



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca, 7 de marzo dos mil diecinueve (2019).

Proceso : 23001-33-31-005-2011-00300-01
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Laboral)
Demandante : EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ
Demandado : Instituto de Seguro Social "ISS" – hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"
Tema : Reconocimiento pensión de jubilación
Decisión : Se confirma decisión

Procede esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo del Circuito Judicial de Montería, el día 9 de septiembre del año 2016, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en cumplimiento del Acuerdo No.PSAA18-11134 de fecha 31 de octubre de 2018, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal, procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo de Córdoba.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda.

EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ¹ instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra los siguientes actos administrativos: Resolución No. 01121 de fecha 10 de septiembre de 2002, Oficios DP-2834 y DP-2835 de fecha 11 de mayo de 2004, comunicación 1-2024 de fecha 29 de julio 2011 y acto ficto negativo generado por la no respuesta del recurso de apelación interpuesto contra el oficio DP-2834 de fecha 11 de mayo de 2004.

1.2. Pretensiones y condenas²:

La parte demandante las solicitó de la siguiente manera:

"1. Que se declare la nulidad del acto administrativo expedido por la entidad Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, contenido en la Resolución N 01121 de septiembre 10 de 2002, por medio de la cual se le negó la pensión de jubilación al demandante.

¹ En adelante el demandante
² Folios 48 a 49 del expediente.

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"- hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

2. Que se declare la nulidad de la comunicación 1-2024- del SENA, de fecha 29/07/11 a través de la cual, nuevamente le niega la sòlicitud de reconocimiento de su pensión de jubilación.

3. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios DP 2834 y DP 2835 de mayo 11 de 2004, a través de los cuales, y con idéntico contenido (uno enviado al apoderado y otro al Juez de tutela), se dispone la negación de la pensión de jubilación.

4. Que se declare la nulidad del acto ficto negativo generado ante la falta de resolución del recurso de apelación interpuesto contra las respuestas contenidas en los oficios DP 2834 y 2834 de mayo 11 de 2004.

5. Que como consecuencia del análisis jurídico que realice el operador judicial, se condene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, o al Instituto de Seguros Sociales ISS, o a los dos solidariamente, a reconocer al demandante la pensión de jubilación a que tiene derecho conforme a las prescripciones de la Ley 33 de 1985, a partir del día 30 de noviembre del año 2000, día siguiente a la fecha de su retiro definitivo del servicio.

6. Que se le condene al pago de los intereses moratorios por el retardo en la solución de las mesadas indicadas en el punto anterior, conforme a lo estipulado por el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

7. Que así mismo, se le condene al pago de las costas y agencias en derecho que se generen.

8. Las que considere ese despacho en virtud de la facultad para condenar extra o ultra petita de acuerdo a lo debatido y probado en el proceso."

1.3. Hechos o fundamento del medio de control³

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, nació el día 16 de octubre de 1945.

- El señor MENDOZA PEREZ, laboró para el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1979 al 29 de noviembre de 2000, afiliándose para efectos pensionales al Instituto de Seguros Sociales "ISS".

- El señor MENDOZA PEREZ, cumplió 55 años de edad en el año 2000 y su retiro definitivo del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", se produjo el día 30 de noviembre del año 2000.

- El señor MENDOZA PEREZ, presentó solicitud ante el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

- El Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", a través de la Resolución No. 1121 de fecha 10 de septiembre de 2002, negó el reconocimiento y pago de

³ Folios 49 a 50 del expediente.

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"- hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

la pensión de jubilación, solicitada por el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ.

- El señor MENDOZA PEREZ, presentó el día 16 de septiembre de 2003, nueva solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

- Mediante oficios DP 2834 y DP 2835 de fecha 11 de mayo de 2004, se le negó al demandante, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

- El señor MENDOZA PEREZ, a través de escrito de fecha 20 de abril de 2004, apeló la decisión contenida en los oficios DP 2834 y DP 2835 de fecha 11 de mayo de 2004, no obteniendo respuesta.

- El señor MENDOZA PEREZ, mediante escrito del 5 de octubre 2010, reitera la petición de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

- El Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", mediante oficio No. 2-2011-012792 de fecha 29 de julio de 2011, negó lo pretendido por el actor.

1.4. Fundamento de derecho y normas violadas.

Se citan como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículo 1°.

Ley 33 de 1985: artículo 1°.

Ley 100 de 1993: artículo 36, inciso 2°, 128 y 141.

Decreto 691 de 1994: artículo 3 y 4.

Como sustento de lo anterior, señaló la parte actora que el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", en contravía de las disposiciones legales sobre la materia, no afilió al demandante a la Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL", sino que lo hizo al Instituto de Seguro Social "ISS", administradora de pensiones, que en virtud de la ley y reglamentos, reconoce este tipo de prestaciones, bajo un sistema específico, el de prima media con prestación definida, con base en una densidad específica de cotizaciones y edades muy diferentes a las que le correspondía al demandante, en su condición de servidor del Estado.

En efecto, mientras al demandante en virtud de lo dispuesto por las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, se le genera el derecho a la pensión de jubilación por la acreditación de 20 años de servicios y 55 años de edad; en el régimen de prima media que administra el Instituto de Seguro Social y cuyos afiliados en principio son trabajadores del sector privado, la pensión se reconoce mediante la acreditación de 1000 semanas y 55 años las mujeres y 60 años los hombres.

Así las cosas, al demandante le corresponde el estudio de su derecho pensional, al tenor de lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, en concordancia con los artículos 3 y 4 del Decreto 691 de 1994.

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"- hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

1.5. Contestación de la demanda⁴.

1.5.1. Instituto de Seguro Social.

El Instituto de Seguro Social, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando como razones de su defensa, que el demandante goza de dos pensiones de jubilación, una reconocida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL" y otra por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por ello, no le asiste el derecho a percibir otra pensión a su favor.

1.5.2. Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA".

No contestó la demanda.

2. SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Quinto (5°) Administrativo del Circuito Judicial de Montería, en providencia de fecha 9 de septiembre del año 2016, denegó las pretensiones de la demanda y resolvió:

***PRIMERO:** Declárese probada la excepción de presunción de los actos administrativos demandados, propuestos por el I.S.S.*

***SEGUNDO:** Niéguese las pretensiones de la demanda*

***TERCERO:** No hay condena en costas*

***CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI."*

Como sustento de su decisión, el *a quo* señaló que el demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cumplía los requisitos para hacerse acreedor del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la mencionada Ley, puesto que contaba con más de 40 años y más de 15 años de servicios.

Que en ese orden de ideas, la Caja Nacional de Previsión Social mediante resolución No. 012009 de 9 de mayo de 2011, le reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia de conformidad con la Ley 114 de 1913. A su vez, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución No. 08482 de 21 de enero de 2003, le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación con base en la Ley 91 de 1989, Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985 y Ley 71 de 1988.

Ahora bien, se tiene que, en acatamiento a un fallo de tutela, el Instituto de Seguro Social "ISS", mediante la Resolución No. 5991 de fecha 28 de junio de

⁴ Folios 67 a 69 del expediente.

⁵ Fols 171 a 178 del expediente.

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

2006, le reconoció al demandante pensión de vejez, en la cual se le tuvieron en cuenta los aportes generados por el SENA y la Fundación Luis Amigó, quedando en suspenso el pago hasta la acreditación del retiro del servicio, el cual se dio en el año 2007.

Que bajo esos supuestos, el *A quo* consideró que al demandante no le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, puesto que obra prueba de que el accionante actualmente goza de varias pensiones de jubilación. Adicionalmente, se presenta una sustracción de materia por hecho superado, en la medida que como se indicó antes, un juez de tutela a través de ese mecanismo procesal constitucional, ordenó el reconocimiento de la prestación solicitada.

No hubo condena en costas, al no haberse evidenciado una conducta temeraria o de mala fe de la parte vencida.

2.1. RECURSO DE APELACIÓN⁶.

La parte demandante, a través de memorial de fecha 27 de septiembre de 2016, interpuso y sustentó dentro de la oportunidad legal el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

En ese sentido indicó el actor que, a pesar de estar devengado dos pensiones, éstas fueron reconocidas por su calidad de docente, situación que no impide que se le reconozca y pague otra pensión de jubilación, por cuanto el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, establece de manera clara que las pensiones de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, eran compatibles con pensiones o cualquier clase remuneración.

Por lo tanto, es procedente que al señor Mendoza Pérez le sea reconocida y pagada la pensión de jubilación que reclama ante el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" y el Instituto de Seguro Social "ISS".

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por reparto le correspondió el recurso de apelación al Tribunal Administrativo de Córdoba⁷. Por auto del 3 de febrero de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia del 9 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo del Circuito Judicial de Montería. Posteriormente, mediante auto de fecha 24 de febrero de 2017, se ordenó a las partes, la presentación por escrito de los alegatos de conclusión; y vencido este, el traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto.

3.1. Alegatos de segunda instancia.

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

⁶ Folios 402 a 405 del expediente

⁷ Folio 418 del expediente

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

3.2. Concepto del Ministerio Público.

El señor Representante del Ministerio Público Delegado ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, no emitió concepto dentro del presente asunto.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, dispuso el tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "CPACA", de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 4 de noviembre del año 2011, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, esto es, el Decreto – Ley 01 de 1984.

En este sentido, según el artículo 133 del Decreto – Ley 01 de 1984 "Código Contencioso Administrativo", al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

4.2. Principio de la non reformatio in pejus.

El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en sede Contencioso Administrativo según se dispone en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo", preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 357. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses."

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

El principio de la *non reformatio un pejus*, es un desarrollo de lo establecido en el artículo 31 constitucional que ordena que *"el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único."*

En atención a la posición de la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en sentencia de fecha 9 de febrero de 2012, expediente Rad. No. 21.060, mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Por su parte, también se ha resaltado que dicha garantía no tiene un carácter absoluto, por cuanto en su aplicación tiene dos limitantes, a saber:

- i) La imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas
- ii) En aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo "... aun cuando fuere desfavorable al apelante" (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)

Así las cosas, y en vista de que el demandante fue la única parte que presentó recurso de apelación en el proceso de la referencia, es claro, que el estudio de la Sala, solo podrá estar encaminado a determinar si al señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, le asiste el derecho pretendido a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra las decisiones que le negaron el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

4.3. Problema jurídico.

La controversia consiste en dilucidar, si hay lugar a revocar la sentencia proferida el día 9 de septiembre de 2016, por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo del Circuito Judicial de Montería, que denegó las pretensiones de la demanda.

En ese sentido, y de conformidad con el recurso de apelación impetrado, el problema jurídico estaría encaminado a determinar, si el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, tiene derecho a que se declare la nulidad de las decisiones proferidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" y el Instituto de Seguro Social "ISS", a través de las cuales se le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, aun cuando por orden

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS" - hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

judicial, el Instituto de Seguro Social, mediante Resolución No. 5995 de fecha 28 de junio de 2006, le reconoció pensión de vejez, con inclusión de los años cotizados en la mencionada entidad pública.

Antes de realizar cualquier tipo de pronunciamiento de fondo con respecto al problema jurídico planteado, la Sala considera necesario referirse a los actos demandados en el presente asunto, con el fin de establecer si los mismos, se constituyen en decisiones enjuiciables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sea del caso indicar, que el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretende se declare la nulidad de lo siguiente:

- Resolución No. 01121 de fecha 10 de septiembre de 2002, proferido por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", *"Por la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación"*.
- Comunicación 1-2024 de fecha 29 de julio de 2011, proferida por la Coordinadora Grupo Pensiones del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", por medio del cual resuelve derecho de petición presentado por el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ.
- Oficios DP 2834 y DP 2835 de fecha 11 de mayo de 2004, expedidos por el Jefe de Departamento de Pensiones del Instituto de Seguro Social "ISS".
- Acto ficto negativo generado por la falta de respuesta del recurso de apelación interpuesto el día 20 de mayo de 2004, contra la comunicación DP 2835 del 11 de mayo de 2004.

Los anteriores actos demandados, en su contenido plasmaron:

La Resolución No. 01121 de fecha 10 de septiembre de 2002, proferida por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", *"Por la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación"*, dispuso:

"(...) Sin perjuicio de lo anterior, se observa de otro lado que el SENA no es la entidad que legalmente debe reconocer y pagar la pensión del peticionario, por las siguientes razones:

(...) Conforme a este artículo, el SENA no es la Entidad que debe reconocer y pagar la pensión reclamada, porque no es la última entidad oficial empleadora del peticionario, ya que como lo hemos manifestado con base en los documentos que reposan en el expediente, después de su retiro de esta entidad el 29 de noviembre de 2000, él continuó laborando hasta el 18 de junio de 2002 en el Colegio San Francisco de Asís del Municipio de Chinú.

En lo que respecta a la entidad de previsión social a la que estaba afiliado el peticionario para la fecha en que adquirió el derecho y se retiró del servicio para disfrutar la pensión, es de aclarar que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, el ISS es la Entidad Administradora de Pensiones que debe reconocer las pensiones de los servidores y exservidores públicos que se hayan afiliado en ese Instituto al Régimen de prima media con prestación definida, respetándoseles las condiciones del régimen de transición que les sea aplicable (...).

(...) Bajos las normas de esta Ley, los servidores o exservidores públicos beneficiados con el régimen de transición que estén afiliados al ISS en el

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

*régimen de prima media con prestación definida, como es el caso del peticionario, deben ser pensionados por esa Entidad (como administradora de pensiones a la que se pueden afiliar los servidores públicos beneficiados con el régimen de transición para no perderlo), **respetándoles los beneficios del régimen de transición que les corresponde**, siempre y cuando no lo hayan perdido (...).*

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: *Negar la pensión de jubilación solicitada a esta Entidad por el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, identificado con la C. de C. no. 7.425.373 de Barranquilla, mediante oficio presentado el 19 de septiembre de 2000 en el archivo de la seccional Sucre, que se remitió a esta Dirección el 29 de marzo de 2001 con el memorando 0426, recibido en nuestro archivo el 2 de abril del mismo año bajo el número 10044, por las razones expuestas en la parte motiva de este Acto. (...).* (Folios 10 a 13 del expediente)

En cuanto a los Oficios DP 2834 y DP 2835 de fecha 11 de mayo de 2004, expedidos por el Jefe de Departamento de Pensiones del Instituto de Seguro Social "ISS", se tiene que dentro del plenario solo fue allegada copia del primero, el cual no hace parte de trámite alguno de reconocimiento pensional, pues estaba dirigido al Secretario (e) del Juzgado Primero Penal del Circuito, en respuesta a la acción de tutela dentro del proceso No. 2004-0135-00, el que se informaba al Juzgado lo siguiente:

"nos referimos a su solicitud contenida en el Oficio No. 1337 de 29 de abril de 2004, recibido el día 6 de mayo del presente año, con el fin de manifestarle que al señor Eduardo Enrique Mendoza Perez se le reconoció pensión mensual de jubilación por parte de CAJANAL, a través de la Resolución No. 012009 de 2001 por lo tanto no podía continuar laborando como servidor público.

La prestación que solicita al ISS, radicada el día 16 de septiembre de 2003, en este momento no es procedente reconocerla ya que es indispensable que cumpla con el requisito de la edad de 60 años lo cual no ocurre ya que la fecha de su nacimiento es la de 16 de octubre de 1945 (...). (Folio 15 del expediente)

Por su parte, la comunicación 1-2024 de fecha 29 de julio de 2011, proferida por la Coordinadora Grupo Pensiones del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", por medio del cual resuelve derecho de petición presentado por el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, manifestó:

"En atención a su petición radicada en el archivo central de esta Dirección General el 5 de octubre de 2010 con el Nro. 1-2010-002202; por medio de la cual solicita el reconocimiento de su pensión de jubilación, de manera atenta le informo que de conformidad con lo establecido en el Decreto 4937 del 18 de diciembre de 2009 "por el cual se modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, se crean y se dictan normas para la liquidación, reconocimiento y pago de unos bonos especiales de financiamiento para el ISS" cesó la obligación pensional que se encontraba en cabeza de las entidades públicas, la cual es asumida por el ISS, que en adelante será el encargado del reconocimiento de las pensiones de transición de los servidores públicos.

De acuerdo a lo anterior cualquier solicitud referente a derechos pensionales de funcionarios y exfuncionarios del SENA deberá ser elevada ante dicho

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

instituto, por lo que con la presente comunicación le hago devolución de los mencionados certificados. (...)." (Folio 9 del expediente)

Ahora bien, ha de recordarse que las autoridades públicas en desarrollo de las actuaciones administrativas a su cargo, adoptan disposiciones preliminares, tendiente a producir una decisión que contenga la manifestación definitiva de su voluntad tendiente a crear, modificar o extinguir las situaciones jurídicas de los asociados.

Esa categoría de acto, esto es, los que impulsan el desarrollo de la actuación administrativa, han sido denominados conforme a la ley y la jurisprudencia, como actos de trámite, los cuales al no contener una manifestación de la voluntad de la administración, que ponga fin a la actuación, escapan por expresa disposición del legislador, al control judicial de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo (Decreto – Ley 01 de 1984), preceptúa:

"ARTÍCULO 50. *Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:*

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla."
(Subrayado y Negrilla de la Sala)

La Sección Cuarta del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 12 de junio de 2008⁸, señaló sobre el concepto de acto administrativo definitivo lo siguiente:

⁸ Expediente 16288, CP Ligia López Díaz.

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

"Por acto administrativo se entiende toda manifestación de la administración con capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, esto es, una decisión encaminada a producir efectos jurídicos en los derechos u obligaciones de los administrados, sean subjetivos, personales, reales o de crédito.

La jurisdicción ejerce su control, para verificar que se ajusten a la legalidad, pero debe tenerse en cuenta que la impugnabilidad recae sobre los actos definitivos, es decir, sobre aquellos que exteriorizan la voluntad de la Administración para producir efectos en derecho, pues no se justifica un pronunciamiento sobre actos que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, como son los de trámite, que se limitan a dar impulso a la actuación. Los actos de trámite no son susceptibles de control judicial, salvo que impidan al administrado continuar con la actuación. (...).
(Negrilla fuera del texto).

Igualmente, dicho órgano de cierre, en sentencia de fecha 25 de marzo de 2010, Rad. No.: 25000-23-25-000-2004-02965-01(2786-08). Actor: MARINA PALMA DE RODRIGUEZ. Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS", C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, se refirió a los actos enjuiciables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así:

"(...) De conformidad con lo establecido en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, la demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, debe agotar vía gubernativa, excepto cuando las autoridades no hayan dado oportunidad para su interposición. A su turno, según la parte final del artículo 50 ibidem, son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y los actos de trámite cuando pongan fin a una actuación o hagan imposible su continuación.

De lo anterior se evidencia que el acto administrativo susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa es aquel a través del cual la Administración decida directa o indirectamente el asunto sometido a su consideración, o aquél de trámite cuando con su expedición se impida la continuación de la actuación administrativa (...).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional, indicando que los actos de trámite dentro de la actuación administrativa, tienen como fin dar impulso al procedimiento hasta tanto se tome una decisión de fondo que la concluya, por tanto sería este último acto el que podría ser demandado, o en su lugar, el acto de trámite que no permita seguir con la actuación. Dijo el Máximo Tribunal Constitucional, en sentencia SU - 201 del veintiuno (21) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell:

"Los actos de trámite o preparatorios, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo. Según el inciso final del artículo 50 del C.C.A., "son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla." En tal virtud, según lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, los actos de trámite y preparatorios, como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración, o disponen u

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

organizan los elementos de juicio que se requieren para que ésta pueda adoptar, a través del acto principal o definitivo, la decisión sobre el fondo del asunto. Es obvio, como lo advierte el aparte final de la norma citada, que un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta.

Los únicos actos susceptibles de acción contenciosa administrativa son los actos definitivos, no los de trámite o preparatorios; estos últimos se controlan jurisdiccionalmente al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación administrativa".

Por otro lado, la Honorable Corte Constitucional ha hecho distinción entre acto administrativo y otro tipo de actos que no tienen los efectos y alcances de un acto administrativo. En donde dijo que:

"(...) el acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados"⁹.

De acuerdo con todo lo antes mencionado, únicamente las decisiones de la Administración, producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o los actos que hacen imposible la continuación de esa actuación o que decidan de fondo el asunto, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo que, dicho de otra manera, significa que los actos preparatorios, de trámite y de ejecución que, como tales, se limitan a preparar, impulsar la actuación administrativa, o dar cumplimiento a la decisión no son demandables.

Sea lo primero indicar, que en cuanto al Oficio DP 2834 fecha 11 de mayo de 2004, el Instituto de Seguro Social "ISS", lo que hace es dar respuesta a un requerimiento del Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, dentro del trámite de una acción de tutela, informando que existía una solicitud radicada el día 16 de septiembre de 2003 y que a esa fecha no era procedente reconocer prestación alguna, por cuanto el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, no había cumplido con todos los requisitos previstos en la Ley.

En ese sentido, la Sala encuentra que el anterior oficio, no se constituye en un acto administrativo, en la medida en que no corresponde a una decisión tomada dentro de un procedimiento administrativo tendiente a resolver de fondo la solicitud del 16 de septiembre de 2003, siendo entonces, que sea un acto de trámite proferido para atender una solicitud judicial, lo cual no lo hace plausible de ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, en lo que respecta a la Resolución No. 01121 de fecha 10 de septiembre de 2002 y a la comunicación 1-2024 de fecha 29 de julio de 2011, decisiones proferidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", la Sala procederá a estudiar su legalidad, a pesar de que dichos actos en principio se

⁹ Sentencia C-542 de 2005, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. En similar sentido se pueden consultar las sentencias SU-201 de 1994, MP Dr. Antonio Barrera Carbonell sentencia, y T-1012 de 2010 MP Dra. María Victoria Calle Correa, entre otras.

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS" - hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

constituyen en decisiones de trámite, por cuanto en los mismos, lo que se dispuso fue la incompetencia de la mencionada entidad para estudiar el reconocimiento pensional del demandante y que lo que seguía era darle aplicación a lo previsto en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo adicionado por la Ley 954 de 2005, en el sentido de remitir a quien si lo fuera, la solicitud del demandante, para que ella dentro de la facultad que le asistiera, procediera a estudiar el derecho pretendido¹⁰.

En efecto, como la entidad demandada no le dio continuidad al trámite respectivo para la definición de competencias administrativa, se tornan en decisivos y por ello, la Sala le otorgará a la Resolución No. 01121 de fecha 10 de septiembre de 2002 y a la comunicación 1-2024 de fecha 29 de julio de 2011, calidad de actos definitivos, y en ese medida, estudiará el fondo del asunto, el cual consiste en determinar si el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, tiene derecho a que se declare la nulidad de las decisiones proferidas por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", a través de las cuales se le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, aun cuando por orden judicial, el Instituto de Seguro Social, mediante Resolución No. 5995 de fecha 28 de junio de 2006, le reconoció pensión de vejez, con inclusión de los años cotizados en la mencionada entidad pública.

Para resolver el problema planteado, la Sala se referirá en primer lugar, al marco normativo que pretende el demandante le sea aplicado, para luego hacer un recuento del material probatorio relevante y por último, descender al caso objeto de estudio.

4.3.1. Marco Normativo.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entonces vigente, dispuso:

"(...) ARTICULO 36 - . Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta años para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad sin son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

¹⁰ "ARTÍCULO 33. Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.

Parágrafo. Adicionado por el art. 4, Ley 954 de 2005. Los conflictos de competencias administrativas se resolverán de oficio, o por solicitud de la persona interesada. La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente remitirá la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado".

Si dos entidades administrativas se consideran competentes para conocer y definir un determinado asunto, remitirán la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En los dos eventos descritos se observará el siguiente procedimiento: "Recibida la actuación en la Secretaría de la Sala, se fijará por tres (3) días hábiles comunes en lista a fin de que los representantes de las entidades en conflicto y las personas que tuvieren interés en el asunto puedan presentar sus alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes".

Derogase el artículo 88 del mismo Código Contencioso Administrativo (Decreto número 01 de 1984)."

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"- hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de los devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (...)"

Conforme a la disposición anterior, quienes para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados.

El régimen de transición, se constituyó entonces, en un mecanismo de protección legal para regular el impacto del tránsito legislativo en materia pensional, de manera que el mismo no afectara a quienes, si bien, a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100, aún no habían consolidado el derecho a la pensión por no haber cumplido los requisitos para ello, tenían una expectativa válida para obtenerlo conforme al régimen que les venía cobijando por estar próximos a su consumación.

Teniendo en cuenta que el señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía la edad de 48 años, es claro que era beneficiario del régimen de transición, y por tanto, le era aplicable las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, no sólo estableció la edad de la mujer y la del varón para efectos de jubilación sino que estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01
Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ
Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"- hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...). (Negrillas y subrayado de la Sala)

Ahora bien, el parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, consagró la posibilidad para los empleados oficiales de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, pero con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio al 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la ley. Sin embargo, el actor no cumplía con la exigencia señalada en esta disposición, pues, para el 13 de febrero de 1985, fecha de la promulgación de la Ley 33 de 1985, sólo tenía como tiempo de servicio cinco (5) años, nueve (9) meses y veinte (20) días, debido a que entró a laborar al Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", el día 23 de abril de 1979.

Siendo así, que el estudio del reconocimiento pensional al actor, debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 33 de 1985, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional.

4.3.2. Material probatorio.

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹¹, pues no cuentan con reparos de ningún tipo.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, lo siguiente:

- Copia del Registro civil de nacimiento de EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, en donde consta que este nació el día 16 de octubre de 1945 (Folio 14 del expediente).

- Resolución No. 1121 de fecha 10 de septiembre de 2002, proferida por el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", por medio de la cual se le niega a EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación

- Resolución No. 012009 de fecha 2º de mayo de 2001, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social "CAJANAL", "por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de JUBILACION". En dicha decisión, se ordena el reconocimiento y pago a EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, en su calidad de docente del Departamento de Córdoba, de una pensión vitalicia de jubilación (Ley 114 de 1913), en cuantía de \$410.649.05 (Folios 240 a 241 del expediente).

¹¹Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001233100019960065901 (25022), Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

- Resolución No. 08482 de fecha 21 de enero de 2003, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de Jubilación". En el mencionado acto administrativo, se ordena el reconocimiento y pago a EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, en su calidad de docente nacionalizado del Colegio San Francisco de Asís de Chinú (Córdoba), de una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 17 de octubre de 2000, en cuantía de \$766.894 (Folios 231 a 232 del expediente).

- Resolución No. 5995 de fecha 28 de junio de 2006, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado Seccional Atlántico del Instituto de Seguro Social "ISS", "por medio de la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones – Régimen de Prima Media con Prestación Definida". En dicho acto administrativo se dispuso:

"(...) Que como quiera que el asegurado acredita 8.493 días cotizados a este Instituto correspondientes a 1213 semanas, de los cuales 5.02 días que equivalen a 717 semanas fueron sufragadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de 60 años, esto es entre el 16 de octubre de 1.985 al mismo día y mes del año 2.005, se concluye que acredita en debida forma los requisitos legales para acceder a la prestación en mención.

(...) Que así las cosas se procederá a conceder la pensión de vejez solicitada dejando en suspenso el ingreso a nómina de la prestación, hasta tanto la asegurada acredite en debida forma el retiro del servicio con los empleadores EL SENA y la FUNDACION UNIVERSITARIA LUIS AMIGO, de acuerdo a las instrucciones ya impartidas (...).

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Acatar fallo de tutela proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la de la (sic) ciudad de Cartagena.

ARTICULO SEGUNDO: REVOCAR el acto administrativo No. 0962 de veintiuno (21) de junio de dos mil cinco (2.005), mediante la cual se negó pensión de vejez al señor EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No 7.425.373, y en consecuencia reconocer pensión de vejez, de conformidad con la parte considerativa de la presente providencia.

ARTICULO TERCERO: Dejar en suspenso el ingreso a nómina de la prestación hasta tanto la asegurada acredite en debida forma el retiro del servicio o la desafiliación del sistema.

ARTICULO CUARTO: Esta prestación económica es incompatible con la precepción de otras asignaciones o pensiones del erario público (...). (Folios 146 a 151 del expediente)

- Resolución No. 1530 de fecha 21 de febrero del año 2007, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado Seccional Atlántico del Instituto de Seguro Social "ISS", "por medio de la cual se MODIFICA una resolución en el Sistema General de Pensiones – Régimen de Prima Media con Prestación Definida", en el sentido, de ingresar en nómina a partir del 1° de marzo de 2007, a EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, en cuantía de \$1.231.877. (Folios 157 a 160 del expediente)

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"– hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" – Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

4.3.3. Caso concreto.

En el presente asunto, se tiene que el demandante pretende por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, por cumplir con los requisitos legales dispuestos en dicho marco normativo, en el sentido de haber laborado por más de 20 años para dicha entidad y tener 55 años de edad.

En ese orden de ideas, se observa que el demandante, a través de petición de fecha 2 de abril de 2002, solicitó al Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación, la cual fue negada mediante Resolución No. 01121 de fecha 10 de septiembre de 2002, al considerar la entidad pública en mención, que el peticionario luego de su desvinculación con ésta, siguió laborando al servicio de otra entidad igualmente pública (Colegio San Francisco de Asís del Municipio de Chinú – Córdoba), siendo ella, su última empleadora. Adicionalmente, la entidad de previsión social a la cual estaba afiliado el demandante para la fecha en que adquirió el status pensional, era el Instituto de Seguro Social "ISS", y que por tanto, era a esa administradora de pensiones, a quien le correspondía el estudio sobre el reconocimiento y pago del derecho pensional reclamado.

Que tal y como así consta en la parte considerativa de la Resolución No. 5995 de fecha 28 de junio de 2006, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado Seccional Atlántico del Instituto de Seguro Social "ISS", el demandante presentó en el año 2005, solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada a través de Resolución No. 0902 de 21 de junio de 2005; sin embargo, y por orden judicial de fallo de tutela, el Instituto de Seguro Social "ISS", fue obligado a reconocerle al demandante el derecho deprecado, en donde dicha entidad, tuvo como tiempo de servicios, tanto los que fueron prestados por parte de EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, en el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" (empleador público), como en la Fundación Universitaria Luis Amigo (empleador privado).

Bajo los argumentos planteados, es claro para la Sala, que al demandante no le asiste el derecho que pretende le sea reconocido a través del presente medio de control, ya que como se expuso en párrafo precedente, el Instituto de Seguro Social "ISS", al momento de reconocerle la pensión de vejez, a través de la Resolución No. 5995 de fecha 28 de junio de 2006, le tuvo en cuenta a EDUARDO ENRIQUE MENDOZA PEREZ, todo el tiempo laborado en el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", siendo entonces, imposible que se pueda ordenar el reconocimiento y pago de más de una pensión, a diferentes entidades administradoras, contabilizando para ello, el mismo tiempo de servicio en una misma entidad pública. Una cosa, es haber prestado sus servicios laborales simultáneamente como docente, para varias entidades, pudiendo solicitar un derecho pensional a uno y otro empleador, con las prohibiciones legales del caso, y otra muy distinta, querer que por el mismo tiempo de servicio, le sean reconocidas varias pensiones de jubilación.

Ahora bien, es importante señalar, que obra prueba en el expediente, de que el demandante cuenta con más de un derecho pensional reconocido, dado

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS"- hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

que para los docentes, existe una habilitación legal que permite disfrutar de una doble prestación pensional.

Sobre el tema de compatibilidad pensional de los docentes, se tiene que el ordinal 2 literal a) del artículo 14 de la Ley 91 de 1989, dispone:

*"Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y **será compatible con la pensión ordinaria de jubilación**, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación (...)."*

A su turno, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, entonces vigente, en su inciso 4 señalaba:

*"El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las **prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones**. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial."*

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en su artículo 279, en lo que a este asunto compete preceptúa:

"Art. 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas."

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)."(Negrilla y subrayado de la Sala)

En tales términos, el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional y, por ello, las disposiciones que regulan las pensiones de invalidez y jubilación, son las contenidas en la Ley 33 de 1985 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Ahora bien, conforme al artículo 5 del Decreto 224 de 1972, el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, es decir, al tenor de esta disposición pueden los educadores percibir la pensión de jubilación y el salario. Por consiguiente, los docentes están exceptuados de la prohibición de recibir doble asignación del tesoro

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01

Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ

Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS" - hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

público, en tanto que el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, dejaba a salvo la compatibilidad entre las prestaciones pensionales y las asignaciones derivadas del ejercicio de la actividad docente. Contenido normativo que a su vez, fue compilado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, vigente a la fecha. Así mismo, la ley permite la compatibilidad de las pensiones gracia y ordinaria.

Como corolario de lo anterior, no hay lugar a declarar la nulidad de las decisiones proferidas por la entidad denominada Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", través de las cuales, se le negó al demandante el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala considera que la decisión adoptada por el *A quo* estuvo ajustada a derecho. Por tanto, al no existir fundamento para su revocatoria, se confirmará la sentencia recurrida.

5. Otros aspectos

5.1. Costas. La Sala se abstendrá de condenar en costas¹², a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedor a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo de Córdoba para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2016, por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo del Circuito Judicial de Montería, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- ORDENAR que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Córdoba, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

¹² Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

15-03-19 4:15 PM

Radicación: 23001-3331-005-2011-00300-01
Demandante: EDUARDO MENDOZA PEREZ
Demandado: Instituto de Seguro Social "ISS" - hoy Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" - Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"

CUARTO: ORDENAR que en firme en el Tribunal Administrativo de Córdoba esta decisión, se devuelva el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

QUINTO: ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo -Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo de Córdoba, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se hace constar que el anterior proveído fue aprobado por la Sala en sesión de la fecha


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada