



9

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 68001-23-33-000-2013-00785-01 (2009-2014)
Demandante : **Pedro Alirio Barrera Murcia**
Demandado : Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena)
Tema : Reconocimiento retroactivo pensional

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 10 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 26-35 y 40-41). El señor Pedro Alirio Barrera Murcia, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Servicio Nacional del Aprendizaje (Sena) para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones (ff. 40-41). 1) El actor aspira a que se declare la nulidad de las Resoluciones 709 de 3 de mayo de 1995, 1919 de 6 de septiembre de 2006 y 2635 de 12 de diciembre de 2006.



2) Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento, pide que se ordene a la entidad accionada pagarle la diferencia correspondiente a las cuotas partes de la pensión de jubilación que no integran la compartibilidad de las pensiones del Servicio Nacional del Aprendizaje (Sena)- Instituto de Seguros Sociales (ISS), con su respectiva indexación; el retroactivo originado por la concesión de la pensión de vejez del ISS, en cuantía de \$120.280.268, con el reconocimiento de los intereses moratorios y su indexación.

3) Que se disponga en la sentencia que «las sumas reconocidas en ella y liquidadas como se piden en el ordinal anterior, devengarán intereses comerciales, durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria, y moratorios después de este término de acuerdo a la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

4) Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.1.2 Fundamentos fácticos (f. 27). Relata el accionante que se hizo acreedor al reconocimiento de una pensión de jubilación, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), por haber cumplido edad y tiempo de servicios prestados al Incora y al Sena, en cuantía de \$686.550, mediante Resolución 709 de 3 de mayo de 1995, a partir del 1.º de enero de esa anualidad, con la inclusión de todos los factores salariales; pero sin indexar la primera mesada pensional, de acuerdo con la variación porcentual del índice de precios al consumidor (IPC), certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.



El Sena, a través de Resolución 1919 de 6 de septiembre de 2006, declaró la pérdida de fuerza ejecutoria, y redujo el valor de la mesada pensional que se le cancelaba desde 1995. En su artículo tercero, se le ordenó que reintegrara la suma de \$120.280.268, pertenecientes al retroactivo de la pensión de vejez conferida por el ISS (Resolución 2424 de 22 de agosto de 2006). Contra esta determinación, interpuso recurso de reposición, que fue decidido de manera desfavorable.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos acusados las siguientes: artículos 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 793 de 2003; Decretos 3135 de 1968; 1848 de 1969, reglamentario del anterior; 45 del 1045 de 1978; 691 de 1994; y 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y demás normas concordantes y complementarias.

El concepto de la violación, en esencia, se circunscribe a que, en el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del actor, con la inclusión de todos los factores salariales, el Sena no indexó la primera mesada pensional, conforme al índice de precios al consumidor (IPC); no hay lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares, recibidas de buena fe, de conformidad con el artículo 136, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo (CCA); y el Sena incurre en enriquecimiento sin causa, frente al fenómeno jurídico de la compartibilidad de pensiones, ya que el accionante cotizó doble aporte: uno, por concepto de previsión social (Ley 4.^a de 1966) y otro, «ICSS Nuevos Riesgos», sin estar obligado a este último.



1.2 Contestación de la demanda (ff. 50-64). La entidad demandada se opone a las pretensiones porque considera que la pensión de jubilación no ha estado sometida a condición resolutoria; lo que queda sujeto a esa condición, como consecuencia de la compartibilidad pensional, es el pago de la mesada por parte del empleador (Sena). La Resolución 1919 de 6 de septiembre de 2006 no supone la disminución o pérdida del derecho a la pensión de jubilación ni su afectación, pues en ella se declara la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 709 de 3 de mayo de 1995, pero solo en cuanto a la obligación a cargo del Sena de pagar el 100% del valor de la mesada, que es lo que se encontraba sujeto a condición resolutoria; por ello, el Sena 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 que el ISS paga la pensión.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y prescripción.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de 10 de marzo de 2014, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas, al considerar que resulta probada la figura de la compartibilidad pensional, cuando el Sena otorga en la Resolución 709 de 1995 una pensión anticipada a favor del actor, a partir del 1.º de enero de 1995, y establece en el artículo cuarto: «El SENA se reserva el derecho a cubrir parcial o totalmente, el valor de esa pensión, con el valor de la que por el mismo concepto le reconozca el ISS al peticionario, 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», es decir, se precisó que la pensión en ella otorgada no quedaba indefinidamente a cargo del Sena, pues al cumplirse los requisitos de pensión ante el ISS, al Sena solo le correspondería, si lo hubiere, el mayor valor entre las dos pensiones. Por lo tanto, en la Resolución 1919 de septiembre de 2006 no se estructura una revocación directa del acto administrativo de reconocimiento de la pensión (Resolución 709 de 1995) por parte del Sena, sino que se da cumplimiento a la condición resolutoria contenida en ese acto de reconocimiento de la pensión.

En cuanto al retroactivo, el Sena le pagó al pensionado la parte de la mesada que ya el ISS había asumido en su Resolución 2461 de 2006 por ese período, por lo que es el titular del derecho al «retroactivo en suspenso», como lo denominó el ISS, por valor de \$120.280.268.00. De ahí que no puede afirmarse la violación alegada por el actor respecto del artículo 136, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, según el cual no habrá lugar a recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe, porque, desde la expedición de la Resolución 709 de 1995, se advierte, en su artículo 5.º, una autorización, según la cual el Sena por venir pagando el total de la pensión, cobrará el retroactivo a que hubiere lugar, pero, de manera especial, puesto que este nunca ingresó al patrimonio del actor.

Y, por último, la pensión reconocida en la Resolución 709 de 1995 suma los tiempos de servicio prestados por el demandante en el Incora (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria) y en el Sena, para que pudiera gozar de la pensión anticipada reconocida por el Sena. En dicha resolución, se



determina como porcentaje: el 88.37% respecto del Sena y el 11.63%, al Incora, y se consigna el derecho del Sena a repetir contra el Incora la suma en pesos correspondiente a ese porcentaje del 11.63%. El ISS al hacer la compartibilidad en su Resolución 2461 de 2006 liquida «el total de la pensión que corresponde al Asegurado (actor), calculado con el total de las cotizaciones realizadas al Seguro Social por parte de la entidad jubilante (SENA) y con los demás patronos, y el valor a compartir calculado únicamente con las semanas que el afiliado aportó con el empleador Sena, con el fin de determinar el valor a compartir y el valor que no ostentará el carácter de no compartido. Empero, para la SALA, no logra demostrar el Actor, cómo ese cálculo así efectuado, afecta negativamente la mesada pensional del aquí actor, puesto que, esta mesada la continúa recibiendo en el 100%, compartida sí entre el SENA y el ISS. Tampoco, es claro el actor, en cuál la norma violada por esta circunstancia ni el concepto de violación. Con estas bases, se negará la pretensión de condenar al SENA a pagar a favor del actor, la diferencia correspondiente a las cuotas partes de la pensión de jubilación que no hacen parte de la compartibilidad de pensiones SENA-ISS, debidamente indexada desde el 05 de noviembre de 2008» (ff. 212-215) [sic para toda la cita].

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El accionante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia y endereza sus inconformidades, en suma, en el sentido de que (i) en el fenómeno de la compartibilidad de pensiones Sena-ISS, el actor fue obligado a efectuar doble aporte: uno, de previsión social, conforme a la Ley 4.^a de 1966 y otro, que no le correspondía, de nuevos riesgos de vejez, lo cual causó un desmedro de su salario, pues se lo descontaron de manera



unilateral, sin que ello haya sido reconocido, y (ii) no le corresponde al Sena el retroactivo, puesto que este no hizo lo necesario para que el accionante obtuviera la pensión de vejez cuando cumplió el requisito de la edad, sino en el año 2006, a través de la Resolución 1919 de 6 de septiembre. Pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las súplicas de la demanda (de los minutos 13:25 a 20:31, del tercer archivo del video).

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por el actor fue concedido en auto de 10 de abril de 2014 ante esta Corporación, dictado en la audiencia inicial con fallo, de 10 de marzo anterior (ff. 215-216), y se admitió por proveído de 11 de junio siguiente (ff. 220). Después, en providencia de 21 de octubre del mismo año, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 230), oportunidad aprovechada por el demandante y el último de estos.

El accionante (ff. 237-241) insiste en los argumentos expuestos, tanto en la demanda como en el recurso de apelación, en los siguientes términos:

[...] en el fenómeno de la compartibilidad de pensiones SENA-ISS, que unilateralmente descontó de lo devengado por mi poderdante para efectos del pago de los aportes para la pensión de vejez, sin estar obligado por la Ley, observando que por Ley 4 de 1966 se le descontaba por concepto de PREVISION SOCIAL para el fondo del Pensión de Jubilación del SENA y por otro lado, por concepto de NUEVOS RIESGOS para la pensión de vejez que reconoció el INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES ICSS, razón suficiente, para que la compartibilidad de las pensiones en mención solo se limite en lo relacionado por concepto de cotización o aportes derivado por el empleador SENA.



Por otro lado, el reconocimiento de la pensión debe ser objeto para establecer el respectivo monto de la inclusión de todos los factores devengado en el último año de servicio y debidamente indexado de acuerdo al IPC.

Además, debe aplicarse la jurisprudencia del Honorable CONSEJO DE ESTADO, que la culpa del empleador no se le debe trasladar al trabajador o pensionado, como es el caso de mi poderdante.

El presente caso, se trata de derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles, cuya violación configuran la violación del debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política, que consagra: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

[...]

El Ministerio Público (ff. 242-246). La señora procuradora segunda delegada ante esta Corporación expone que, en cuanto a la compartibilidad, al apoderado del actor no le asiste razón en sus argumentos, ya que no existe un enriquecimiento sin causa del Sena relativo a los aportes, pues la pensión de los funcionarios de dicha entidad comporta una característica especial: en primera instancia, la reconoce el Sena, y una vez sus funcionarios cumplen 60 años, dicha obligación se traslada al ISS, con la condición de que si hay un faltante, le corresponde al Sena asumirlo y trasladarlo al ISS.

No existe en el plenario pruebas de por qué el actor debía restituir la suma de \$120.280.268, correspondiente al retroactivo de la pensión de vejez reconocida por el ISS, mediante Resolución 2424 de 22 de agosto de 2006. En este asunto está claro que el Sena pagó al demandante el 100% de la pensión y que el Incora debía una cuota parte; pero no se encuentra justificación legal de la orden de reintegro de la mencionada suma dada al demandante, pues el que hizo la liquidación del monto pensional fue el Sena; si este se equivocó no puede trasladar su culpa al actor, y, mucho



menos, cuando actuó de buena fe; lo contrario, no está probado en el proceso.

Así las cosas, las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar parcialmente, en el sentido de que al accionante no le asiste la obligación de reintegrar la suma de \$120.280.268, esto es, declárese la nulidad de la orden decretada en el artículo 4.º de la Resolución 1919 de 2006. En todo lo demás se debe confirmar la sentencia apelada.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Se contrae a determinar si el demandante, en los términos del recurso de apelación, tiene derecho a que se le reconozca el retroactivo generado por el pago de su pensión de jubilación que siguió realizando la entidad accionada durante el lapso comprendido entre el cumplimiento del requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez del Instituto de Seguros Sociales (ISS) y la fecha en que esta comenzó a ser efectiva.

5.3 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:



a) Fotocopia simple de Resolución 709 de 3 de mayo de 1995, del secretario general del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al actor (ff. 2-7).

b) Fotocopia simple de Resolución 1919 de 6 de septiembre de 2006, de la secretaria general del SENA, «Por la cual se declara una pérdida de fuerza ejecutoria, se señala el valor de una diferencia pensional y se determinan sumas a restituir», respecto de la pensión de jubilación otorgada al accionante (ff. 8-10).

c) Fotocopia simple de Resolución 2635 de 12 de diciembre de 2006, de la secretaria general del SENA, por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por el demandante contra el acto administrativo antes reseñado (ff. 12-18).

d) Fotocopia autenticada de Resolución 2461 de 11 de abril de 2006, del jefe de departamento de pensiones del Instituto de Seguros Sociales (ISS), seccional Santander, «Por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida» (ff. 123-126).

De las pruebas que obran en el expediente, se colige que la entidad accionada, con arreglo al artículo 46 de la Ley 119 de 1994,¹ por medio de

¹Ley 119 de 1994, artículo 46. Pensiones anticipadas-transitorio. «Los funcionarios del SENA tendrán derecho a optar un sistema de pensiones anticipadas así:

1. A partir de enero 1° de 1995 tendrán derecho a la pensión de jubilación, aquellos funcionarios que acrediten estar en condiciones de cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 1996.



Resolución 709 de 3 de mayo de 1995, del secretario general, le otorgó al actor pensión de jubilación, a partir del primero de enero de 1995, en cuantía de \$686.550 mensuales. Para tal efecto, tuvo en cuenta su tiempo servido en el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), del 16 de marzo de 1968 al 15 de mayo de 1973, y en el Sena, entre el 23 de febrero de 1976 y el 13 de enero de 1985, y desde el 21 de junio de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1994, para un total de 18 años, 4 meses y 3 días, que en proporción al valor de la pensión corresponde a la primera entidad el 11.63% y a la segunda, el 88.37%.

Tiempo después, el Instituto de Seguros Sociales (ISS), mediante Resolución 2461 de 11 de abril de 2006, resuelve una petición del demandante, de 11 de abril de 2003, en la que solicita el reconocimiento de la pensión de vejez, y la cual se le concede, desde el 20 de noviembre de 2000, por haber cumplido los requisitos para que el ISS asumiera el pago de la prestación y procediera a compartirla con el Sena.

Y en el mismo acto administrativo, se establece, en el artículo segundo de la parte decisoria, que el «giro de \$115.178.213.00 por concepto de retroactivo quedará en suspenso, por las razones expuestas en la parte motiva», que obedecen a que el accionante «no autoriza la entrega del valor del retroactivo al patrono SENA», a pesar de que en el artículo quinto de la Resolución 709 de 3 de mayo de 1995, del Sena, que le confirió la pensión de jubilación, se determinó lo siguiente:

2. A partir de enero 1° de 1997 tendrán derecho a la pensión de jubilación, aquellos funcionarios que acrediten estar en condiciones de cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicios entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 1998».



El Servicio Nacional de Aprendizaje queda expresamente autorizado por el peticionario, para que llenados los requisitos que exige el I.S.S., de oficio tramite ante dicha Entidad de Previsión el reconocimiento y pago de la pensión que le corresponde como afiliado, así mismo el SENA por venir pagando el total de la pensión cobrará el retroactivo a que hubiere lugar.

Posteriormente, el ente demandado, mediante Resolución 1919 de 6 de septiembre de 2006, de la secretaria general, resuelve, entre otros, lo que sigue: declara la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 709 de 1995 «por cumplirse la condición resolutoria a la que estaba sometida su vigencia» (artículo primero); a partir del 20 de noviembre de 2000, la mesada pensional es de \$631.658, «correspondientes al mayor valor entre la pensión otorgada por el ISS y la que le venía pagando el SENA» (artículo segundo); «Como el SENA pagó al pensionado el ciento por ciento (100%) de las mesadas pensionales hasta el 30 de junio de 2006, incluida la mesada extraordinaria de este año, habiéndola asumido parcialmente el ISS desde el 20 de noviembre de 2000, se ordena: El señor PEDRO ALIRIO BARRERA MURCIA, debe reintegrar en la Tesorería del SENA, Regional Santander, o del SENA donde habite la suma de CIENTO VEINTE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$120.280.268),² de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este acto» (artículo quinto). El demandante formuló contra este acto recurso de reposición, que fue resuelto de manera negativa, según Resolución 2635 de 12 de diciembre de 2006, de la secretaria general.

Así las cosas, el actor formula como pretensiones de su demanda, la nulidad de las antes mencionadas Resoluciones 709 de 3 de mayo de 1995, 1919 de 6 de septiembre de 2006 y 2635 de 12 de diciembre de 2006; que se le

² El pago del 100% de las mesadas canceladas por el Sena al pensionado, entre el 20 de noviembre de 2000 y el 30 de abril de 2006, por valor de \$115.178.213, más \$5.102.055, por concepto de las mesadas «del 1 de mayo de 2006 hasta el 30 de junio del mismo año, incluida la mesada extraordinaria del mes de junio de este año, tiempo en el cual recibió doble mesada pensional por el mismo amparo (la edad)», según la motivación de la Resolución 1919 de 2006, que arroja la suma de \$120.280.268.



pague, a título de restablecimiento de derecho, «las cuotas partes de la pensión de jubilación que no hacen parte de la compartibilidad de pensiones Sena-ISS, debidamente indexada desde el 5 de Noviembre de 2008», y el retroactivo «originado por el reconocimiento de la pensión de vejez del ISS en cuantía de \$120.280.268.00, con el reconocimiento de los intereses moratorios y debidamente indexados» (f. 40). Estas súplicas fueron negadas por el *a quo*.

Ahora bien, antes de proceder a dirimir las discrepancias planteadas por el recurrente, la Sala debe precisar que, conforme al artículo 320 del Código General del Proceso, el recurso de apelación «tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión»; y, en este sentido, en el presente asunto, se observa que se propone como discordancia con el fallo de primera instancia que no tuvo en cuenta que al actor se le impuso realizar doble aporte: uno, de previsión social, conforme a la Ley 4.^a de 1966 y otro, que no le pertenecía, de nuevos riesgos de vejez, lo cual causó un desmedro de su salario, pues se lo descontaron de manera unilateral.

Al respecto, sobre este punto que alega el apelante la sentencia de primera instancia no se ocupó, puesto que no se concretó como pretensión de la demanda ni mucho menos conformó la fijación del litigio³ en la audiencia inicial; por lo tanto, es improcedente su formulación.

³ «[...] se fija el litigio así: Para la parte actora, señor Pedro Alirio Barrera Murcia, los actos aquí acusados, infringen normas en que deberían fundarse, concretamente las así reseñadas en el folio 27 del expediente y de esa violación, se desprende el derecho a que se le pague las cuotas partes que no hacen parte de la compartibilidad de pensiones SENA-ISS debidamente indexada desde el 05 de Noviembre de 2008, y se le pague, también, el retroactivo de \$120.280.268.00 (retroactivo en suspenso + valor mesada extraordinaria del mes de Junio de 2006), debidamente indexado, más los intereses comerciales y moratorios» (f. 214).



En cuanto al retroactivo de \$120.280.268, de acuerdo con la Resolución 1919 de 6 de septiembre de 2006, de la secretaria general del Sena, se generó entre el 20 de noviembre de 2000⁴ y el 30 de abril de 2006, por valor de \$115.178.213 más \$5.102.055 de las mesadas de mayo y junio de 2006, incluida la extraordinaria, por haber continuado el Sena con el pago de la pensión de jubilación anticipada, a pesar de que el actor ya tenía los requisitos mínimos exigidos por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) para acceder a la pensión de vejez y este debía proceder a cubrirla, mientras que al Sena solo le correspondía el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ISS y la que él venía cubriendo (artículo 16, Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año).

Pero el ISS concedió la pensión de vejez al accionante, mediante Resolución 2461 de 11 de abril de 2006, a partir del 20 de noviembre de 2000, o sea, que el pago de las mesadas pensionales asumido por el Sena — desde la fecha antes mencionada hasta cuando de manera efectiva el ISS comenzó a cubrir la pensión— produjo el retroactivo antes citado, que fue fijado en dicho acto administrativo, como se expresa en sus consideraciones, después de «elaborar una liquidación proforma, esto es, una liquidación en la que se especifique el total de la pensión que corresponde al Asegurado calculado con el total de las cotizaciones realizadas al Seguro Social por parte de la entidad jubilante y con los demás patronos, y el valor a compartir calculado únicamente con las semanas que el afiliado aportó con el empleador SENA, con el fin de determinar el valor a compartir y el valor que no ostentará el carácter de no compartido» (f. 124).

⁴ Un día antes de que el accionante cumpliera 60 años de edad, pues nació el 21 de noviembre de 1940, según su cédula de ciudadanía 17.049.861 de Bogotá (f. 87).



En efecto, en el mentado acto administrativo se estableció, en el artículo segundo de la parte decisoria, «Retroactivo hasta ABRIL 30 DE 2006. \$129.575.532.00, discriminados así: Retroactivo en Suspenso: \$115.178.213.00. Retroactivo a Asegurado: \$14.397.319.00». El ISS hace alusión al retroactivo en suspenso, debido a que «encontramos que se presenta controversia del giro del valor del retroactivo, razón por la cual y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 34 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de 1990, en concordancia con el Artículo de la Ley 100 de 1993; se deja en suspenso la decisión de esta reclamación, hasta tanto se dirima judicialmente por medio de Sentencia ejecutoriada a quien corresponde el derecho» (f. 125).

La disputa aludida surge porque el actor, en un documento escrito, «no autoriza la entrega del valor del retroactivo al patrono SENA», no obstante, haber quedado sentado en el artículo quinto de la parte resolutive de la Resolución 709 de 3 de mayo de 1995, del secretario general del SENA, que reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante, «[...] **el SENA por venir pagando el total de la pensión cobrará el retroactivo a que hubiere lugar**» (negritas no son del texto) [f. 6].

Sin embargo, el actor aspira a que se le reconozca el retroactivo de \$120.280.268; pero no demuestra por qué tiene el derecho, con fundamento en qué norma y de dónde se deriva su monto en beneficio suyo, tal como lo hizo el SENA en la Resolución 1919 de 6 de septiembre de 2006, sobre la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 709 de 3 de mayo de 1995, que concedió la pensión de jubilación al demandante, y, además, establece la cantidad definitiva.



De tal suerte que, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen». De ahí que el tratadista Hernando Devis Echandía, desde años atrás, en su difundida obra *Compendio de derecho procesal* (Bogotá: ABC, 1972. Tomo V. p. 689), afirme:

[...] debe imponerse la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario de acuerdo con la norma jurídica aplicable; expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de tal prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable [...].

En consecuencia, esta pretensión no tiene vocación de prosperidad y, por ende, los actos acusados conservan su presunción de legalidad.

Y, por último, en lo que concierne a las costas del proceso, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016,⁵ en el sentido de que «corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma».

Por ello, esta Sala considera que el artículo 365 del CGP, por remisión del 188 del CPACA, deja a disposición del juez la procedencia o no de la

⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que no se observa en el proceso.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará parcialmente la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda, y se revocará la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 10 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Pedro Alirio Barrera Murcia contra el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Revocáse el ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de que no hay lugar a condena en costas, según las consideraciones planteadas.



3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.



CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
AUSENTE CON PERMISO



CÉSAR PALOMINO CORTÉS