

Cartagena de Indias D. T y C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-23-33-000-2018-00785-00
Demandante	CARMEN CECILIA MARTÍNEZ JULIO
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Tema	<i>Doble asignación del tesoro público- Incompatibilidad entre las pensiones de vejez y de jubilación cuando ambas son pagadas con recursos del tesoro público- Compatibilidad en el reconocimiento pensional de los docentes.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala No. 004 de Decisión de esta Corporación, profiere sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por CARMEN CECILIA MARTÍNEZ JULIO, contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA¹.

3.1.1. Pretensiones².

La parte demandante elevó las siguientes pretensiones:

“Solicito que mediante sentencia con fuerza de verdad legal, se hagan en contra de la entidad demandada, las siguientes declaraciones:

3.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 6886 de 02 octubre de 2018, Por la cual se resuelve una solicitud de Reconocimiento y pago de una pensión de Jubilación”.

3.2 Que como consecuencia de la declaración anterior, y a título de Restablecimiento del derecho, se le reconozca y pague a la señora CARMEN CECILIA MARTINEZ JULIO, una Pensión Vitalicia de Jubilación, de conformidad a la Ley 91 de 1989 y Ley 33 de 1985, con efectividad a partir del 28 de Junio 2014, año en el cual debió adquirir el status de pensionada.

3.3. Pido que la condena al pago de una cantidad líquida de dinero, se ajuste tomando como base el IPC.

¹ Fols. 1-11 (doc. 1-11 exp. digital)

² Fols. 1 (doc. 1 exp. digital)

3.4. Pido que se condene en costas a la entidad demandada, en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011.

3.5. Pido que se ordene a la entidad demandada, darle cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 18 de enero 2011".

3.1.2 Hechos³.

La parte actora, como soporte de sus pretensiones, expuso los argumentos fácticos que se han de sintetizar así:

Manifiesta que, se encuentra vinculada al Distrito de Cartagena como docente, iniciando en la Institución Educativa Ana María Vélez de Trujillo, seguidamente en la Escuela Pablo VI, laborando desde 27 de junio de 1994 al 15 de enero de 2018, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Solicitó el 24 de julio de 2018 mediante petición radicada bajo el No. 2018-PENS-606367, reconocimiento de pensión de jubilación la cual fue negada mediante acto administrativo contenido en la Resolución No. 6886 de 02 octubre de 2018, bajo el argumento de que ya se encontraba pensionada por Colpensiones mediante Resolución No. 8223 de 2008.

Agregó que, si bien se encuentra pensionada, la misma es fruto de las cotizaciones hechas al Instituto de los Seguros Sociales, como trabajador dependiente, donde el último empleador fue PIA Sociedad Salesiana, colegio privado que presta el servicio de la Educación, por lo que no proviene del erario público.

Precisó que, le es aplicable la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985, por lo que tiene derecho a la pensión de jubilación a los 20 años de servicios y 55 años de edad.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación⁴.

Se citaron como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, artículos 13, 53, 58 y 128 de la Constitución Política, art. 15 de la Ley 91 de 1989, art. 6 de la Ley 60 de 1993, inc. 2º art. 279 de la Ley 100 de 1993, y Ley 33 de 1985.

Expresó que, el acto acusado está viciado de nulidad por haber sido expedido con infracción de normas superiores, por cuanto si bien el artículo 128 de la Carta Política estableció que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte

³ Fols. 1-3 (doc. 1-3 exp. digital)

⁴ (doc. exp. digital)

mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley, entendiéndose por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas, acerca de los precedentes que tratan del fondo del asunto, de la posibilidad de que los docentes devenguen más de una pensión, reconocidas una por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otra por el I.S.S., distintos órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, han tomado posiciones a favor de la actora.

A su juicio, el acto administrativo acusado es violatorio de las normas antes señaladas, puesto que es legalmente compatible el goce de dos pensiones, una reconocida por el Instituto de los Seguros Sociales, por aportes realizados como trabajador para entes privados, y otra por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual la demandante se encuentra afiliada, por laborar en el servicio público de la Educación, en el Distrito de Cartagena.

Por otro lado, las personas afiliadas al FNPSM, como la actora, no se les puede aplicar la Ley 100 de 1993 y sus normas modificatorias, por tanto no se encuentran inmersos en el Sistema Único de la Seguridad Social Integral, por el contrario, pueden ser beneficiados con una pensión que reconoce dicho Fondo (FNPSM) y la otra que provenga del Sistema, lo cual es perfectamente compatible, por la excepción consagrada en el inc. 2º del artículo 279 de la Ley 100.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada, pese a haber sido notificada, no allegó escrito de contestación.

3.3 ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue repartida el 30 de noviembre de 2018⁵.
- Se admitió la demanda por auto del 22 de abril del 2019⁶.
- La parte demandada fue notificada el 06 de mayo de 2019⁷.
- A través de proveído del 31 de mayo de 2021, se dispuso dictar sentencia anticipada⁸.
- Mediante auto del 16 de julio de 2021, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión⁹.

⁵ Fol. 75 (Doc. 82 exp. digital)

⁶ Fol. 77 (doc. 84-85 exp. digital)

⁷ Fl. 82 (doc. 91 exp. digital)

⁸ Fol.s 93-94 (doc. 102-104 exp. digital)

⁹ Fols. 112 (doc.139 exp. digital)

3.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

3.5.1 Parte demandante¹⁰: Presentó escrito de alegatos, reiterando lo manifestado en la demanda.

3.5.2 Parte demandada: No presentó escrito de alegatos.

3.5.3 El Ministerio Público: no rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda, y en el escrito de contestación, corresponde a esta Sala establecer si:

¿En el caso de marras, existe lugar a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 6886 del 2 de octubre de 2018, por medio de la cual se negó a la demandante el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación docente, por percibir una pensión por parte del ISS?

¿tiene derecho la señora CARMEN CECILIA MARTÍNEZ JULIO al reconocimiento de una segunda pensión?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala de Decisión concederá las pretensiones de la demanda por cuanto el actor cumplió con la totalidad de los requisitos de ley para acceder a la pensión de jubilación pretendida, y la misma es compatible con la pensión de vejez reconocida por el ISS, al provenir esta última de aportes exclusivos del

¹⁰ Fols. 115-118 (doc. 144-151 exp. digital)

sector privado, y la que es objeto de reconocimiento, de aportes efectuados en el sector público.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Doble asignación del tesoro público – prohibición constitucional y legal.

El artículo 128 de la Constitución Política prescribe que “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público **ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público**, o de empresas o de instituciones en la que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

A la luz de la norma constitucional anterior a 1991, el artículo 1.º del Decreto 1713 de 1960 preceptuaba:

“(....) Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresa o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:

a. Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo;

b. Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos;

c. Las que provengan de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no excedan de mil doscientos pesos mensuales (\$1.200,00);

d. Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las fuerzas armadas.

Parágrafo. *Para los efectos previstos en los ordinales a) y b) del presente decreto, se entiende por horario normal de trabajo la jornada de ocho (8) horas.”*

La norma anterior fue derogada tácitamente por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que dispuso en su tenor:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

13-001-23-33-000-2018-00785-00

- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades."

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-133 de 1993, al considerar que "(...)reproduce la prohibición constitucional establecida en el artículo 128, en el sentido de prohibir el desempeño simultáneo de más de un cargo público, como el recibo de más de una asignación que provenga del tesoro público, y señala además los casos en los cuales no opera dicha regla general, todo ello como desarrollo fiel de la competencia que le asignó el Constituyente al legislador en el citado canon constitucional".

Adicionalmente, indicó que la incompatibilidad contenida en la norma constitucional comporta una íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores del estado, de tal magnitud que prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, como percibir más de una asignación que provenga del erario, entendida esta como "toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc."

5.4.2. Compatibilidad en el reconocimiento pensional de los docentes.

En relación con las pensiones de los docentes el ordinal 2º literal a) del artículo 14 de la Ley 91 de 1989, indicó:

"(...) 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 (...)"

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló:

"(...) ARTICULO 6o. Administración del personal.

(....)

El régimen prestacional y 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. [...]"

Ahora bien, el parágrafo 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, trae como excepciones a la aplicación del régimen de seguridad social, entre otros, a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "(...) cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración (...)".

Finalmente, debe reiterarse que el artículo 128 de la Constitución Política, prohibió la posibilidad de desempeñar simultáneamente más de un empleo público, o recibir más de una asignación proveniente del tesoro público, salvo las excepciones expresamente reguladas por la Ley.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades, en los siguientes términos:

*"(...) **Reiteradamente esta Corporación ha expresado que es improcedente reconocer dos pensiones ordinarias de jubilación**, así la preceptiva jurídica aplicable a los docentes permita a éstos percibir simultáneamente pensión de jubilación y el sueldo por los servicios docentes que pueden seguir prestando. Así, en la sentencia del 10 de abril de 1997, Actora: Eunice Arias de Arias, Exp. No. 12.776, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, **luego de determinar que la pensión cuyo reconocimiento requería el demandante era la pensión ordinaria de jubilación, puntualizó que la misma podría ser compatible con otras pensiones, por ejemplo con la pensión gracia del orden nacional pero no con otra pensión ordinaria de jubilación.** Se tiene entonces, que ni las normas a que se ha hecho referencia ni ninguna otra disposición superior, establece la compatibilidad de la percepción de la pensión gracia con dos pensiones ordinarias de jubilación, o la compatibilidad de percibir dos pensiones ordinarias de jubilación, categoría que se reitera, tendría la pensión cuyo reconocimiento reclama el demandante (...)"*

Ahora bien, en reciente pronunciamiento¹¹ y a propósito de la sub regla transcrita (la que se reitera allí) la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Segunda, Sub sección A, concluyó que:

"(...) los docentes pueden: i) adquirir el estatus pensional, ii) obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y, iii) a la vez seguir en ejercicio

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia del veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 23001-23-33-000-2014-00141-01(2785-15)

13-001-23-33-000-2018-00785-00

la actividad, toda vez que en el caso especialísimo de estos, no existe incompatibilidad entre la pensión ordinaria de jubilación y el salario, así como tampoco entre la pensión gracia, el salario y la pensión de jubilación.

Precisando que “no ocurre lo mismo en tratándose de dos pensiones de jubilación de carácter ordinario por cuanto, la Constitución o la Ley no contemplaron dicha excepción a la prohibición de percibir dos o más asignaciones del tesoro público”.

Y explicando que, en el caso particular de los docentes, a estos no los cobija la prohibición de no recibir doble asignación del tesoro público por disposición de la ley, pero solo en el entendido de que el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dejó a salvo la compatibilidad entre la **pensión de jubilación, la pensión gracia y el salario**. En lo que respecta a dos pensiones ordinarias sí que opera la restricción.

Así se desprende del citado pronunciamiento:

“Así mismo, la compatibilidad de pensiones para los docentes es procedente para la pensión especial de gracia y una pensión ordinaria.”¹²

5.4.3. De la incompatibilidad entre las pensiones de vejez y de jubilación cuando ambas son pagadas con recursos del Tesoro Público.

El Consejo de Estado, en asunto de similares contornos fácticos al del *sub lite* (aunque no se trató de docentes, si se trató de un caso en donde se reconocieron dos pensiones pagadas por el Estado a través de sus entidades previsoras), en fallo del quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020), proferido por la Sub Sección A de la Sección Segunda¹³, reiteró la regla de incompatibilidad de las pensiones de vejez y de jubilación por servicios prestados en el sector público cuando las asignaciones provienen de entidades de derecho público; esto lo hizo a partir del análisis del Decreto 1848 de 1969 (artículo 77).

Allí determinó que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, impide que dos o más emolumentos tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación proveniente de entidades de previsión del Estado y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del tesoro público. Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley.

Ahora bien, la pertinencia de este fallo radica en que define, a partir de la reiteración de la prohibición, la regla que es válida, en el entendimiento que si es viable obtener una pensión de jubilación por servicios prestados en el

¹² Ídem.

¹³ Radicación número: 54001-23-33-000-2015-00041-01 (2507-17)

sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS - hoy Colpensiones -, siempre que esta última se reconozca por servicios prestados a patronos particulares, condicionando el derecho a que si la pensión que reconoce el ISS o Colpensiones (pensión de vejez) incluye tiempos laborados en el sector público, es decir, involucra dineros del tesoro público deviene la incompatibilidad con la pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público.

Así se expone en la citada providencia:

“(....)

De lo anterior se concluye que es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que esta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares. Sin embargo, cuando la pensión que reconoce el ISS incluye tiempos laborados en el sector público y, por ende, involucra dineros que provienen del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, resulta incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público. (Negrillas puestas por la Sala).

5.4.4. La pensión ordinaria de los docentes oficiales.

Actualmente el régimen prestacional aplicable a los educadores oficiales es el establecido en las **Leyes 100 de 1993** y **797 de 2003**, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al **27 de junio del 2003**, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005¹⁴, por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

Así, de acuerdo con el aludido párrafo transitorio, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está

¹⁴ “Artículo 1º. (...)

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta.

(...)”.

condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (**27 de junio del 2003**).

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003¹⁵, señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de la misma serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las **Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**.

Se puede concluir entonces sin ambages, que el régimen pensional de los docentes oficiales no beneficiarios de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, por haber sido vinculados con anterioridad al 27 de junio del 2003, se unificó en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, la Ley 33 de 1985, en el párrafo 2º del artículo 1º consagró un régimen de transición, el cual previó para los empleados oficiales que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio a la fecha de su entrada en vigencia (13 de febrero de 1985), la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en la norma anterior, esto es, la Ley 6º de 1945 y las normas que la complementaron y reglamentaron.

En orden a lo expresado, se entiende que a los docentes (nacionales, nacionalizados y territoriales), vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, les es aplicable el régimen pensional general previsto en la Ley 33 de 1985, a menos que se encuentren cobijados por el régimen de transición contemplado en esa normatividad.

¹⁵ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario"

Así pues, se tiene que los requisitos para pensionarse bajo el alero de la Ley 33 de 1985, son los que prescribe su artículo primero, así:

"ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

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.

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 (50) años 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.

PARÁGRAFO 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley."

5.4.5. Precedente de unificación.

Por demás, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo¹⁶ acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985, que se había fijado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con anterioridad (sentencia de

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia de unificación suj-014 -ce-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

unificación del 28 de agosto de 2018) y sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.”

Se precisó, en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones” y se subrayó que “los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación”. **Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.**

Recapitulando, la regla es la siguiente:

*“Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son **únicamente: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**”*

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

De acuerdo con los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que:

- Resolución No. 6886 del 02 de octubre de 2018, por el cual se resuelve una solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación¹⁷.
- Certificados laborales de la actora¹⁸.
- Certificado expedido por la Alcaldía de Cartagena, en donde consta que la demandante no recibe asignación de vejez por esa entidad¹⁹.

¹⁷ Fols. 14- 15 (doc.14-15 exp. digital)

¹⁸ Fols. 19- 20(doc. 21-23 exp. digital)

¹⁹ Fol. 22 (doc. 26 exp. digital)

13-001-23-33-000-2018-00785-00

- Resolución No. 008223 del 30 de abril de 2008, por el cual el ISS le reconoce pensión de vejez a favor de la señora Martínez Julio²⁰.
- Reporte de semanas cotizadas, expedido por Colpensiones²¹.
- Expediente administrativo²²:
 - Resolución No. 6886 del 02 de octubre de 2018, por el cual se resuelve una solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación²³.
 - Hoja de revisión de solicitud de reconocimiento²⁴.
 - Registro civil de nacimiento de la actora²⁵.
 - Formato de certificado de historia laboral en el FOMAG²⁶.
 - Certificado de salarios²⁷.
 - Certificado de Colpensiones, en el que se registra en su nómina de pensionados a la demandante²⁸.
 - Decreto 1196 del 07 de septiembre de 2017, por el cual se retira del servicio a la actora²⁹.
 - Certificado de salarios³⁰

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Encuentra la Sala que, la señora Carmen Martínez Julio pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 6886 de 02 octubre de 2018, por la cual se niega el reconocimiento de la pensión de jubilación, como sustento de la demanda, señaló que es legalmente compatible el goce de dos pensiones, una reconocida por el Instituto de los Seguros Sociales, por aportes realizados como trabajador para entes privados, y otra por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual la demandante se encuentra afiliada, por laborar en el servicio público de la Educación, en el Distrito de Cartagena.

Del expediente se extrae que, a través de Resolución No. 6886 del 02 de octubre de 2018, la Secretaría de Educación Distrital negó una solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación, a la actora por cuanto se encuentra pensionada por Colpensiones mediante Resolución 8223 de 2008³¹.

²⁰ Fol. 23 (doc. 27 exp. digital)

²¹ Fols. 24-27 (doc. 28-34 exp. digital)

²² Fols. 98-108 (doc. 111-131 exp. digital)

²³ Fols. 98 (doc. 111-112 exp. digital)

²⁴ Fol. 99 rev (doc. 114 exp. digital)

²⁵ Fols. 102 (doc. exp. digital)

²⁶ Fols. 102 rev.-103 (doc. exp. digital)

²⁷ Fols. 104 (doc. 123-124 exp. digital)

²⁸ Fol. 105 (doc. 125 exp. digital)

²⁹ Fol. 106 (doc. 127-128 exp. digital)

³⁰ Fol. 107 (doc. 130 exp. digital)

³¹ Fols. 14-15 (doc. 14-15 exp. digital)

En lo que concierne a la compatibilidad de las pensiones de vejez y de jubilación, adopta esta Magistratura la tesis adoptada por el Consejo de Estado, referenciada en el marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia; de manera que solo existirá compatibilidad cuando la pensión de vejez se conforme por aportes provenientes del sector privado o cotizaciones abonadas en calidad de trabajador independiente. En ese orden, las cotizaciones realizadas como trabajador independiente o dependiente al servicio de empleadores privados deberán ser computadas al momento de resolver la reclamación pensional, sean estas simultáneas o sucesivas a las cotizaciones efectuadas como trabajador del sector público.

En ese orden de ideas, dentro del presente asunto, se debe acreditar que los dineros con que se financia la pensión reconocida por Colpensiones mediante Resolución 8223 de 2008, provengan de cotizaciones realizadas por patrones particulares o aportes privados.

Conforme lo anterior, es necesario examinar si los tiempos cotizados en cada uno de estos fondos son independientes:

Servicios prestados al sector privado.

<u>Razón social</u>	<u>Tiempos</u>
Colegio Salesiano ³² PIA Soledad Salesiano Colegio la Purificación Instituto San Luis Beltrán	Entre el 16/02/1973 y el 30/06/2008, cotizó en el Instituto de Seguros Sociales 1.556,57 semanas.

Como consecuencia de los anteriores tiempos, Instituto del Seguro Social le reconoció, mediante Resolución No. 008223 del 30 de abril de 2008, la pensión por vejez a la actora, a partir del 03 de junio de 2008.

Servicios prestados al sector público.

<u>Razón social</u>	<u>Tiempos</u>
Establecimiento de Bolívar ³³ Escuela Pablo VI Institución Educativa Ana María Vélez de Trujillo.	Entre el 27/06/1994 al 15/01/2018, por un tiempo de 23 años, 6 meses, y 17 días.

Al valorar el material probatorio que obra dentro del proceso se puede afirmar, que estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante del Instituto del Seguro Social y la que reclama ahora ante el FOMAG, lo anterior, habida cuenta que tienen un

³² Fols. 24-27 (doc.28-34 exp. digital)

³³ Fols. 102 rev.-103 (doc. exp. digital)

origen o concepto distinto, pues una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la otra fue por haber prestado servicios laborales en el sector privado, quiere decir entonces, que los fondos con los que se pagan esos derechos prestacionales, son igualmente opuestos, con lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.

Tampoco puede afirmarse que existe incompatibilidad por la prohibición constitucional de que nadie puede recibir más de una asignación del tesoro público, por cuanto, la pensión de vejez que reconoció el Instituto de Seguros Sociales no provino del erario público, toda vez que los fondos que administraba estaban integrados por aportes privados.

Resuelto lo anterior, procede la Sala a estudiar si la demandante cumple con los requisitos de las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, previstos para los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, los cuales son haber cumplido 55 años de edad y haber laborado un tiempo de servicios de 20 años, continuos o discontinuos.

Según se desprende de los certificados de tiempo de servicios obrantes en el expediente, la demandante ha desempeñado cargos en el sector público por un tiempo total de 23 años, 6 meses, y 17 días, en el Distrito de Cartagena como docente en distintas instituciones educativas, durante el período comprendido entre el 27/06/1994 al 15/01/2018.

Según lo establecido anteriormente, se tiene que la señora Carmen Martínez, cumplió los 55 años de edad el 19 de abril de 2006, y laboró en el sector público por un tiempo total de 23 años, 6 meses, y 17 días, razón por la cual cumple con el tiempo de servicios de las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, asistiéndole el derecho a que le sea reconocida la pensión de jubilación pretendida, adquiriendo el derecho el 27 de junio de 2014, cuando cumplió los 20 años de servicios.

Así las cosas, se declarará la nulidad de la Resolución No. 6886 del 02 de octubre de 2018, por la cual la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a la actora, y en consecuencia se ordenará a la entidad accionada que reconozca y pague dicha prestación, sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo como factor salarial la asignación básica (Ley 62 de 1985).

A su vez, la suma que resulte deberá se ajustada al valor, en los términos del artículo 192 del CPACA y de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$R = RH \quad X \quad \text{ÍNDICE FINAL} \quad \underline{\hspace{2cm}}$$

ÍNDICE INICIAL

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la pensión de jubilación, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. En ese orden, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

- De la prescripción del derecho

Observa el Tribunal que el artículo 187 del CPACA estableció que en la sentencia se decidirán las excepciones de fondo propuestas y cualquier otra que el fallador encuentre probada, entre estas, se incluye la prescripción de los derechos laborales, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 196834, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que estableció un término de prescripción de 3 años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación sea exigible, sin embargo el simple reclamo escrito del empleado ante la entidad sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe dicha prescripción, pero por un lapso igual al anteriormente mencionado. Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.

En el sub examine, la pensión de jubilación se hizo exigible a partir del 27 de junio de 2014, la demandante presentó la petición de reconocimiento el 24 de julio de 2018, y presentó la demanda el día 30 de noviembre de 2018, posterior al vencimiento de los 3 años con que contaba para que operara la prescripción de mesadas, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2017; conforme a lo anterior, la Sala encuentra que en el presente asunto operó el fenómeno de la prescripción de mesadas pensionales, anteriores al 29 de noviembre de 2015, ya que el término fue interrumpido con la fecha de presentación de la demanda, conforme al artículo 94 del C.G.P.

³⁴ "Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

6. Condena en Costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"; así mismo, el inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que "En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal".

Por otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva de forma desfavorable el asunto.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha indicado que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, "*(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)*". Siendo, así las cosas, encuentra esta Sala que, se avizora la causación de las mismas, por cuanto la entidad demandada no contestó la demanda y denegó la solicitud desconociendo la jurisprudencia vigente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de Resolución No. 6886 del 02 de octubre de 2018, por la cual la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a la señora CARMEN CECILIA MARTÍNEZ JULIO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO lo siguiente.

- Reconozca y pague una pensión de jubilación a la señora CARMEN CECILIA MARTÍNEZ JULIO, sobre el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo como factor salarial la asignación básica conforme a lo previsto en la Ley 62 de 1985.

13-001-23-33-000-2018-00785-00

- Ajustar a valor presente la suma que resulte insoluta, en los términos del Art. 192 del CPACA y de acuerdo con la fórmula indicada en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR PROBADA LA PRESCRIPCIÓN de las mesadas pensionales, anteriores al 29 de noviembre de 2015, conforme a la parte motiva de esta providencia.

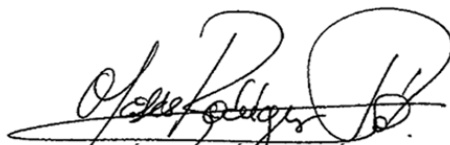
CUARTO: NO CONDENAR en costas a la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ³⁵
En comisión de servicios

³⁵ En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.