unas sumas por restituir”, no necesita informar este hecho a COLPENSIONES, corresponde al excedente de las mesadas de enero y febrero 2019 que no quedaron incluidas en la resolución de ISS, hoy Colpensiones, simplemente por el trámite administrativo de proyección, revisión, aprobación y suscripción de la misma. De tal forma, que el demandante, pese a conocer completamente la Condición Resolutoria y la obligación de reintegro transcritas en precedencia, **rechaza ahora devolver completamente el valor que recibió de más y que anticipadamente aceptó devolver.** Por lo anterior, la manifestación que hace el demandante sobre su ausencia de obligación de reintegrar al SENA la suma de \$1.637.970,00 es una apreciación meramente subjetiva e incoherente, pues de manera expresa contradice su propia aceptación del deber de reintegrar establecido en Artículo Segundo de la Resolución N° 1-0771 de 2019 y esto queda soportado el artículo Cuarto y Quinto de la resolución SENA 0509 de 1995.

Es preciso aclarar que el reintegro al que se opone la demanda del actor, es de la misma naturaleza que el reintegro de los conceptos a favor del SENA, que no quedaron incluidas en la resolución de Colpensiones, simplemente por el trámite administrativo de proyección, revisión, aprobación y suscripción de la misma.

El SENA se soporta legalmente para ello en el fenómeno de la “COMPARTIBILIDAD” de la pensión de jubilación que pagan los empleadores afiliados al ISS y la de vejez que paga Colpensiones, antes Instituto de Seguros Sociales, es de origen legal y por ende su aplicación no es discrecional o unilateral para las entidades estatales, de tal forma no tiene limitación en el tiempo, mientras las normas que lo fundamentan estén vigentes; aún si en el acto administrativo que reconoce la pensión no se indica que cuando el ISS reconozca la pensión de vejez el SENA pagará sólo la diferencia entre las dos pensiones, esta Entidad estaría facultada para aplicar la compartibilidad en virtud de las normas establecidas por el Acuerdo 224 del 19 de diciembre de 1966, que fue aprobado por el Decreto 3041 de 1966.

AL QUINTO: Es parcialmente cierto. El SENA no suspende arbitrariamente

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



la pensión sino que simplemente da cumplimiento o ejecución a la condición resolutoria una vez, Colpensiones, reconoce pensión de vejez al demandante.

AL SEXTO: Es cierto. Los argumentos legales quedaron amplia y claramente esgrimidos en la Resolución SENA 1-0771 de 2019 y la Resolución 1-1255 de 2019.

AL SEPTIMO: No es cierto. Colpensiones asume lo que en el acto administrativo de reconocimiento de pensión de vejez, considera debe asumir, y el SENA asume lo que legalmente le corresponde; para ello debe observarse el concepto de compartibilidad pensional, que se esbozará más adelante.

SOBRE LITIS LITISCONSORCIO NECESARIO: En punto de lo anterior, cabe precisar que el derecho fundamental establecido por el Art. 48 de la Constitución Política de Colombia, acerca del respeto debido a todos los derechos adquiridos en materia pensional, NO ha sido violado ni incumplido por el SENA, pues consta que, sobre el valor de la mesada a su cargo, siempre le ha reembolsado a la demandante el equivalente al aporte cotizado a Salud. Evidentemente, el cumplimiento de tal derecho fundamental también debía ser acatado por el ISS, hoy Colpensiones, que al momento de reconocerle a la actora su pensión de vejez debió considerar y tener en cuenta la circunstancia del Art. 143 de la Ley 100 de 1993 que le había otorgado ese beneficio, el cual no perdía vigencia.

AL OCTAVO: No es cierto, el SENA siempre paga y consigna a la EPS correspondiente los conceptos y porcentajes de ley de seguridad social que legalmente le corresponden.

AL NOVENO: No es cierto como está redactado, y aclaro: El fenómeno de la “COMPARTIBILIDAD” de la pensión de jubilación que pagan los empleadores afiliados al ISS y la de vejez que paga Colpensiones, antes Instituto de Seguros Sociales, es de origen legal y por ende su aplicación no es discrecional o unilateral para las entidades estatales, de tal forma no tiene limitación en el tiempo, mientras las normas que lo fundamentan estén vigentes; aún si en el acto administrativo que reconoce la pensión no se indica que cuando el ISS reconozca la pensión de vejez el SENA pagará sólo la diferencia entre las dos pensiones, esta Entidad estaría facultada para aplicar la compartibilidad en virtud de las normas establecidas por el Acuerdo 224 del 19 de diciembre de 1966, que fue aprobado por el Decreto 3041 de 1966.

AL DECIMO: No es un hecho, el poder es un documento soporte.

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

El tema de la COMPARTIBILIDAD PENSIONAL entre la pensión de jubilación que reconoce el empleador y la que de vejez que reconoce el ISS con base en las cotizaciones hechas por ese empleador, ya ha sido analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-940 de 2001, en la que se señaló:

“... se evidencia un imperativo inexcusable para el pensionado de comunicar a la Caja Agraria la ocurrencia del reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS. Sin embargo, el señor ... no sólo omitió atender dicho mandato, sino que guardó silencio por cerca de ocho (8) años, hasta cuando la Caja Agraria, su antiguo empleador, descubrió que había efectuado durante ese periodo un pago superior al que estaba obligado y en consecuencia procedió a dar estricto cumplimiento a lo consignado en la resolución que reconocía la pensión de jubilación. Actuación ésta que se estima legítima y que no desconoce derechos adquiridos por el peticionario. // ... // Así las cosas, la conducta asumida por el accionante en el caso que nos ocupa, no responde de manera cierta a la obligación que le asistía según los términos señalados por la resolución expedida por la Caja Agraria, sino que por el contrario, el absoluto silencio mantenido por cerca de ocho (8) años denota una conducta carente de buena fe, característica ésta que debe acompañar en principio, a todas las actuaciones desarrolladas tanto por particulares como por entidades y funcionarios públicos. Este principio desarrollado suficientemente por la jurisprudencia de esta Corte, encuentra su fundamento en los artículos 83 y 95 de la Constitución, que establecen, el primero, que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, ..., y el segundo a los deberes de las personas en los numerales primero y séptimo así: “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Consideramos que el SENA ha actuado de conformidad con las normas legales vigentes como lo explicamos en los siguientes argumentos:

Los actos administrativos de COMPARTIBILIDAD pensional que profiere el SENA contienen tres aspectos diferentes, que por unidad de materia y economía procesal se tratan en un mismo acto administrativo, pero que tienen diferente origen y fundamento. Esos aspectos son:

1. La declaratoria de pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución pensional en cuanto a la obligación a cargo del SENA de pagar el 100% del valor de la mesada, que contiene las siguientes particularidades:
 - a. Señalamiento de la condición resolutoria a la cual estaba sometida la vigencia de esa obligación (reconocimiento de la pensión por parte del ISS con base en los aportes pagados para pensión por esta Entidad -2/3 partes- durante su vinculación laboral), y que tiene como fundamento los argumentos de hecho, de derecho, jurisprudenciales y doctrinales, y que confluyen en la COMPARTIBILIDAD de las dos pensiones.

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



Tal y como consta en el inciso segundo del Artículo Cuarto y Quinto de la Resolución SENA 00509 de 1995, el cual no fue objeto de reposición, el demandante asumió -con su conducta concluyente al no recurrir esta decisión-, el deber de reintegrar al SENA lo recibido en exceso. De tal manera, el Art. Segundo de dicha resolución constituye una verdadera CONDICION RESOLUTORIA en los términos del artículo 1536 del Código Civil, pues existiendo amplios fundamentos que respaldan su aplicación, el funcionario encargado debe hacerlo para resguardar el patrimonio del Estado.

Como se indicó, el pago de la diferencia entre las dos mesadas (SENA-ISS) se basa (entre otras razones) en el artículo segundo de la **Resolución pensional** No. 01863 de 2008, que establece que cuando el ISS reconozca la pensión el SENA sólo pagará la diferencia entre las dos mesadas, y en el artículo 66 numeral 4º del Código Contencioso Administrativo concordante con el numeral 4 del artículo 91 del C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011), el cual establece la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuando se cumpla la condición resolutoria a la que se encontraba sometido el acto administrativo (ipso facto); por eso, la Resolución de COMPARTIBILIDAD es solamente un acto DECLARATIVO.

- b. Declaratoria de la ocurrencia de esa condición resolutoria y de la COMPARTIBILIDAD, y
 - c. Señalamiento del valor de la diferencia entre las dos mesadas, si la hay.
2. Cobro del retroactivo patronal reconocido por Colpensiones al SENA en sus Resoluciones pensionales: En cuanto a este aspecto encontramos necesario aclarar que la Entidad no necesita autorización del pensionado, ya que se trata de un pago reconocido por el Instituto en su resolución, que a su vez es consecuencia de la COMPARTIBILIDAD PENSIONAL, porque si el ISS/Colpensiones está obligado a pagar la pensión de vejez desde la fecha que el afiliado cumple los requisitos de edad y semanas de cotización, el SENA también tiene derecho a pagar desde la fecha en que el ISS reconozca la pensión solamente la diferencia; esto significa, que cuando el ISS profiere la Resolución con posterioridad a la fecha del reconocimiento (como normalmente ocurre), el retroactivo por el tiempo transcurrido entre la fecha a partir de la cual ese Instituto reconoce la pensión hasta la que profiere la Resolución le corresponde al SENA, porque durante todo ese tiempo el SENA le pagó al pensionado el 100% del valor de la mesada, debiendo pagar sólo la diferencia entre las dos mesadas, es decir que el SENA le pagó al pensionado esa parte de la mesada que ya el ISS asumió en su Resolución desde antes de haber sido proferida.
3. Establecimiento de la deuda del pensionado con la Entidad por el mayor valor pagado en las mesadas pensionales:

En este aspecto, la Resolución de COMPARTIBILIDAD es el acto que establece la deuda y se constituye en título ejecutivo para su cobro,

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



porque aunque la deuda ya existe con anterioridad (toda vez que el pensionado ya recibió el mayor valor de las mesadas por parte del SENA a sabiendas de que cuando el ISS lo pensionara solamente tenía derecho a recibir del SENA la diferencia entre las dos mesadas), no existe por regla general un acto o documento anterior que precise el monto exacto de esa deuda.

La CONDICION RESOLUTORIA, consistente en la pérdida de fuerza ejecutoria que se declara en el acto administrativo 01-0771 del 8 de mayo de 2019 y la 01-1225 del 15 de julio de 2019, no corresponde a la voluntad de la administración o del pensionado, **sino que tiene los siguientes fundamentos**, que más allá de la incompatibilidad entre la pensión reconocida por esta Entidad y la de Colpensiones, demuestran la legalidad de la COMPARTIBILIDAD pensional en el caso presente:

1.- Respecto a la viabilidad de aplicar el artículo 3º y 4º de la Resolución pensional 00509 de 1995, se observa:

El fenómeno de la “COMPARTIBILIDAD” de la pensión de jubilación que pagan los empleadores afiliados al ISS y la de vejez que paga Colpensiones, antes Instituto de Seguros Sociales es de origen legal y por ende su aplicación no tiene limitación en el tiempo, mientras las normas que lo fundamentan estén vigentes; aún si en el acto administrativo que reconoce la pensión no se indica que cuando el ISS reconozca la pensión de vejez el SENA pagará sólo la diferencia entre las dos pensiones, esta Entidad estaría facultada para aplicar la compartibilidad en virtud de las normas que a continuación se relacionan:

Desde el año 1966, el artículo 62 del Acuerdo 224 del 19 de diciembre de ese año, que fue aprobado por el Decreto 3041 de 1966, dispuso que:

*“**Las prestaciones de los Seguros de Invalidez, vejez y muerte dispuestas en este reglamento, sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez**”.*

Los artículos precedentes a esa norma son el 60 y 61 del mismo Acuerdo, que como excepción a la regla general de la sustitución de las obligaciones patronales por parte del ISS, contempla la asunción de obligaciones por parte de ese Instituto cuando las personas se afilien a él por primera vez llevando laborados ya 15 o más años continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de \$800.000, para las cuales dispone el artículo 60 que:

“... Al cumplirse el tiempo de servicio y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación , pero continuarán cotizando en este Seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión , siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono.”,

Dicha situación es la que precisamente se ha denominado COMPARTIBILIDAD pensional.

Entonces, si por excepción a las personas que a la fecha de iniciarse la obligación de afiliarse al ISS ya llevaban 15 años o más trabajando con un empleador se les aplicaba la COMPARTIBILIDAD pensional, cuanto más a quienes llevaban menos tiempo de vinculación laboral, pues para esos casos opera lo dispuesto en el transcrito artículo 62 del mencionado Acuerdo, que también fue claro en señalar que esa COMPARTIBILIDAD opera ipso jure, al disponer que: **“Las prestaciones de los Seguros de Invalidez, vejez y muerte dispuestas en este reglamento, sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez”.** (Hemos resaltado y subrayado).

Ahora, si bien los artículos 60 y 62 que hemos transcrito se refieren a la pensión de jubilación contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo, estas normas también son aplicables por igualdad y dentro de la normatividad que les corresponde, a los empleados y empleadores del Sector Público que legalmente podían afiliarse al ISS, pues por disposición del artículo 3º de la Ley 90 de 1946:

“Para los efectos de la presente ley (por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales), **estarán asimilados a trabajadores particulares los empleados y obreros que presten sus servicios a la Nación, los Departamentos y los Municipios ...”** (El resaltado es nuestro).

Posteriormente, el artículo 5º del Acuerdo ISS 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del 4 de octubre de 1985, reguló la compartibilidad de las pensiones reconocidas por los empleadores del sector privado afiliados al ISS, a los cuales se asimilan los empleadores del sector público afiliados también a ese Instituto, señalando que:

“Los patronos inscritos en el Instituto de los Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del decreto ... otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagado por el patrono. // ... ”.

Este aparte de la norma fue consignado en términos similares en el artículo 18 del Acuerdo ISS 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



Como se observa, el fundamento de la compartibilidad pensional no es el artículo 2º de la Resolución pensional del SENA, pues en él solamente se indica la existencia de la facultad legal que tiene la entidad para aplicar esa compartibilidad, sin que la existencia o vigencia de ese artículo 2º sea condición legal de procedibilidad, pues las normas que consagran la compartibilidad no establecen que esta será viable en la medida que exista un acto administrativo previo que declare la posibilidad de aplicarla, sino que opera en virtud de la ley.

La pensión de jubilación no ha estado sometida a condición resolutoria; lo que queda sujeto a esa condición en virtud de la compartibilidad pensional es el pago de la mesada pensional por parte del empleador, en este caso el SENA. La Resolución 1-0771 de 2019, no implica reconocimiento o negación prestacional, ni mucho menos la disminución o pérdida del derecho a la pensión de jubilación, ni afecta ese derecho; reitero que lo que en ella se hace es declarar la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución pensional 2795 DE 06 DE OCTUBRE 2008, **pero solamente en cuanto a la obligación a cargo del SENA de pagar el 100% del valor de la mesada**, que es la obligación que se encontraba sujeta a condición resolutoria en virtud de la ley, por la COMPARTIBILIDAD pensional; tan vigente continúa el derecho pensional de jubilación, que esa es la razón por la cual esta Entidad asume el pago de la diferencia entre esta pensión y la del ISS, para que la sumatoria de las dos mesadas corresponda al valor de la pensión causada por los años de servicio al Estado, que es el mismo tiempo (traducido en semanas de cotización) con base en el cual el ISS le paga la pensión. **De tal suerte, la Resolución 1-0771 de 2019 tiene más un carácter ejecutor de la Condición Resolutoria** que ya había quedado en firme al ser Debidamente notificada sin que el demandante interpusiera oportunamente contra ella los recursos que procedían.

Se reitera entonces, que esa CONDICION RESOLUTORIA y la pérdida de fuerza ejecutoria no corresponden a la voluntad de la administración o del pensionado, sino que tiene –además–, los siguientes fundamentos, que más allá de la incompatibilidad entre la pensión reconocida por esta Entidad y la del ISS, demuestran la legalidad de la COMPARTIBILIDAD pensional en el caso presente:

2. Legales:

El SENA, desde la creación del entonces denominado Instituto Colombiano de Seguros Sociales I.C.S.S., afilió a todos sus funcionarios para los riesgos de invalidez, vejez y muerte que asumió ese Instituto desde enero de 1967; vinculación que se mantuvo en forma general hasta la entrada en vigencia del sistema pensional establecido en la Ley 100 de 1993, **por disposición de los artículos 127 del Decreto 2464 de 1970 y 35 del Decreto 1014 de 1978**, que establecían:

Artículo 127: **“SEGURO SOCIAL.- Los empleados y trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA continuarán afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.- I.C.S.S. // En los lugares donde no hayan servicios de**

“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!



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.”

Artículo 35: “**SEGURO SOCIAL.- Los empleados públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, continuarán afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, ISS. // 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 el SENA como los empleados continuarán cotizando por los riesgos de invalidez, vejez y muerte al ISS.**”.
(HE RESALTADO)

Esa vinculación de los servidores del SENA al ISS fue antes del 1o. de abril de 1994 una excepción a la regla general de que la Entidad de seguridad social de los trabajadores del sector privado era el ISS y la de los servidores del sector público era la Caja Nacional de Previsión Social, pero era una **excepción con pleno fundamento legal**, ya que además de ser una orden impuesta por las normas transcritas anteriormente, el artículo 3° de la Ley 90 de 1946 (por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales) estableció que “**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 ...**” y el artículo 134 del Decreto 1650 de 1977 (Por el cual se determina el régimen de la prestación de los Seguros Sociales Obligatorios), señaló que “**Los servidores del Estado que en la actualidad están afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (I.C.S.S.), conservarán tal calidad respecto del Instituto de Seguros Sociales**”. Por su parte el artículo 5° del Decreto 3128 de 1983 estableció: “**son afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social, con las excepciones que señala la Ley, las personas naturales que prestan sus servicios en cualesquiera de la rama del poder público del orden nacional sean empleados públicos o trabajadores oficiales...**” (HE RESALTADO).

Como consecuencia de esa vinculación excepcional generada por mandato normativo, los funcionarios que se pensionaron antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994 para el nivel nacional) y quienes son beneficiarios del régimen de transición, se encontraron y se encuentran, con que las normas pensionales del sector público establecen requisitos diferentes a los exigidos por el ISS en sus reglamentos; mientras las primeras exigen 50 o 55 años de edad y 20 años de servicios, en el segundo se exigen 55 o 60 años de edad y 1.000 semanas cotizadas.

Ante esta diferencia normativa de requisitos, los artículos 60 y 62 del Acuerdo 224 del 19 de diciembre de 1966 (aprobado por el Decreto 3041 del mismo año), y el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 de 1990), establecieron la COMPARTIBILIDAD PENSIONAL. Así mismo, la Jurisprudencia, definiendo casos concretos del SENA, determinó que para no afectar los derechos del funcionario que le conceden las normas del sector público, la Entidad debía asumir el pago de la pensión cuando cumpliera los requisitos de jubilación, y luego, cuando el ISS reconociera la pensión de

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



vejez con base en las cotizaciones que le hizo el SENA, esta Entidad pagaría solamente la diferencia, si la hubiere, para mantener el monto de la pensión.

Recogiendo lo señalado por las normas anteriores y la Jurisprudencia, los artículos 5° - literal a) del Decreto 813 de 1994 (que fue modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994) y 45 del Decreto 1748 de 1995, establecieron lo siguiente:

Artículo 45 Decreto 1748 de 1995:

“EMPLEADORES DEL SECTOR PUBLICO 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 5o. del decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B”.

Artículo 5o. del Decreto 813 de 1994 (modificado por el artículo 2° del Decreto 1160 de 1994):

“Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador. // 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”.

3. De hecho:

El pago de los aportes por parte del SENA al ISS durante toda la vinculación laboral del funcionario, implica para la Entidad el derecho correlativo a liberarse de la obligación pensional hasta el monto de la que reconozca el ISS, porque la razón del pago de esos aportes era que el Instituto asumiera la pensión cuando el afiliado cumpliera los requisitos exigidos por éste. Lo contrario significaría **privar al SENA del derecho a la Seguridad Social** por el simple hecho de estar dentro de la excepción anotada con anterioridad, que como se dijo, no sólo tiene pleno respaldo normativo, sino que fue ordenada legalmente.

Pero además de que los aportes con que el ISS reconoce la pensión de vejez son los pagados por esta Entidad, debe tenerse en cuenta que el tiempo de servicios con base en los cuales se reconocen las dos pensiones también es el mismo (que en el ISS se traduce en semanas cotizadas), y no puede un solo hecho generar dos prestaciones económicas (pensiones) que amparan el mismo riesgo, la edad.

Para que en virtud de las normas anteriores a la Ley 100 una persona cause la doble pensión (jubilación - vejez), debe haber cumplido independientemente

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



los requisitos exigidos para cada una de ellas, es decir, además de cumplir la edad de cada normatividad, haber cotizado 1.000 semanas como trabajador del sector privado y 20 años en entidades del sector público. Mientras no sea así, y el ISS reconozca la pensión con base en los aportes que le haga el SENA y el tiempo laborado por el afiliado en esta Entidad, la consecuencia es la anotada en la Resolución que reconoce la pensión de jubilación.

4.- Jurisprudenciales y doctrinales:

La actuación de la administración en este caso, encuentra también fundamento jurisprudencial y doctrinario; La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció en el mismo sentido a través del concepto 1828 del 18 de marzo de 1983, y Jurisprudencialmente podemos señalar sentencias como la proferidas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 8 de abril de 1988, el 7 de julio de 1989 y el 11 de junio de 1990, así como la del Tribunal Administrativo de Arauca del 13 de junio de 1996, en el proceso radicado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el No.31560.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 4 de marzo de 1999, con ponencia del Consejero doctor Flavio Augusto Ramírez Arce, Expediente: No. 14956, actor: Luis Eduardo De la Rosa Gutiérrez, señaló lo siguiente:

*“Con el reconocimiento de la pensión de vejez, el Instituto sustituyó la obligación radicada en Cabeza del SENA, según voces del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, sin perjuicio de que ésta asumiera el mayor valor que le corresponda al demandante por concepto de pensión de jubilación de conformidad con el Decreto Ley 3135 de 1968. // **No se está pues desconociendo el derecho adquirido a la pensión de jubilación, ni se le está desmejorando.** Lo único que se obtiene mediante las disposiciones acusadas es liberar al SENA de la carga prestacional que fue asumida por el ISS.// y **tampoco es de recibo, como alega el demandante, que pueda devengar las dos pensiones dado que el reconocimiento fue hecho por entidades diferentes que, además, solo administran recursos de los patronos y los empleados, pues el origen de dichas prestaciones, tanto la pensión de vejez que reconoce el ISS y la de jubilación a cargo del SENA, tienen la misma causa y amparan la eventual pérdida de la capacidad para trabajar por razón de haber llegado a determinada edad, luego mal pueden percibir, por un mismo motivo, dos veces la misma prestación...**” (El resaltado es nuestro)*

La misma Subsección A – Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencias proferidas el 6 de abril de 2000 en los procesos 1082 y 1083, así como el 27 del mismo mes y año dentro del expediente 1087/99, reiteró las anteriores afirmaciones, señalando que el pago de la diferencia pensional SENA - ISS **tiene claro sustento legal**, que las dos prestaciones económicas **se generan por la misma causa y para amparar el mismo riesgo** y que la decisión

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



adoptada por esta Entidad se ajusta a derecho.

Adicionalmente, la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado, en sentencias proferidas el 6 de diciembre de 2000 en los expedientes 739-99, 763-99 y 1848-99, declaró la legalidad de la actuación del SENA en casos similares y agregó que “La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes instituciones”. Con respecto a la sentencia 7109 del 27 de enero de 1995, el Consejo de Estado aclaró en la sentencia del expediente 763-99 que “...en efecto determinó la compatibilidad entre pensiones, pero derivadas de servicios diferentes, unos prestados al sector privado y otros al sector público...” (El resaltado es nuestro)

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de septiembre de 2001 proferida dentro del expediente No. 52001-23-31-000-310-01, manifestó que **“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,”**

En sentencias del 5 de julio de 2001 y 24 de agosto del mismo año, proferidas en los expedientes 1998019600/0518/2001 y 19980190/1269/2001, respectivamente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado concluyó que **“No se trata de una doble pensión sino de una misma pensión compartida y el SENA sólo tiene el deber legal de asumir el mayor valor...”**

Recientemente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 1º de diciembre de 2005 proferida dentro del expediente No. 25000-23-25-000-2001-03515-01, manifestó que:

*“Cuando el I.S.S. asume el riesgo de vejez sustituye al SENA en su obligación de reconocer la pensión de jubilación. Así, realmente se presenta una sustitución de la entidad encargada de asumir la obligación (aunque no tenga la misma denominación) y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. **La ley no autoriza que por los mismos tiempos de servicios estatales los funcionarios del SENA perciban dos pensiones a cargo de diferentes Instituciones.**”*

Y más adelante, sobre el tema de la unificación de la jurisprudencia en el tema de la compatibilidad pensional manifestó que:

En efecto, por la época de los hechos se proferieron múltiples sentencias de la Sección 2º del Consejo de Estado que admitieron la posibilidad que los antiguos empleados públicos del Sena obtuvieran reconocimiento y percibieran la pensión de jubilación a cargo de esta

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



entidad junto con la pensión reconocida posteriormente por el ISS y, en esas condiciones, no aceptaron la reserva y la devolución de pagos hechos por el SENA. **Sólo a finales del año 2000 se unificó la Jurisprudencia de la Sección 2° del Consejo de Estado** sobre esta materia, coincidiendo en la solución de las dos subsecciones; por lo tanto en principio, tanto la administración como los pensionados a partir de esta año tuvieron una “seguridad jurídica” emanada de providencias judiciales unificadas sobre este punto de derecho **y, así, al futuro no podía alegarse duda sobre el particular.**

Como se observa, en este momento no sólo es mayoritario el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado que señala la legalidad de la actuación de la Entidad en estos casos, sino que sobre el tema de la compartibilidad pensional ya se unificó la jurisprudencia de la sección 2° del Consejo de Estado.

A la luz del artículo 1536 del Código Civil, los anteriores argumentos constituyen una **CONDICION RESOLUTORIA** del pago del cien por ciento de la mesada pensional por parte del SENA, pues en virtud de la COMPARTIBILIDAD de la pensión SENA con la del ISS, esa obligación (de pagar el 100%) va hasta cuando el Instituto (hoy Colpensiones) reconozca la pensión con base en los aportes y el tiempo de servicio SENA, quedando en adelante la Entidad obligada al pago de la diferencia, si la hay, para mantener el monto de la pensión por edad; pero esa pérdida de fuerza ejecutoria, no afecta el derecho del pensionado, ya que el valor de la mesada pagada por el ISS y el de la diferencia reconocida por esta Entidad suman el valor de la pensión que le corresponde por sus servicios al Estado durante más de 20 años, que es el mismo tiempo con base en el cual el Instituto le paga la pensión.

Como puede entonces concluirse, el pago del mayor valor entre la pensión SENA y la del ISS, no se fundamenta en la incompatibilidad de las pensiones de jubilación y vejez por provenir ambas del tesoro público, ni mucho menos constituye una revocatoria directa de la resolución en la que esta Entidad reconoció la pensión, sino que ante la COMPARTIBILIDAD de esa pensión con la pensión que le reconoció el ISS en virtud de los aportes pagados por la Entidad y el afiliado, es consecuencia de la PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA de la Resolución 01883 de 2008, en cuanto a la obligación a cargo del SENA de pagar el cien por ciento de la mesada pensional que por edad le fue reconocida en ese acto administrativo, por haberse cumplido la CONDICIÓN RESOLUTORIA a la que estaba sometida la vigencia de esa obligación, de conformidad con del Código Contencioso Administrativo, que dispone: “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: // ... 4) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentra sometido el acto.”

Por lo anterior, la normatividad aplicable en este caso es el artículo 66 numeral 4° del C. C. A., ya que la pérdida de su fuerza ejecutoria, opera en virtud de lo dispuesto por el legislador en este artículo y no por voluntad de la

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



administración, cuya resolución no exige formalismos especiales, autorización del administrado, ni proceso judicial previo, toda vez que se trata de un simple acto declarativo de la ocurrencia de la condición y de sus consecuencias.

4. Respecto al cobro del retroactivo patronal por parte del SENA, es consecuencia de los argumentos señalados anteriormente, porque si el ISS está obligado a pagar la pensión de vejez desde la fecha que el afiliado cumple los requisitos de edad y semanas de cotización, el SENA también tiene derecho a pagar desde la fecha en que el ISS reconozca la pensión solamente la diferencia; esto significa, que cuando el ISS profiere la Resolución con posterioridad a la fecha del reconocimiento (como normalmente ocurre), el retroactivo por el tiempo transcurrido entre la fecha a partir de la cual ese Instituto reconoce la pensión hasta la que profiere la Resolución le corresponde al SENA, porque durante todo ese tiempo el SENA le pagó al pensionado el 100% del valor de la mesada, debiendo pagar sólo la diferencia entre las dos; es decir que el SENA le pagó al pensionado esa parte de la mesada que ya el ISS asumió en su Resolución.

Además de los argumentos anteriormente citados, en la Circular No. 502 del 2 de Diciembre de 2002, proferida por la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, dispuso que conforme a las normas legales que regulan la compartibilidad de las pensiones, los empleadores tienen la obligación de pagar la pensión de jubilación de carácter compartida, hasta el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez que reconoce el ISS asegurador, quedando a cargo del empleador, la diferencia cuando la pensión reconocida por el ISS sea inferior a la de jubilación que venía recibiendo el trabajador. Por tanto si el empleador continúa pagando la totalidad de la Pensión de Jubilación, con carácter compartida, durante el tiempo que demore el trámite de la pensión de vejez ante el ISS, debe igualmente tener en cuenta, que el Instituto le girará el retroactivo al empleador, previa autorización suscrita por el trabajador, debidamente autenticada.

Como puede observar su despacho, la actora conocía de antemano que el retroactivo pertenecía a la entidad SENA, al haber reconocido la pensión de jubilación y haberla cancelado hasta el momento en que el Instituto de los Seguros Sociales reconociera como efectivamente lo hizo la Pensión de Vejez.

La finalidad del giro del valor del retroactivo a favor del empleador es la devolución del valor de las mesadas pensionales que éste ha venido pagando al asegurado desde el momento en que adquirió el derecho a la pensión de vejez en el Seguro Social y hasta la fecha en que ese Instituto la reconozca.

5. En cuanto al cobro de las sumas recibidas por el pensionado.

En lo que se refiere al cobro del cien por ciento de la mesada pensional SENA por parte del pensionado entre los meses de enero y febrero de 2019, como ya se indicó, el tenía conocimiento que desde el día en que el ISS le empezara a pagar la pensión, solamente tenía derecho a recibir de esta Entidad la diferencia entre las dos pensiones, pues así lo indica expresamente el artículo

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



segundo y tercero de la resolución pensional 00509 de 1995 , lo que significa que el actor, señor **JAIME BACCA DE LOS RIOS** cobró el dinero que le giró el SENA a sabiendas que no le correspondía, y en lugar de informarle al SENA que el ISS HOY colpensiones ya le estaba pagando la pensión, guardó silencio y siguió cobrando de esta Entidad el total de la mesada, lo cual desvirtúa la presunción de buena fe.

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-940 de 2001 señaló:

“... se evidencia un imperativo inexcusable para el pensionado de comunicar a la Caja Agraria la ocurrencia del reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS. Sin embargo, el señor no sólo omitió atender dicho mandato, sino que guardó silencio por cerca de ocho (8) años, hasta cuando la Caja Agraria, su antiguo empleador, descubrió que había efectuado durante ese periodo un pago superior al que estaba obligado y en consecuencia procedió a dar estricto cumplimiento a lo consignado en la resolución que reconocía la pensión de jubilación. Actuación ésta que se estima legítima y que no desconoce derechos adquiridos por el petionario. // ... // Así las cosas, la conducta asumida por el accionante en el caso que nos ocupa, no responde de manera cierta a la obligación que le asistía según los términos señalados por la resolución expedida por la Caja Agraria, sino que por el contrario, el absoluto silencio mantenido por cerca de ocho (8) años denota una conducta carente de buena fe, característica ésta que debe acompañar en principio, a todas las actuaciones desarrolladas tanto por particulares como por entidades y funcionarios públicos. Este principio desarrollado suficientemente por la jurisprudencia de esta Corte, encuentra su fundamento en los artículos 83 y 95 de la Constitución, que establecen, el primero, que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe,, y el segundo a los deberes de las personas en los numerales primero y séptimo así: “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Así mismo, en sentencia del 3 de noviembre de 2005, proferida dentro del expediente No. 04 – 2263 la Sección Segunda Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que:

“Finalmente, en relación con el reintegro a cargo del demandante de las sumas que le canceló el SENA, por concepto del mayor valor por las mesadas pensionales correspondientes al período ... época en la cual el ISS ya le había comenzado a cancelar el porcentaje respectivo, que en criterio del accionante no podían ser deducidas por la entidad, toda vez que fueron recibidas de buena fe, se estima que, no tiene razón el afectado porque desde la expedición de la resolución 002651 de 1993, cuando le reconoció el derecho pensional, el SENA, en cumplimiento de las normas legales, se reservó el derecho a cubrir parcial o totalmente el monto de la pensión, respecto de valor que por el mismo concepto le reconociera el ISS, de suerte que a partir de esa fecha sólo pagaría la diferencia si la hubiere. // En estas condiciones, el demandante no

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



podía suponer que recibiría un doble pago por la misma prestación, de suerte que la devolución ordenada por la autoridad administrativa es legal, dado que estaba produciendo enriquecimiento sin causa a favor de la parte actora con el consecuente perjuicio económico al patrimonio del Estado. // ...”

En sentencia del 5 de octubre de 2006, proferida dentro del expediente No. 00 – 8572 la Sección Segunda Subsección “D” el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que:

“Ahora bien, en torno al reintegro de los valores recibidos por concepto del mayor valor por las mesadas pensionales ... pagados al actor, la Sala estima que no fueron recibidas de buena fe ya que desde la expedición de la Resolución No. 348 de 1987, el SENA se reservó el derecho a cubrir parcial o totalmente el monto de la pensión en relación con el valor que por el mismo concepto le reconociera el ISS, de suerte que a partir de esa fecha sólo pagaría la diferencia si la hubiere. // En tales condiciones, el demandante no podía suponer que recibiría un doble pago por la misma prestación, una vez advertido de tal condición pues tal decisión le fue notificada (fl. 15). En estas condiciones la devolución ordenada por la Administración se ajusta a derecho. // ...”

Como puede observar su despacho, el actor conocía de antemano que el retroactivo pertenecía a la entidad SENA, al haber reconocido la pensión de jubilación y haberla cancelado hasta el momento en que el Instituto de los Seguros Sociales reconociera como efectivamente lo hizo la Pensión de Vejez.

EXCEPCIONES

1. PREVIAS:

1.1. **PRESCIPCIÓN.**

Sin que implique reconocimiento positivo de las pretensiones del actor, y en defecto de las excepciones de fondo que más adelante expongo, me permito hacer alusión al marco legal conocido en relación con las solitudes, peticiones y/o pretensiones. Huelga lo anterior, que si la justicia accediera a amparar el derecho demandado, deberá tener en cuenta que tal derecho solo contemplaría el periodo de 3 años inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la presente demanda, según lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 180 de la ley 1437 de 2011 respecto de la prescripción extintiva.

1.2. **FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA.**

Aunque el actual C.P.A.C.A. eliminó la expresión “vía gubernativa”, nominamos esta excepción de esta forma para resumir el hecho omisivo de la demandante de cumplir con lo normado en los Art. 74 al 77 de la Ley 1437 de 2011, pues tal y como se VERIFICA del Acervo probatorio, la demandante al notificarse de la Resolución 00509 DE 1995, que estableció la CONDICION

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



RESOLUTORIA que contiene el deber de reintegro a su cargo y a favor del SENA, **NO interpuso recurso alguno.**

De tal manera esa CONDICIÓN, adquirió firmeza al tenor del numeral 3 del artículo 87 de la precitada Ley 1437, resultando absolutamente extemporánea la oposición manifestada a la Resolución 2752 de 2016, cuya naturaleza es eminentemente de ejecución de aquella.

Para poder demandar un acto administrativo en la jurisdicción contenciosa administrativa a través de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es necesario previo a demandar agotar la vía gubernativa, que no es más, que hacer uso de los recursos que la decisión permite interponer para que la administración reconsidere su decisión. Para el presente caso, el recurso que procedía para rechazar la obligación de reintegro a cargo de la demandante y a favor de SENA, era el de Reposición, pues la finalidad de este recurso es poner en consideración de la autoridad administrativa que profirió el acto los argumentos necesarios para que lo modifique, lo revoque, lo aclare o lo adicione. En el presente caso, ninguna de las 2 resoluciones fueron recurridas, ni la 00509 DE 1995 que estableció la condición, ni la 2795 de 2008 que ejecutó tal compromiso.

Por lo anterior, al declarar la existencia de la presente excepción, sírvase señor Juez rechazar la procedibilidad de la presente demanda.

1.3. FALTA DE CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONVOCAR AUDIENCIA DE CONCILIACION PREJUDICIAL.

En punto de lo anterior y arribando al estudio de los Actos demandados, **teniendo en cuenta que NO son de los que reconocen o niegan derechos pensionales**, nos encontramos que debió surtirse frente a ellos el requisito de procedibilidad de la Audiencia de Conciliación Prejudicial que no se cumplió.

Legalmente se encuentra establecido que antes de la interposición de una demanda contenciosa en la que se persiga una o varias de las pretensiones allí establecidas, el actor deberá tramitar la conciliación extrajudicial. Quiere ello decir que de manera previa a la presentación de la demanda, el interesado debe solicitar ante el Ministerio Público que dicha audiencia se adelante. El momento entonces para acudir a la conciliación extrajudicial es antes de incoar la demanda, y NO después de haberla impetrado, pues ello desconoce, por un lado, la naturaleza de este requisito de procedibilidad, cual es, precaver una controversia judicial, y por otro, dejaría sin ningún sustento jurídico ni práctico la disposición del artículo 3° del Decreto 1716 de 2009 que ordena la suspensión del término de caducidad de la acción contenciosa cuando quiera que se solicite la conciliación prejudicial.

De tal manera, el paso que el ordenamiento jurídico previene para casos en los que llegada la Audiencia Inicial no se acredita el cumplimiento de un requisito de procedibilidad, lo que procede es requerirlo en la diligencia y de no acreditarse dar por terminado el proceso.

“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!



FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 161 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 180 NUMERAL 6 / DECRETO 1716 DE 2009 – ARTICULO 3 / Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008, MP. Clara Inés Vargas Hernández; Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 26 de julio de 2012, Rad. 2001-00568-01 (43257), MP. Stella Conto Díaz del Castillo. Suspensión del término de caducidad de la acción, Consejo de Estado, Sección Primera, auto de 28 de noviembre de 2013, Rad. 2012-00099-01, MP. María Claudia Rojas Lasso.

Actualmente existen las siguientes excepciones a la regla general de cumplimiento del requisito de procedibilidad en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo relacionado con la acreditación de haber solicitado previamente a la presentación de la demanda, la conciliación ante el Ministerio Público:

- a. Cuando el asunto es de carácter tributario.
- b. Cuando se adelante un proceso ejecutivo.
- c. Para acudir a Tribunales de Arbitramento a resolver asuntos de carácter contractual en aplicación del artículo 121 de la Ley 446 de 1998.
- d. Cuando el demandante solicite medidas cautelares de carácter patrimonial.
- e. Cuando una entidad pública funja como demandante.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 / DECRETO 1716 DE 2009 – ARTICULO 2 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTICULO 613.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encontramos que NO se cumplió con este requisito, ni tampoco se configuran las circunstancias excepcionales que exoneran de su trámite.

Por lo anterior, al declarar la existencia de la presente excepción, sírvase señor Juez rechazar la procedibilidad de la presente demanda.

1.4. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Caducidad es la acción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello. La figura de la caducidad se configura cuando el plazo establecido en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido.

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



Según el inciso segundo del Art. 138 de la ley 1437 de 2011, podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, es decir, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a partir de la notificación de aquel.

Al respecto, el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH manifestó lo siguiente en el fallo de fecha 5 de marzo de 2015, Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01547-01 (49307)

Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico. Las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. (...) Es así como el fenómeno procesal de la caducidad opera ipso iure o de pleno derecho, es decir que no admite renuncia, y el juez debe declararla de oficio cuando verifique la conducta inactiva del sujeto procesal llamado a interponer determinada acción judicial. La caducidad ha sido entendida como la extinción de la posibilidad de formular una pretensión por el transcurso del tiempo previamente fijado por la ley en forma objetiva. (...)

La Ley 1437 de 2011 en su artículo 141, consagró el medio de control de controversias contractuales, indicando que por éste se puede perseguir, entre otros reconocimientos y condenas, la declaratoria de nulidad del contrato o de otros actos administrativos contractuales. Además, que cuando se pretenda impugnar la legalidad de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, estos pueden demandarse a través de los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. En el mismo sentido, el Decreto 01 de 1984 precisaba en su artículo 87 que: “[l]os actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso”, no obstante, condicionaba el ejercicio de tales medios a que el contrato no se hubiera celebrado, en cuyo caso, la ilegalidad de los actos previos sólo podía invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato. En relación con la oportunidad para ejercer el medio de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con actos precontractuales, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señaló: (...) c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o

“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!



publicación, según el caso. Por su parte, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, cuando se persigue la declaratoria de nulidad del contrato, una vez este es perfeccionado, se estableció: (...) j) Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente. (...)

En efecto, se estableció en el artículo 164, literal c) y j) del C.P.A.C.A., que cuando se pretenda impugnar la legalidad de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, estos pueden demandarse dentro del término estipulado para los medios de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho -4 meses- y, a su vez, que cuando lo demandado sea la declaratoria de nulidad absoluta o relativa del contrato, el término de caducidad será el correspondiente para el medio de control de controversias contractuales, es decir, dos años. (...)

En relación con el presente caso, y sin que implique reconocimiento de derecho alguno, es preciso indicar que al no haber recurrido oportunamente la obligación de reintegrar establecida a cargo del pensionado, -hoy demandante-, en la Condición Resolutoria contenida en la Resolución 2975 de octubre 06 de 2008, la cual es el objeto de ejecución de la Resolución 1-0771 de 2019, el demandante aceptó tal deber SIN AGOTAR LA VIA GUBERNATIVA frente a tales actos administrativos, infiriéndose que a la fecha de presentación de esta demanda han transcurrido casi mas de diez (10) años desde la oportunidad en que debió controvertirse por parte de la actora.

Asimismo, TAMBIEN opera la CADUCIDAD en relación con las Resolución 2975 de octubre 06 de 2008, y la Resolución 1-0771 de 2019, por cuanto no se convocó el trámite de la audiencia de Conciliación Prejudicial obligatorio para esos Actos Administrativos, dado que su objeto es cobrar al demandante una suma de dinero determinada por concepto del reintegro de lo pagado en exceso, que había aceptado cumplir al dejar ejecutoriada la CONDICION contenida en la Resolución 2975 de octubre 06 de 2008 y 00509 de 1995 plurimencionada.

Por lo anterior, al declarar la existencia de la presente excepción, sírvase señor Juez rechazar la procedibilidad de la presente demanda.

2. DE MÉRITO

2.1. LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS

El demandante ataca con su demanda la resolución N° 01771 del 8 de Mayo de 2019 y la Resolución N° 011255 del 15 de Julio de 2019, expedidas por el SENA, pero de la revisión de los antecedentes y consideraciones jurídicas y

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



fácticas de las mismas, se puede concluir fácilmente, que la entidad demandada actuó con absoluta legalidad en la expedición de tales actos administrativos, como paso a manifestar:

Reiteramos que en virtud de la COMPARTIBILIDAD entre la pensión reconocida por el COLPENSIONES (antes ISS) y el SENA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo ISS 049 del mismo año, en los artículos 5° literal a) del Decreto 813 de 1994 (que fue modificado por el artículo 2° de Decreto 1160 de 1994) y 45 del Decreto 1748 de 1995, le corresponde al SENA asumir únicamente el mayor valor si lo hubiere, entre la pensión reconocida por el ISS y la pensión que venía pagando al demandante.

El tema de la COMPARTIBILIDAD pensional entre la pensión de jubilación que reconoce el empleador y la de vejez que reconoce el ISS con base en las cotizaciones hechas por ese empleador, ya ha sido analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-940 de 2001, en la que se señaló:

“... se evidencia un imperativo inexcusable para el pensionado de comunicar a la Caja Agraria la ocurrencia del reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS. Sin embargo, el señor no sólo omitió atender dicho mandato, sino que **guardó silencio por cerca de ocho (8) años**, hasta cuando la Caja Agraria, su antiguo empleador, descubrió que había efectuado durante ese periodo un pago superior al que estaba obligado y en consecuencia procedió a dar estricto cumplimiento a lo consignado en la resolución que reconocía la pensión de jubilación. Actuación ésta que se estima legítima y que no desconoce derechos adquiridos por el peticionario. // ... // Así las cosas, la conducta asumida por el accionante en el caso que nos ocupa, no responde de manera cierta a la obligación que le asistía según los términos señalados por la resolución expedida por la Caja Agraria, **sino que por el contrario, el absoluto silencio mantenido por cerca de ocho (8) años denota una conducta carente de buena fe**, característica ésta que debe acompañar en principio, a todas las actuaciones desarrolladas tanto por particulares como por entidades y funcionarios públicos. Este principio desarrollado suficientemente por la jurisprudencia de esta Corte, encuentra su fundamento en los artículos 83 y 95 de la Constitución, que establecen, el primero, que las de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe,...., y el segundo a los deberes de las personas en los numerales primero y séptimo así: “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Como se dijo anteriormente, **el demandante sabía expresamente que a partir de la fecha en que Colpensiones (antes ISS) le reconociera la pensión de vejez, el SENA solamente le pagaría el mayor valor, como se indicó en los artículos 2°, 4° y 5° de la resolución pensional N° 00509 de 1995**, que le fue notificada debidamente, según se colige de lo confesado en los Hechos de su demanda. Consideramos que el SENA ha actuado de conformidad con las

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



normas legales vigentes, y que en relación con la ausencia de reparo directo de la demandante frente a la firmeza de la Condición Resolutoria que conoció al serle notificada la precitada Resolución, resulta antijurídico y carente de buena fe la conducta de la demandante al mover el aparato judicial para evadir el reintegro de las mesadas que recibió a sabiendas que no le asistía el derecho a doble mesada.

Cuando el ISS 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. Por tal razón lo que se presenta es una sustitución de la entidad encargada de asumir la obligación y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por el SENA y la de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, pues ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política". (...).

En el presente caso el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA le reconoció al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación, por haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio al Estado exigidos en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

En la citada resolución, el SENA se obligó a pagarle al accionante el monto de la pensión de jubilación, pero reservándose el derecho de que el ISS la cubriera, total o parcialmente a partir de la fecha en la cual el actor cumpliera los requisitos para que esa entidad le reconociera la pensión.

El SENA como entidad a la cual estuvo vinculada la actora, asumió directamente el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación a que tenía derecho la trabajadora, por haber cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por el decreto ley 3135 de 1968. (...); ahora bien, con el reconocimiento de la pensión de vejez, COLPENSIONES sustituyó la obligación radicada en cabeza del SENA, según voces del artículo el artículo 16 del Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo ISS 049 del mismo año, y el 76 de la ley 90 de 1946, concordante, sin perjuicio de que ésta asumiera el mayor valor que le corresponda a la demandante por concepto de pensión de jubilación, de conformidad con el Decreto Ley 3135 de 1968.

Y tampoco es de recibo como sugiere la demandante con su negativa a reintegrar al SENA las mesadas debidas, que pueda devengar las dos pensiones en el lapsus indicado, dado que el reconocimiento lo hacen 2 entidades diferentes que, además, solo administran recursos de los patronos y los empleados, pues el origen de dichas prestaciones, tanto la de vejez que reconoce el ISS, y la de jubilación a cargo del SENA, tienen la misma causa y amparan la eventual pérdida de capacidad para trabajar por razón de haber llegado a determinada edad, luego mal puede percibir por un mismo motivo, dos veces la misma prestación, ya que ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política.

La misma Subsección A – Sección Segunda del Consejo de Estado, en

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



sentencias proferidas el 6 de abril de 2000 en los procesos 1082 y 1083, el 27 del mismo mes y año dentro del expediente 1087/99, el 29 de junio siguiente en el expediente 1081-99 y el pasado 24 de agosto de 2000 en el proceso 724-99, reiteró las afirmaciones del fallo anterior, señalando que el pago de la diferencia pensional SENA – ISS **tiene claro sustento legal**, que las dos prestaciones económicas **se generan por la misma causa y para amparar el mismo riesgo** y que la decisión adoptada por esta Entidad se ajusta a derecho.

Por lo anterior, al declarar la existencia de la presente excepción, sírvase señor Juez denegar las pretensiones del demandante.

2.2. CONDUCTA CONCLUYENTE DE RECONOCIMIENTO DEL DEMANDANTE DE SU OBLIGACIÓN DE RESTITUIR AL SENA LAS MESADAS CONTENIDAS EN EL ARTICULO TERCERO DE LA RESOLUCIÓN 00509 DE 1995.

Según se comprueba de los Hechos de la demanda, el demandante reconoció el deber que le asiste frente al SENA a través de las siguientes conductas concluyentes:

- a) Al no interponer recurso de reposición frente a la Condición Resolutoria contenida en la Resolución No. 00509 de 1995, que le fue debidamente notificada.
- b) Al no interponer recurso, ni mucho menos ACCIÓN JUDICIAL alguna frente al reintegro de la suma realizado por Colpensiones al SENA , y cuyo fundamento y naturaleza son los mismos del reintegro ordenado en las resoluciones a las que se opone mediante la presente demanda.

Por lo anterior, al declarar la existencia de la presente excepción, sírvase señor Juez denegar las pretensiones del demandante.

2.3. COBRO DE LONO DEBIDO

No obstante que los servidores del SENA se hallaran afiliados al Instituto de Seguros Sociales, dicho establecimiento tenía la obligación legal de reconocer a sus funcionarios la pensión de jubilación, cuando cumplieran los requisitos a que se refieren las disposiciones respecto a los empleados públicos en general, ya que el Instituto de Seguros Sociales, por virtud de su afiliación sólo le reconocería la pensión de vejez, al demandante al cumplir la edad requerida.

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. **Por tal razón lo que se presenta es una sustitución de la entidad encargada de asumir la obligación** y es por

*“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!*



eso que resulta improcedente que se le cargue al SENA el 100% de la obligación de devolución del aporte a la salud que le descuenta Colpensiones al demandante. Es evidente que fue el ISS quien le desconoció al actora el beneficio del reembolso al que tenía derecho, y el cual debió seguirse aplicando sobre el porcentaje de la mesada que le correspondió asumir al ISS. Por lo que, el SENA le ha continuado reajustando siempre la pensión al demandante, por concepto pensional.

No se está pues desconociendo el derecho adquirido a la pensión de jubilación, ni se le está desmejorando. Lo único que se obtiene mediante las disposiciones acusadas es liberar al SENA de la carga prestacional que fue asumida por Colpensiones, antes ISS.

2.4. BUENA FE DEL SENA Y AUSENCIA DE BUENA FE DEL DEMANDANTE.

Se invoca el principio de la buena fe previsto en el artículo 83 de la Constitución Política según el cual *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”*, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil.

Así las cosas, el SENA al reconocer la pensión al demandante actuó de buena fe, al igual que se colige de la actuación de Colpensiones, actos administrativos de los cuales se derivan las resoluciones cuya nulidad se pretende.

Por el contrario, no se observa la misma conducta por parte del demandante, quien mantuvo claro silencio durante el tiempo en que recibió doble mesada, a sabiendas que no le asistía tal derecho, según le fue noticiado mediante la notificación de la Resolución de Pensión que en el inciso final de su Art. Segundo le ordenó claramente:

El pensionado deberá informarle a esta entidad la expedición de la Resolución pensional del ISS, a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se entere de ella por cualquier medio.

Por lo anterior, al declarar la existencia de la presente excepción, sírvase señor Juez denegar las pretensiones del demandante.

IV. SOLICITUD

Con base en las anteriores consideraciones, atentamente solicito al señor Juez:

Absolver de todas y cada una de las peticiones incoadas a la entidad que represento y declarar la legalidad de las Resoluciones demandadas.

“Da mihi factum, Dabo tibi ius”
Dame los hechos, yo te daré el derecho!



V. PRUEBAS Y ANEXOS

1. Poder otorgado por la Directora del SENA, Regional Atlántico, con sus correspondientes anexos.
2. Fotocopia del expediente pensional del demandante, representado en el archivo anexo, contenido en las resoluciones pensionales y soporte, con sus respectivas constancias de notificación y ejecutoria.

VI. NOTIFICACIONES

Las notificaciones personales que deban hacerse a la demandada o a la suscrita apoderada pueden dirigirse a la sede del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA Regional Atlántico ubicado en la Carrera 43 N° 42 - 40 de la ciudad de Barranquilla. El correo electrónico institucional destinado a recibir las notificaciones judiciales es el siguiente: servicioalciudadano@sena.edu.co, el correo electrónico de la suscrita es maryangelicacb@hotmail.com; celular 3044983278.

Atentamente,

MARÍA ANGÉLICA CANTILLO BARRIOS
C.C. No. 22.668.018 de Barranquilla
T.P. No. 137213 C.S. de la J.