

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2014-00213-00
Demandante	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y DE CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Demandado	JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR
Tema	PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL A EMPLEADO PÚBLICO
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promueve la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, contra el señor JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA¹

1.1 Pretensiones

“PRIMERA: Que se declare la Nulidad del acto administrativo No. 732 del 27 de abril de 1988, emanado de FONCOLPUERTOS.

SEGUNDA: Que se declare la Nulidad del acto administrativo No. 034043 del 8 de junio de 1988, emanado de FONCOLPUERTOS.

TERCERA: A título de restablecimiento del derecho, que el señor JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR, devuelva todos los dineros recibidos por

¹ Cuaderno digital 1. Folios digitales 1-6

concepto de reliquidación de la pensión de vejez, con el respectivo retroactivo."

1.2 Hechos

Expone como supuestos fácticos los siguientes:

Mediante Resolución Nro. 732 del 27 de abril de 1988, se reconoció al señor JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR una pensión especial a partir del 17 de marzo de 1994, de conformidad con la CCTV para los trabajadores de la Costa Atlántica para los años 1991 - 1993.

A través de la Resolución Nro. 034043 de 8 de junio de 1988 se confirmó la anterior.

Mediante la Resolución Nro. 1709 del 1º de septiembre de 1994, el SEGURO SOCIAL en calidad de empleador reconoció una pensión de vejez al demandado.

1.3 Normas Violadas y Concepto de la Violación

Considera la demandante que se violan las siguientes normas: Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1986 y artículo 64 de la Constitución de 1886; Constitución Política artículo 128; Ley 4ª de 1992 artículo 19.

Concepto de violación: Manifiesta la demandante que los actos acusados violan las normas en cita, por cuanto reconocieron pensiones irregularmente, siendo incompatibles al provenir ambas del tesoro público.

2. Contestación de la demanda principal

2.1 De la parte demandada (Jaime Enrique Martínez Escobar)²

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente:

² Cuaderno digital 1. Folios digitales 330 - 344



El demandado estuvo vinculado a la Empresa Puertos de Colombia como odontólogo profesional, y realizó aportes a pensión en ese tiempo; así, cuando adquirió el status de pensionado, el fondo de pensiones le reconoció la pensión con base en dichos aportes.

Señala que el Decreto 1042 de 7 de junio de 1978, modificado por el Decreto 1680 de 1991, en su artículo 32 dispuso la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público; por su parte el literal b del artículo 19 de la ley 4ª de 1992, indicó como una de las excepciones a dicha prohibición, las asignaciones que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los ministros del despacho.

En el presente caso, el demandado en su condición de odontólogo, prestó sus servicios como profesional de la salud para dos entidades, Puertos de Colombia e ISS durante más de 20 años, sin que se cruzaran sus tiempos de servicio, encontrándose dentro del presupuesto de la excepción referida.

Además, expone que los trabajadores a quienes se les reconozca y pague la pensión de jubilación convencional, tienen derecho a las mesadas adicionales consagradas en la ley, puesto que tal prestación constituye una prestación extralegal.

Manifestó el demandado que en el asunto de la referencia existe una violación del principio de favorabilidad en materia salarial y pensional; que el reconocimiento y pago de las dos pensiones no afecta el soporte financiero del sistema pensional. Agrega que existe violación al debido proceso y derecho de defensa, al hacer cesar el pago de la mesada pensional reconocida mediante los actos acusados.

Y, finalmente, indica que los actos acusados son legales, teniendo en cuenta que los recursos con los cuales se cancela la pensión reconocida al demandado mediante los actos acusados, no proviene del tesoro público.

2.2 COLPENSIONES³

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que el demandado se encuentra en la excepción legal a la prohibición de devengar dos asignaciones del erario público, por ser un funcionario de la seguridad social a quien le es aplicable para efectos de la pensión de jubilación, el Decreto 1653 de 1977, en concordancia con el Decreto 1848 de 1969 y la Ley 33 de 1985.

3. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN⁴

3.1 Pretensiones

Se pretende la nulidad del oficio de 21 de marzo de 2014, radicado No. UGPP 20149900864471, expedido por la UGPP, por el cual se comunicó al demandante en reconvención la no inclusión en nómina de pensionados por incompatibilidad de la pensión del ISS, dejando de pagar la pensión reconocida a Jaime Enrique Martínez Escobar por parte de Puertos de Colombia, a partir de marzo de 2014.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al demandando en reconvención, a incluir al demandante en la nómina de pensionados de Puertos de Colombia a partir del mes de marzo de 2014.

3.2 Hechos

Con el oficio acusado la UGPP administrando las pensiones reconocidas por el ISS como patrón, comunicó al señor Jaime Martínez Escobar la suspensión del pago de la pensión que le fue reconocida por el ISS, al constatar que percibía dos pensiones, una de FONCOLPUERTOS y la otra del ISS, lo cual entendió la UGPP como prohibido, y por ello ordenó suspender el pago de la pensión de FONCOLPUERTOS.

3.3 Normas violadas y concepto de violación

³ Cuaderno digital 1. Folios digitales 390 - 396

⁴ Cuaderno digital 1, folios 301 - 315

Indica como normas violadas los artículos 29, 48 y 53 de la Constitución; artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el Decreto 1680 de 1991; artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

Como concepto de violación señala, que como vinculado en dos entidades ISS y Puertos de Colombia, no se cruzaron sus horas de servicio, y desde ambas entidades se realizaron los descuentos para financiar sus derechos pensionales, en virtud de lo cual carecen de sustento los argumentos de la parte demandada en reconvención.

4. Contestación de la demanda de reconvención⁵

La UGPP se opone a la prosperidad de las pretensiones, en razón a que el señor Martínez Escobar devenga dos pensiones provenientes del tesoro público, y con ello se viola la normatividad constitucional y legal sobre la materia; así las cosas, la pensión de jubilación emitida por la empresa Puertos de Colombia, es incompatible con la pensión de jubilación reconocida por el ISS en calidad de empleador.

5. ACTUACIÓN PROCESAL

En el desarrollo del proceso, se cumplieron todas las etapas procesales, tales como: admisión de la demanda (cuaderno digital 1, folios 182 – 186)), notificación a las partes (cuaderno digital 1, folios 200 - 201), resolución de medida cautelar (cuaderno digital 1, folios 231 - 240).

La parte demandada contestó la demanda e interpuso demanda de reconvención y solicitud de medida cautelar; siendo admitida el 6 de abril de 2015 (cuaderno digital 2, folios 5 - 7) y negada la medida cautelar mediante auto del 11 de mayo de 2015 (cuaderno digital 2, folios 36 - 49).

En curso de la audiencia inicial, se desarrollaron las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA, dentro de la cual se admitió la sucesión procesal solicitada por la señora BEATRIZ BARRIOS DE MARTÍNEZ cónyuge del fallecido demandado señor JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR, a quien se le tendrá

⁵ Cuaderno digital 2, folios 23 - 28

como parte demandada dentro del presente asunto, y se prescindió de la audiencia de pruebas por innecesaria (cuaderno digital 2, folios 77 – 80; 152 - 158); mediante auto de fecha 6 de octubre de 2020 se corrió traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público para que emitiera concepto (cuaderno digital 2, folio 190).

6. Alegatos de conclusión

6.1 De la parte demandante y demandada en reconvención

La UGPP alegó de conclusión, reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio principal y en el memorial de contestación de la demanda en reconvención. (Cuaderno digital 2, folios 198 - 421)

6.2 De la parte demandada y demandante en reconvención

Alegó de conclusión, reiterando lo expuesto en el memorial de contestación de la demanda principal y el libelo demandatorio en reconvención. (Cuaderno digital 2, folios 194 - 195)

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 2º del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos expuestos en la demanda principal, la de reconvencción y lo probado en el proceso, la Sala considera que los problemas jurídicos a resolver se contraen a determinar:

En la demanda principal, *¿Si la pensión de jubilación otorgada por la extinguida Empresa Puertos de Colombia al señor JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR mediante los actos acusados, debe anularse debido a que devenga simultáneamente otra pensión de idéntica naturaleza, ambas provenientes del tesoro público y, en tal sentido, se contraviene lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política; o si por el contrario, sí es válida esa situación por cuanto se enmarca en las excepciones previstas en el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978?*

Y en la demanda de reconvencción *¿si es objeto de control judicial el oficio del 21 de marzo de 2014, radicado No. UGPP 20149900864471, por el cual la UGPP le comunica al señor Jaime Enrique Martínez Escobar la no inclusión en nómina de pensionados, por incompatibilidad con la pensión reconocida por el ISS; y en caso positivo, determinar si el mismo es nulo por presunta violación de los artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política?*

3. TESIS

En cuanto a la demanda principal, la Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda en razón a que al expedirse los actos acusados por FONCOLPUERTOS el demandante no gozaba de otra pensión del erario público, y la segunda pensión fue reconocida mediante la Resolución No. 1709 de 1994, la cual no fue objeto de control judicial en el presente proceso, por lo que no se emitirá juicio de legalidad sobre la misma.

En lo que atañe a la demanda de reconvención, esta Magistratura se inhibirá para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad del oficio de 21 de marzo de 2014 radicado No. UGPP 20149900864471, al no ser un acto administrativo susceptible de control judicial.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Incompatibilidad entre pensiones de jubilación

El artículo 128 de la Constitución Política, establece 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 mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Por su parte, el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 31 *Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, prevé:*

Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas.

En igual sentido, el Decreto 1848 de 1969, que reglamentó la anterior norma, en su artículo 88, reiteró la mencionada incompatibilidad así:

Las pensiones de invalidez, jubilación y retiro por vejez, son incompatibles entre sí. En caso de concurrencia del derecho a ellas, el beneficiario optará por la que más le convenga económicamente.



Además, el artículo 77 del precitado Decreto 1848, preceptuó que *“el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cuales quiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1a. de 1963”*.

De la misma manera, la Ley 4ª de 1992, en su artículo 19, señala la prohibición de percibir más de una asignación que provenga del erario, así:

“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.

Exceptuánse las siguientes asignaciones:

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



En desarrollo de la anterior normativa, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto 1344 de 10 de mayo de 2001, con ocasión de la prohibición de recibir, en forma simultánea, doble asignación del tesoro público, conceptuó:

“Con fundamento en la indispensable calidad de empleado público, la finalidad de las dos prohibiciones concurre al mismo fin, que no se reciba más de una asignación, bien mediante el desempeño de otro empleo, ora de uno sólo, percibiendo otra clase de remuneraciones propias de los servidores públicos.

El desarrollo jurisprudencial del término “asignación”, puede resumirse así: “con este vocablo genérico se designa en hacienda pública toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial”, según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia - sentencia del 11 de diciembre de 1961 -.

Por su parte, esta Sala en la Consulta 896 de 1997 sostuvo que “...la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial o con el pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos (...) las asignaciones mencionadas en dichas normas comprenden los sueldos, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado.”

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, el Alto Tribunal ha determinado que es dable devengar simultáneamente una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y una pensión de vejez pagada por el ISS, siempre y cuando la segunda de ellas se obtenga por servicios laborados en el sector privado⁶.

Pero no ocurre lo mismo cuando la pensión que se reconoce proviene de otra entidad de índole pública, debido a que los dineros allí involucrados proceden del tesoro público, lo que comporta una incompatibilidad

⁶ Concepto 1430 de 8 de mayo de 2003 de la Sala de Consulta y Servicio Civil



pensional, situación frente a la cual la normativa da la posibilidad al interesado de escoger la pensión que le resulte más favorable.

A pesar de lo expuesto, el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978 (en vigor para la época en que al causante se le reconoció la pensión de jubilación por FONCOLPUERTOS), sobre la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del erario, preceptuó:

De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ningún empleado público podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea en razón de contrato, de comisión o de honorarios.

Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan:

a) Las que provengan del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, 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 de trabajo permita el ejercicio regular de tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los ministros del despacho.

c) Las que provengan de pensión de jubilación y del ejercicio de los cargos de ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, viceministro, subjefe de departamento administrativo, superintendente, secretario general de ministerio, departamento administrativo o superintendencia, director general de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, secretario general de establecimiento público, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este ordinal, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo



percibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la ley para los ministros del despacho.

d) Las que provengan de los honorarios percibidos por asistir en calidad de funcionario a juntas o consejos directivos, sin que en ningún caso puedan percibiéndose honorarios por la asistencia a más de dos de ellas.

e) Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro perciban antiguos miembros de las Fuerzas Armadas, con el mismo límite señalado en el ordinal c) del presente artículo.

De lo expuesto, se advierte que, desde la Constitución Nacional de 1886 se contempló la referida prohibición, pero con ciertas excepciones, entre las cuales se encontraba la concerniente a las asignaciones que provinieran de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos y que no excediera la jornada ordinaria laboral ni que se llegara al tope máximo salarial al interior del Estado.

Conforme lo expuesto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de cara a los hechos probados.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- El señor JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR nació el 30 de mayo de 1929 (Fl. 33), y falleció el 9 de marzo de 2017 (cuaderno digital 2, fl. 83).

- El señor Martínez Escobar laboró como Odontólogo en la Empresa Puertos de Colombia entre el 1º de febrero de 1965 y el 29 de septiembre de 1987, por un tiempo de servicio de 22 años, 7 meses y 29 días; tiempo en el cual causó como prestaciones: el sueldo básico, prima de servicios, vacaciones, auxilio de incapacidad, retroactivo año 1987, prima proporcional de antigüedad y prima proporcional de vacaciones (cuaderno digital 1, fl. 86).



- Laboró como Odontólogo General al servicio del ISS entre el 19 de enero de 1970 y el 30 de agosto de 1994, en principio por contrato de trabajo con 2 horas diarias (cuaderno digital 1, fl. 154) y a partir del 4 de julio de 1986 con una dedicación de 4 horas diarias (cuaderno digital 1, fl. 155); para un tiempo total de servicios de 20 años, 1 mes y 15 días (cuaderno digital 1, fl. 176).

- La Empresa Puertos de Colombia reconoció a favor del señor Martínez Escobar mediante Resolución No. 0732 de 27 de abril de 1988, una pensión de jubilación por valor de \$71.280,66, efectiva a partir del 30 de septiembre de 1987 (cuaderno digital 1, fl. 52 – 53), siendo confirmada mediante Resolución No. 034043 de 9 de junio de 1988 (cuaderno digital 1, fl. 54-55).

- El ISS mediante Resolución No. 1709 de 1º septiembre de 1994, concedió al señor Martínez Escobar una pensión de jubilación por valor de \$488.920, efectiva a partir del 1º de septiembre de 1994 (cuaderno digital 1, fl. 56-59).

- El Coordinador General del Grupo Interno de Trabajo, Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia mediante oficio GPSPC-CG-476 de 22 de mayo de 2009, dirigido al señor Martínez Escobar, le informó que dicha Coordinación mediante oficio GPSPC-AP-204 de 21 de mayo de 2009, solicitó al Consorcio Fopep dar orden de no pago a la mesada de mayo de 2009, en razón de haberse detectado que recibía simultáneamente pensión por el ISS y por la empresa Puertos de Colombia, siendo necesaria la suspensión transitoria del pago de la mesada (cuaderno digital 1, fl. 147).

- Mediante Resolución No. 000959 de 31 de julio de 2009 el Coordinador General del Grupo Interno de Trabajo Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia, en cumplimiento de un fallo de tutela reactivó el pago de la mesada pensional del señor Martínez Escobar a partir de julio de 2009, y ordenó el pago de la mesada dejada de pagar en el mes de junio de esa anualidad (cuaderno digital 1, fl. 164 - 118)

- La UGPP mediante oficio No. 20149900864471 de 21 de marzo de 2014, comunicó al señor Martínez Escobar la no inclusión en nómina de pensionados por incompatibilidad de la pensión del ISS, resaltando que: *"...le informamos que el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –*



FOPEP, en el proceso de validación de la nómina del mes de marzo de 2014, evidenció que usted además de la mesada pensional reportada por el ISS en Liquidación, se le está pagando otra pensión que resulta incompatible con la reconocida por dicho Instituto, por lo que rechazó su pago a partir de la nómina del mes de marzo; actualmente la UGPP está realizando el estudio jurídico de las pensiones que identificadas a su nombre por el FOPEP” (cuaderno digital 1, fl. 329 - 330).

- El Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional FOPEP hizo constar que la pensión de jubilación del señor Jaime Enrique Martínez Escobar se suspendió en el mes de abril de 2017, en razón al fallecimiento, y hasta esa fecha siempre se le pagaron sus mesadas pensionales (cuaderno digital 2, fl. 204-205).

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

5.2.1. De la demanda principal

Pretende la parte actora en el presente asunto, la nulidad de la Resolución No. 0732 de 27 de abril de 1988, por la cual FONCOLPUERTOS reconoce una pensión de jubilación por valor de \$71.280,66 al señor Jaime Enrique Martínez Escobar, siendo confirmada mediante Resolución No. 034043 de 9 de junio de 1988; debido a que presuntamente devenga simultáneamente otra pensión de idéntica naturaleza, ambas provenientes del tesoro público y, en tal sentido, se contraviene lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política.

La parte demandada solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, toda vez su situación se enmarca en las excepciones previstas en el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, ya que en su condición de odontólogo, prestó sus servicios como profesional de la salud para dos entidades, Puertos de Colombia e ISS durante más de 20 años, sin que se cruzaran sus tiempos de servicio.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado y los hechos probados en el presente asunto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.



En el presente asunto, quedó demostrado que el señor JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR se vinculó a la Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena el día 1º de febrero de 1965 hasta el día 29 de septiembre de 1987, laborando por 22 años, 7 meses y 29 días, siendo su último cargo el de Auxiliar de Registro y Control de Personal; por lo que mediante Resolución No. 0732 de 27 de abril de 1988, reconoció una pensión de jubilación a su favor por valor de \$71.280,66, efectiva a partir del 30 de septiembre de 1987, siendo confirmada mediante Resolución No. 034043 de 9 de junio de 1988.

Por su parte, el Gerente de la Seccional Bolívar del Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución No. 1709 de 1º septiembre de 1994, concedió al señor Martínez Escobar una pensión de jubilación por valor de \$488.920, efectiva a partir del 1º de septiembre de 1994, por los servicios prestados como Odontólogo General entre el 19 de enero de 1970 y el 30 de agosto de 1994; en principio por contrato de trabajo con 2 horas diarias y a partir del 4 de julio de 1986 con una dedicación de 4 horas diarias, para un tiempo total de servicios de 20 años, 1 mes y 15 días.

Conforme a lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, se tiene que, desde la Constitución Nacional de 1886 se contempló la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del erario público, pero con ciertas excepciones, entre las cuales se encontraba la concerniente a las asignaciones que provinieran de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos, siempre que no excediera la jornada ordinaria laboral, ni que se llegara al tope máximo salarial al interior del Estado.

Sea lo primero aclarar que el señor Martínez Escobar se desempeñó como Odontólogo en dos instituciones (ISS y Empresa Puertos de Colombia), en cumplimiento de una jornada parcial (en principio 2 y luego 4 horas) en el ISS, pero no se tiene prueba de la jornada laboral cumplida en la Empresa Puertos de Colombia, por lo que no se puede determinar si el ejercicio laboral simultáneo no contraviene la legislación de la época, al no existir certeza de si excedía o no el horario ordinario, situación que no permite encuadrarlo en la excepciones contempladas en los artículos 32 del Decreto

1042 de 1978 (norma en vigor al expedirse los actos acusados), y 19 de la Ley 4ª de 1994 (vigente cuando se reconoció la pensión por parte del ISS).

Por otra parte, advierte la Sala que el motivo de inconformidad manifestado por la parte actora contra los actos acusados, es la existencia de dos pensiones otorgadas por el Estado por tiempos simultáneos laborados en entidades públicas; sin embargo, cuando nacieron a la vida jurídica los actos acusados expedidos por FONCOLPUERTOS, esto es el 27 de abril de 1988 y el 9 de junio de 1988, no había nacido a la vida jurídica el acto administrativo que reconoció la segunda pensión devengada por el señor Martínez Escobar, el cual fue expedido en septiembre de 1994, 6 años después.

Ahora bien, es el segundo acto administrativo el que nace a la vida jurídica cuando el señor Martínez Escobar ya devengaba una pensión de jubilación reconocida por FONCOLPUERTOS, y es respecto de dicho acto administrativo que la parte actora debió alegar la incompatibilidad pensional en virtud de lo preceptuado por el referido artículo 128 Constitucional, al provenir ambas del erario público y no encontrarse demostradas alguna de las excepciones previstas en las normas que regulan la materia.

Así las cosas, para esta Magistratura como la Resolución No. 1709 de 1º septiembre de 1994 expedida por el ISS fue el acto administrativo que reconoció la segunda pensión de jubilación en desconocimiento de la prohibición legal prevista en el artículo 128 de la Constitución, es dicho acto el que debe ser expulsado del ordenamiento jurídico, y no los actos acusados que reconocieron la primera pensión, estos son, las Resoluciones No. 0732 de 27 de abril de 1988 y No. 034043 de 9 de junio de 1988; pues la ilegalidad de un acto administrativo se configura es al momento de su expedición, por afectación de alguno de los requisitos para su existencia y validez; de tal manera, se itera, en el sub judice, al momento de la expedición de los actos que reconocieron la primera pensión al actor, no existía circunstancia alguna que pudiera afectar su validez; razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda; sin emitir juicio sobre la Resolución No. 1709 porque no fue objeto de control judicial en el presente proceso.



5.2.2. De la demanda en reconvención

Pretende el demandante en reconvención la nulidad del oficio de 21 de marzo de 2014, radicado No. UGPP 20149900864471, por el cual la UGPP le comunicó la no inclusión en nómina de pensionados, por incompatibilidad con la pensión reconocida por el ISS, al expedirse presuntamente con violación de los artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

Dicho oficio comunicó al señor Martínez Escobar la no inclusión en nómina de pensionados por incompatibilidad de la pensión del ISS, resaltando que: *"...le informamos que el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional – FOPEP, en el proceso de validación de la nómina del mes de marzo de 2014, evidenció que usted además de la mesada pensional reportada por el ISS en Liquidación, se le está pagando otra pensión que resulta incompatible con la reconocida por dicho Instituto, por lo que rechazó su pago a partir de la nómina del mes de marzo; actualmente la UGPP está realizando el estudio jurídico de las pensiones que identificadas a su nombre por el FOPEP."*

No obstante, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional FOPEP hizo constar que la pensión de jubilación del señor Jaime Enrique Martínez Escobar se suspendió en el mes de abril de 2017, en razón al fallecimiento, y hasta esa fecha siempre se le pagaron sus mesadas pensionales.

De lo expuesto se tiene que, el oficio de 21 de marzo de 2014 radicado No. UGPP 20149900864471, simplemente comunicó al demandante que la UGPP realizaría el estudio jurídico de las pensiones identificadas a su nombre, sin que el mismo constituyera un acto definitivo o una declaración de voluntad de la administración, capaz de producir efectos jurídicos al crear, modificar, reconocer o extinguir una situación jurídica.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión se inhibirá para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad del oficio de 21 de marzo de 2014 radicado No. UGPP 20149900864471, al no ser un acto administrativo susceptible de control judicial.

6. Condena en costas

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con numeral 5° del artículo 365 del CGP, ante la no prosperidad de las demandas principal y de reconvención, se abstendrá de condenar en costas.

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

VI.- FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demandan principal promovida por la UGPP contra el señor JAIME ENRIQUE MARTÍNEZ ESCOBAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

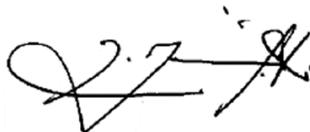
SEGUNDO: Se **INHIBE** la Sala de Decisión para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la legalidad del oficio de 21 de marzo de 2014 radicado No. UGPP 20149900864471, al no ser un acto administrativo susceptible de control judicial.

TERCERO: NO CONDENAR en costas; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Aclaró voto