

CONCEPTO 9248 DE 2012

(Enero 26)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.,

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Concepto Reliquidación de pensiones SENA

En atención a su comunicación 8-2012-001546 del 26 de enero de 2012, mediante la cual solicita nuestro concepto sobre la reliquidación de las pensiones de jubilación reconocidas por el SENA, de manera atenta le informo:

Respecto al tema de reliquidación de las pensiones que fueron otorgadas por el SENA, dentro de los lineamientos fijados por la normatividad existente y aplicable a la época en que se otorgaron, la Dirección Jurídica se pronunció en el escrito con número de radicado No. 8-2011-030230 del 10 de octubre de 2011 dirigido al entonces Secretario General, Dr. Ciebel Mauricio Betancurt Cañola, en donde se hizo un recuento de lo que ha acontecido en el tema de liquidación y reliquidación de pensiones otorgadas por el SENA.

Por su parte, esta Dirección Jurídica ha acompañado a la Secretaría General a varias reuniones con instancias externas en las que se ha analizado el tema, en las cuales ha expuesto su posición, la cual también ha sido debatida en el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Entidad, que es la instancia donde se construyen las políticas de defensa judicial y prevención del daño. Las dos áreas hemos trabajado igualmente de manera coordinada para estar actualizados en los avances jurisprudenciales y doctrinales que se generan sobre el tema.

Haciendo un recuento de los antecedentes más preponderantes del caso, podemos señalar:

La Ley 1395 de 2010, “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, dispuso en su artículo [114](#) lo siguiente en relación con el tema consultado:

“ARTÍCULO [114](#). Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.”

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2011.

Concordante con esta disposición normativa, observamos que la jurisprudencia es un criterio auxiliar para la interpretación y aplicación de la ley, junto con la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho, de conformidad con lo dispuesto en las siguientes normas:

Artículo 4 de la Ley 153 de 1887: “Los principios de derecho natural y las reglas de

jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”.

Artículo 8 de la Ley 153 de 1887: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”

Artículo 10 de la Ley 153 de 1887, subrogado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1889: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

Artículo [17](#) del Código Civil: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.

Estas normas dejan en claro que a la hora de adoptar una decisión frente a un caso concreto debe acudirse inicialmente a lo dispuesto por las normas y en caso de ser necesaria su interpretación se debe acudir a las demás fuentes auxiliares.

En materia judicial esta conclusión tiene arraigo superior en el artículo [230](#) de la Constitución, que dispone: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. // La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Así las cosas, la primera obligación de los servidores públicos es observar y aplicar la constitución, la ley y las normas reglamentarias que regulan el tema o materia específica, principio que se deriva también del mandato constitucional establecido en los artículos [29](#) (el debido proceso se aplica a todas las actuaciones administrativas aplicando las leyes preexistentes) y [123](#) de la carta magna (Los servidores públicos... ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento).

En caso de que esas normas no ofrezca claridad o permitan varias interpretaciones, debe acudirse a los criterios auxiliares del derecho, entre ellos la jurisprudencia; la revisión de esa jurisprudencia debe corresponder mínimo a cinco pronunciamientos proferidos en temas análogos, por los mismos hechos y pretensiones.

Sobre este aspecto es de resaltar, que la Circular 054 de 2010 expedida por el Procurador General de la Nación, exhorta no solo a la aplicación de la sentencia judicial, sino a la aplicación integral de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el tema, ya que el servidor público también es responsable por infringir la Constitución, la Ley y los reglamentos.

En relación con la jurisprudencia, es de aclarar que existe una prevalencia establecida por la Constitución y la ley:

- Cuando la sentencia judicial sea proferida para un caso específico, se vuelve obligatoria y hace transito a cosa juzgada para ese caso, debiendo ser cumplida por la entidad (Artículo [17](#) del Código Civil: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas); su incumplimiento constituye falta disciplinaria de conformidad con el numeral 1º del artículo [34](#) de la Ley 743 de 2002 (Código Único Disciplinario)

- La jurisprudencia de Control constitucional y la que constituye doctrina constitucional (artículos [243](#) de la Constitución y [48](#) numeral 1º de la ley [270](#) de 1996 – estatutaria de la administración de justicia)

- La doctrina probable: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho (Artículo 10 de la Ley 153 de 1887, subrogado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1889).

- La jurisprudencia sentada por los altos órganos jurisdiccionales (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura); sobre este tema la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-335 del 16 de abril de 2008 lo siguiente: “Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia criterio auxiliar de la actividad judicial de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. [13](#)). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución.

Al revisar la Jurisprudencia, observamos que la Sentencia proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del proceso con radicado 0112-09 constituye un hito en el tema analizado; luego de hacer un análisis del régimen de transición pensional, esta sentencia señaló que “respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3 de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.”

Posteriormente la sentencia considera que “... // De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”.

Sin embargo, la misma sentencia establece que: “... // Entonces, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que ésta constituye una prestación producto de los aportes efectuados por el trabajador ... // La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social ... // Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es

decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse. ... // Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. ... // De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional”.

Una vez revisada esta sentencia, observamos que el análisis que hizo no incluyó todas las normas que regulan el régimen de transición y que tampoco tuvo en cuenta que históricamente las normas pensionales han distinguido el monto de la pensión del ingreso base de liquidación; adicionalmente, la misma sentencia reconoció que los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional ha presentado criterios oscilantes en la jurisprudencia.

Sin embargo, es claro que la Sección de turno decidió asumir en esa sentencia como criterio unificado, que “la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Pero adicionalmente se resalta, que esa misma jurisprudencia señala expresamente que para determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que ésta constituye una prestación producto de los aportes efectuados por el trabajador, reiterando que el querer del legislador es que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social, por lo cual ordena la sentencia que se realice el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Ese criterio jurisprudencial es coherente con el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo [48](#) de la Constitución Política, elevando a rango constitucional el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, precisando que "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones" y que “El Estado garantizará ... la sostenibilidad financiera del Sistema”.

A partir de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del proceso con radicado 0112-09, hemos observado que los Jueces Administrativos en sus diferentes instancias, han acogido ese criterio jurisprudencial y han ordenando en sus sentencias la reliquidación de las pensiones, incluyendo factores adicionales a los cotizados por la entidad en virtud de las normas vigentes que regulan el tema; sin embargo, no hay unidad jurisprudencial en cuanto a cuáles son esos factores adicionales a incluir, al punto que en algunas decisiones judiciales se ha ordenado incluir factores que no son salariales, en contravía de lo señalado por la sentencia de unificación mencionada y lo manifestado por la

Corte Constitucional en la sentencia T-210 de 2011, que transcribe en su solicitud de concepto, las cuales son unánimes en señalar que solamente se pueden incluir factores que sean salariales.

Otro aspecto en el que no se encuentra unidad de criterio, es en relación con la forma en que se debe hacer el descuento y el consecuente pago de los aportes pensionales por los conceptos salariales “adicionales”, máxime teniendo en cuenta que en el caso del SENA, la entidad no es la destinataria de esas cotizaciones, sino que las paga a un tercero, que normalmente es el ISS.

Por ende, consideramos que para poder definir e implementar un procedimiento de reliquidación pensional en el SENA, es indispensable que se resuelvan los siguientes aspectos, que se derivan de las normas Constitucionales y legales vigentes sobre la materia y de la misma posición jurisprudencial sobre el tema:

1. Para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, ¿los aportes deben pagarse retroactivamente por toda la vida laboral del empleado en el sector público, o sólo durante su vinculación con el último empleador?; si es por toda la vida laboral, ¿cuál es la entidad que debe hacer el cobro de los aportes a todas las entidades donde laboró?
2. Teniendo en cuenta que se trata de aportes extralegales encaminados a mejorar la situación pensional del empleado o ex empleado, ¿el valor de los aportes debe ser asumido en su totalidad por él o de manera compartida con el empleador? En caso de ser compartida, cuál es la proporción?
3. Teniendo en cuenta que se harán pagos de aportes pensionales por fuera de los plazos señalados legalmente, ¿hay lugar a la sanción moratoria que establecen los artículos [23](#) de la ley 100 de 1993 y 28 del Decreto 692 de 1994?, en caso afirmativo, ¿quién y en qué proporción (empleado - empleador) asume el pago de esa mora?
4. Debe definirse además, ¿cuál es la incidencia de ese reajuste de los aportes para pensión, frente a los aportes para salud?, teniendo en cuenta que por disposición del artículo 3 del Decreto 510 de 2003 la base de cotización para el sistema general de pensiones deberá ser la misma que para el sistema de salud y que es viable pagar aportes pensionales por debajo de los aportes para salud, pero no es legalmente viable pagar aportes pensionales por encima de los de salud, que es lo que ocurre en el caso analizado.

Por la complejidad y la regulación normativa que existe actualmente sobre el tema, consideramos que la solución más rápida y adecuada a esos interrogantes es por vía normativa, con lo cual se le daría además un trámite igualitario a todos los servidores y exservidores públicos del Estado que se encuentran en esa situación; sin embargo, hasta que eso no ocurra, seguiremos dando nuestro apoyo para lograr un criterio jurisprudencial unificado sobre esos interrogantes, o un consenso entre las Entidades implicadas e interesadas en el asunto.

Cordialmente,

MARTHA BIBIANA LOZANO MEDINA

Coordinadora Grupo de Conceptos y Producción Normativa

Dirección Jurídica

IP 12508

Copia: Gilma Patricia Ramírez Rodríguez, Coordinadora Relaciones Laborales

Edna Catalina Moreno, Coordinadora Grupo Pensiones

Proyectó: GAcostaC.

NIS. 2012-02-009248



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

