



República de Colombia
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección 7
Magistrada Ponente: Dra. Patricia Salamanca Gallo

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Demandado : Alejandro Germán Suárez - Colpensiones

Radicado : 250002342000-2019-01282-00

Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide la Sala en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, instaurada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social contra el señor Alejandro Germán Suárez.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, a través de apoderada judicial, solicita lo siguiente:

***“PRIMERA:** Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 037923 de 7 octubre de 1993, expedido por el extinta Cajanal por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a favor de la señora MARÍA LIGIA ORGANÍSTA DE MIRANDA, en tanto existía incompatibilidad para el reconocimiento de esta prestación con la pensión de vejez reconocida previamente por el entonces Instituto de Seguros Sociales, a través de la Resolución No. 03317 de 18 de diciembre de 1987, que se concedió teniendo en cuenta los tiempos de servicios prestados al Colegio Nuestra Señora del Pilar.*

***SEGUNDA:** Que se declare la nulidad de la Resolución No. UGM 013970 de 18 de octubre de 2011, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobrevivientes a favor del señor ALEJANDRO GERMÁN MIRANDA SUÁREZ en calidad de beneficiario de la pensión de jubilación causada por la señora MARÍA LIGIA ORGANÍSTA DE MIRANDA.*

TERCERA: *A título de restablecimiento del derecho, se declare que la señora MARÍA LIGIA ORGANÍSTA DE MIRANDA, no le asistía el derecho a un doble reconocimiento pensional que cubriera el riesgo de vejez, y por tanto, no había lugar al pago de valor alguno en virtud de la Resolución No. 037923 de 7 de octubre de 1993 (sic), ya que previamente el Instituto de Seguros Sociales, le había otorgado una pensión de vejez mediante la Resolución No. 03317 de 18 de diciembre de 1987, que resulta ser incompatible con la pensión de jubilación, al no poder coexistir ambas prestaciones que cubrían el mismo riesgo y ser ambas concedidas con base en los mismos tiempos de servicio prestados al sector oficial.*

CUARTA: *Que también a título de restablecimiento del derecho, se declare que al señor ALEJANDRO GERMÁN MIRANDA SUÁREZ no le asiste el pago de las mesadas pensionales ordenadas con la Resolución No. UGM 013970 de 18 de octubre de 2011, esto en calidad de beneficiario de la pensión de jubilación de la causante MARÍA LIGIA ORGANÍSTA DE MIRANDA, como quiera que dicha prestación resultaba ser incompatible con la pensión de jubilación, al no poder coexistir ambas prestaciones que cubrían el mismo riesgo y ser ambas concedidas con base en los mismos tiempos de servicio prestados al sector oficial.*

QUINTA: *Como consecuencia de las anteriores declaraciones y también a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor ALEJANDRO GERMÁN MIRANDA SUÁREZ en calidad de beneficiario de la pensión de jubilación causada por la MARÍA LIGIA ORGANÍSTA DE MIRANDA, que reintegre las sumas canceladas en virtud del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes conferida mediante la Resolución No. UGM 013970 del 18 de octubre de 2011, por cuanto la causante para el momento de reconocimiento de la pensión que se sustituye ya contaba con una pensión por parte del ISS, sin que pudieran estas coexistir, generándose una doble asignación a cargo del erario público.*

SEXTA: *Que se condene al pago de las sumas que se resulte deber, de manera indexada, en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. ”.*

2. Hechos

La apoderada de la Entidad demandante refiere que la causante señora María Ligia Organista de Miranda, solicitó al ISS el 24 de junio de 1986 el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, para lo cual señaló haber nacido el 23 de junio de 1931 y haber laborado al Colegio Nuestra Señora del Pilar Sur, cotizando 734 semanas.

Indica que la prestación fue reconocida mediante la Resolución No. 03317 de 18 de diciembre de 1987, efectiva a partir del 24 de junio de 1986 en cuantía de \$16.812 pesos con incremento por cónyuge y por hijos.

Anota que posteriormente la causante solicitó esta vez a CAJANAL el reconocimiento de la pensión de jubilación, para lo cual acreditó tiempo de servicio prestado en el Distrito Especial de Bogotá y con el Ministerio de

Educación Nacional y tener 59 años de edad; la que fue concedida mediante la Resolución No. 037923 de 7 de octubre de 1993 CAJANAL le reconoció la pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 efectiva a partir del 1 de julio de 1988.

Señala que la señora María Ligia Organista de Miranda falleció el 31 de marzo de 2010. La UGPP mediante la Resolución No. 031970 del 18 de octubre de 2011, reconoció a favor señor Alejandro Germán Miranda Suárez la pensión de sobreviviente, efectiva a partir del 1 de abril de 2010.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Señala como violados los artículos 1, 2, 6, 128 y 209 de la Constitución Política, 2, 13, 32 y 36 de la Ley 100 de 1993.

Resalta que la causante no era beneficiaria del reconocimiento de la prestación que realizó el extinto CAJANAL, pues ya tenía un reconocimiento por parte del ISS cuyo pago también correspondía a la Nación por haber sido reconocidas con los mismos tiempos de servicios prestados al Estado *“y pago de las mesadas por parte del FOPEP conforme a las mismas prestaciones reconocidas por la extinta CAJANAL”* lo que impuso una doble asignación a cargo del tesoro público, violando así la prohibición contenida en la Constitución Política sin tener justificación alguna.

Afirma que conceder una pensión a quien no tiene derecho compromete recursos que deben ser destinados al pago de otras prestaciones y desconoce principios que rigen la actuación administrativa y judicial como la defensa del interés general y la moralidad administrativa.

Indica que la causante accedió a las dos pensiones que cubrían el riesgo de vejez con el mismo tiempo de servicio prestados al sector oficial, Colegio Nuestra Señora del Pilar, por lo que es clara la incompatibilidad pensional. Insiste que las dos asignaciones provienen de recursos públicos.

Señala que no es posible que una persona perciba simultáneamente dos pensiones ordinarias, ni por pertenecer a la docencia estableciendo la excepción únicamente respecto de la pensión gracia.

Menciona que está prohibido percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, esto es, que se reciban dos emolumentos que tengan como fuente de origen o financiación el ejercicio de empleos o cargos públicos, bien sea como empleos públicos simultáneos o como consecuencia de reconocimientos pensionales a cargo del estado o cuyo pago provenga del tesoro público, prohibición que viene desde la Constitución de 1886.

4. Contestaciones de Demanda

4.1. Alejandro Germán Miranda Suárez.

El apoderado judicial del señor Alejandro Germán Miranda Suárez contestó la demanda (f. 306s C2), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por ser carentes de fundamentos tanto fácticos como legales, pues considera que no existe incompatibilidad.

Afirma que la UGPP en Acta del 19 de junio de 2015, estableció que *“la disidencia de la UGPP en tratándose de la postura a adoptar cuando asignación pensional proviene del ISS empleador antes de la Ley 100/93 y la otra proviene de Fondo o Caja antes de la Ley 100/93, caso en el cual se considera por la UGPP que son incompatible por el origen de los recursos (Ley 4 de 1992, art. 64 de la Constitución de 1886 y por qué a partir de la Ley 100 de 1993 se genera un régimen universal que solo me permite un riesgo) los demás consideran que es compatible porque estas personas ya tienen más de 20 años de una pensión devengando 2 pensiones (principio de respeto del acto propio y confianza legítima) en este caso la doctora Diana Arenas señala que comparte la postura de la UGPP y que lo analizado en este primer momento es el tema de compatibilidad desde el punto de vista normativo. El otro caso el ISS asegurador antes de la Ley 100/93 con Caja o Fondo del nivel nacional antes de la Ley 100/93 porque el ISS asegurador se entiende que no es del tesoro nacional. el comité técnico al unísono considera que son compatibles” (f. 307)*

Señala que dada la postura de la UGPP de que dichas prestaciones son compatibles, a las que hoy se quiere pedir la nulidad calificando el reconocimiento como incompatible, contrariando los principios de la buena fe, respeto por los actos propios y confianza legítima, ya que la Entidad demandante *“esta actuando de manera dolosa al solicitar la nulidad de las resoluciones antes mencionadas, aun mas su actuar perjudica y trae perjuicios considerables a mi*

representado el cual ya es de avanzada edad, pues se está solicitando la devolución de los dineros y la suspensión provisional de la prestación reconocida, suspensión que de acuerdo a los argumentos expuestos por este togado no es viable bajo ninguna circunstancia” (f. 307

Formula las siguientes excepciones:

5.1.1. Accionar de mala fe. Precisa que el *“demandante con su actuar insensato pretende perjudicar sensiblemente al señor ALEJANDRO GERMÁN MIRANDA puesto que la misma UGPP considera las prestaciones como compatibles”*

5.1.2. Abuso del derecho. Manifiesta que *“estamos frente a un mal comportamiento en cuanto al deber de conducta se refiere a la órbita contractual, y según lo establecido en el artículo 830 del código de Comercio el cual establece que: ‘el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause’. La parte demandante está desconociendo los deberes y subdeberes que se desarrollan lógicamente a través del principio de respeto del acto propio.” (f. 308)*

4.2. Colpensiones (f.s 318 s.)

El apoderado judicial de Colpensiones contestó la demanda (f. 339s), resaltando que no existe pretensión en contra de dicha entidad. Indica que las pretensiones van encaminada a declarar la nulidad de un acto administrativo proferido por la UGPP en el cual no tuvo incidencia; por lo que es claro no podía ser parte del proceso, como pasiva.

Por último, propone las excepciones de:

5.2.1. Inexistencia de la obligación a cargo de Colpensiones. Señala que no existe título alguno que obligue a Colpensiones a reconocer y pagar suma alguna al demandado, por cuanto la pensión reconocida al señor Alejandro Miranda Suárez fue realizada por la UGPP.

5.2.2. Prescripción. Se propone sin que con ello se reconozca derecho alguno al demandante. Se propone sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante, de conformidad con las normas legales.

5.2.3. Buena fe. El apoderado indica que Colpensiones en todas sus actuaciones se ha sometido al imperio de la Constitución y la Ley.

5.2.4. Genérica o innominada. Solicita que se aplique esta excepción cuando se demuestre algún medio de defensa a favor de la entidad demandada.

5. Medida Cautelar

La Sala advierte que mediante auto del 6 de diciembre de 2019, se negó la suspensión provisional de las Resoluciones demandadas, por considerar entre otras razones que *“de la sola lectura del acto administrativo acusado, no es posible establecer una violación flagrante y directa a la norma en la cual se funda la medida cautelar; lo anterior debido a que para poder concluir si la decisión estuvo, o no, ajustada a derecho se deben observar los antecedentes de los reconocimientos pensionales efectuados por las entidades pensionales, así como el contenido de la sentencia que fue cumplida por la entidad demandante”* (f. 30 Cdno de medida cautelar).

6. Trámite

Mediante auto del 4 de septiembre de 2020 (f. 353 C2), se estableció que no había pruebas ni excepción previa para resolver. Corrido el traslado para alegar, La Entidad demandante y el señor Alejandro Germán Miranda Suárez no presentaron alegatos de conclusión. El Ministerio Público no emitió concepto. Colpensiones presentó alegatos en los siguientes términos:

Indica que no existe pretensión en contra de dicha entidad. Argumenta que las pretensiones van encaminadas a declarar la nulidad de un acto administrativo proferido por la UGPP en el cual no tuvo incidencia. **(f. 359 C2)**

II. CONSIDERACIONES

Surtido el trámite legal del proceso ordinario y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Problema Jurídico

El presente asunto se contrae a determinar si: i) la Administradora Colombiana de Pensiones se encuentra legitimada en la causa para ser parte en este proceso; y 2) si los actos administrativos mediante los cuales se

reconoció y sustituyó la pensión de jubilación al demandado se encuentran ajustados a derecho o si por el contrario deben ser anulados debido a que a la causante también tenía reconocida una pensión por parte de ISS hoy Colpensiones, en virtud de su vinculación con el Colegio Nuestra Señora del Pilar.

Para desatar los puntos de inconformidad, la Sala considera que deben hacerse las siguientes precisiones:

2. De la legitimación de COLPENSIONES

La Administradora Colombiana de Pensiones manifiesta que en el presente caso se demandan actos administrativos proferidos por la UGPP, esto sumado a que no se evidencia que el demandado haya elevado reclamación alguna ante Colpensiones, por lo que no existe presentación en su contra, ni obligación que deba cumplir.

La Sala advierte que COLPENSIONES fue vinculada al proceso en razón a la pensión que le reconoció a la causante y respecto de la cual la UGPP argumenta que es incompatible con otra reconocida por ella. Así las cosas, contrario a lo que se plantea en la excepción, la finalidad de la vinculación no era que la Entidad asumiera responsabilidad alguna respecto a las pretensiones de la UGPP, sino que se hiciera parte en una controversia en la cual se predica la incompatibilidad entre las pensiones reconocidas por las dos entidades. Razón por la cual la excepción no se encuentra llamada a prosperar.

3. De la compatibilidad pensional - pensión de vejez reconocida por el ISS en virtud del servicio al sector privado y pensión de jubilación derivada del servicio en el sector público.

3.1. De la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público.

La Constitución Política de 1991, estableció en el artículo 128 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.”

La disposición constitucional contiene la prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Este precepto fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4 del 18 de mayo 1992¹, que dispuso lo siguiente:

“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. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

(...)

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados”.

3.2. De la compatibilidad entre la pensión proveniente de aportes privados y una del sector público.

La parte actora considera que nuestro ordenamiento jurídico no está permitido devengar simultáneamente la pensión de jubilación proveniente del antiguo seguro social y la pensión derivada de la vinculación con el Estado que reconoció la extinta Cajanal, lo que evidencia una incompatibilidad entre dichas asignaciones.

La Sala advierte que con el fin de determinar si existe o no incompatibilidad entre las prestaciones que reconocía el Instituto del Seguro Social y las que paga una entidad pública, se debe estudiar lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 de ese mismo año.

El mencionado Decreto 758 de 1990 en su artículo 49 estableció, de manera expresa que *“Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el*

¹ *Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.*

I.S.S.” son incompatibles entre sí y con otras pensiones y asignaciones del sector público.

No obstante, la anterior norma fue declarada **nula** por el Consejo de Estado en Sentencia de 3 de abril de 1995, bajo el siguiente entendido “(...) *el artículo 49 del acuerdo 049 de 1990 reitera que la prohibición allí establecida se refiere a prestaciones que cotizó un afiliado a quien no puede reconocérsele simultáneamente pensión de invalidez y pensión de vejez o alguna de ellas y una indemnización sustitutiva. Debe recordarse que el régimen de seguridad social (artículo 16, decreto 1650 de 1977), distingue entre los afiliados y los derechohabientes, porque mientras los primeros tienen un derecho subjetivo por tal condición y porque han contribuido con cotizaciones, puede ocurrir que el cónyuge sobreviviente y demás derechohabientes reciban un derecho derivado de su vinculación familiar con aquellos; en tal virtud, la prohibición que consagra la norma examinada debe comprender solamente ciertas prestaciones de los afiliados y nunca los derechos de terceros beneficiarios porque sería incongruente; en otras palabras no existe impedimento para que una persona adquiera prestaciones como afiliado del ISS y simultáneamente como derechohabiente de otra persona ya fallecida*”².

En el precitado fallo, recordó el Consejo de Estado que “*se trata de dos asignaciones completamente diferente por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; una obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público*” (negrilla fuera de texto).

Bajo ese contexto, desde la declaratoria de nulidad del artículo 49 del Decreto 758 de 1990, no existe norma que impida 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 ésta se reconozca por servicios

² Consejo de Estado, Sentencia de 3 de abril de 1995, Referencia: Expedientes Nos. 5708, 5833, 5937 (Acumulados), Actores: Luis Velásquez Uribe, Erich Guerra Caicedo y Luis Miguel Quiñones Franco, C. P. Dr. Álvaro Lecompte Luna

prestados a patronos particulares; y así lo ha entendido tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia.

En torno al tema la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(...) A juicio de la Corte, fue equivocado el razonamiento del Tribunal para negar la pensión de vejez al demandante, prevalido de la simple consideración de que él es beneficiario de una pensión de jubilación legal a cargo del Departamento de Antioquia, atendiendo el carácter universal y único del Sistema de Seguridad Social, que impide el pago simultáneo de dos pensiones que cubren el mismo riesgo.

Así se afirma, por cuanto en este particular asunto, no resultan aplicables las disposiciones legales que le sirvieron de marco normativo al Tribunal para obtener tal inferencia y, tampoco, los referentes jurisprudenciales que lo apoyaron, pues los mismos no corresponden a las especiales características que se debaten en el sub iudice.

*En efecto, se trata de dos pensiones que tienen origen y conceptos diferentes, en tanto la de jubilación otorgada por normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, se deriva por los servicios prestados a una entidad oficial (Departamento de Antioquia), y la de vejez que se pretende del Instituto de Seguros Sociales, según el Acuerdo 049 de 1990, corresponde a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, supuestos que conducen a la viabilidad jurídica de su compatibilidad.
(...)”*

La jurisprudencia del Consejo de Estado indica que existe compatibilidad para devengar la pensión de vejez reconocida por el ISS con tiempos servidos al sector privado y la pensión de jubilación con tiempos del sector público, al estimar en sentencia del 22 de octubre de 2009⁴, que *“no es acertada la decisión de la Administración relativa a la negativa del derecho pensional reclamado, fundada en la incompatibilidad pensional, máxime si, como en el presente asunto, la pensión reconocida por el ISS es resultado de aportes eminentemente privados”*.

De igual manera, el Alto Tribunal admitió la compatibilidad para devengar la pensión de vejez reconocida por el I.S.S. con tiempos servidos al sector privado y la pensión de jubilación con tiempos del sector público, al estimar que *“dada la circunstancia especial de la demandante, quien prestó el servicio de la docencia en planteles educativos del sector público y privado, lo que significó que cotizara al I.S.S. y fuera afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y el hecho de que se encuentra devengando una pensión por vejez del I.S.S., se puede*

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 7 de septiembre de 2010, Radicación No. 35761. M. P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

⁴ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia del 22 de octubre de 2009 Actor: María Olga Rave Monsalve. No. interno: 0262-08. M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila..

señalar conforme a lo expresado en anteriores apartes, que es perfectamente compatible que devengue las dos pensiones al no desconocerse el artículo 128 de la C.P., por considerarse la pensión por vejez del I.S.S. proveniente del servicio en el sector privado, antes o después de la Ley 100 de 1993, una asignación que no proviene del tesoro público”. Agregó la Corporación que “tampoco existe razón para suspender o negar el pago de alguna de las dos pensiones, cuando el fundamento de las mismas no guarda ninguna relación en cuanto a su origen y fuente del servicio prestado, pues el tiempo acreditado ante el I.S.S. no es el mismo que se pretende que se reconozca conforme a la Ley 33 de 1985”⁵.

En pronunciamiento del 1º de agosto de 2018, el Órgano Vértice de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo señaló que “los dineros que administraba el ISS de los aportes de los trabajadores y entidades del sector privado, antes y después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, no constituyen recursos del tesoro público, tampoco lo son los aportes de entidades públicas después de la vigencia de la referida ley, razón por la que no resulta incompatible en los términos del artículo 128 de la Constitución Política, devengar una pensión reconocida por el extinto ISS y una asignación que provenga del tesoro público”⁶.

Reiteró el Consejo de Estado que “**tratándose del reconocimiento pensional de los docentes oficiales, es posible devengar la pensión de jubilación del servicio prestado en entidades del sector público y la de vejez correspondiente al tiempo servido en el sector privado reconocida por el ISS, siempre y cuando el fundamento para su reconocimiento no sea el mismo periodo**”. No sucede lo mismo cuando para reconocer alguna de las pensiones se requiere utilizar aportes tanto públicos o privados que son necesarios para liquidar la otra prestación; y en tal sentido serían incompatibles.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 2 de mayo de 2013, Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01157-01(1742-12). Demandante: Martha Herminia Afanador de Molina. Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

⁶ Sentencia del 1 de agosto de 2018, Actor: Hilda Leonor Acosta de Olaya Demandado: Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Otros Rad. 25000-23-42-000-2013-02538-01(2091-15)) C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas

3.3. Del régimen pensional establecido en el Acuerdo 049 y el Decreto 758 de 1990

El Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, “*por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte*, en su artículo 1º señaló el campo de aplicación de la norma en los siguientes términos:

“CAMPO DE APLICACIÓN.

ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. *Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:*

1. En forma forzosa: a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje; b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y, c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.

2. En forma facultativa: a) Los trabajadores independientes; b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y, c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios”.

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto, los únicos servidores públicos que necesariamente tenían derecho al régimen del seguro social obligatorio, eran aquéllos denominados funcionarios de seguridad social, categoría correspondiente a los servidores vinculados al ISS mediante relación legal y reglamentaria. Sin embargo, algunas entidades públicas facultadas, optaron por afiliar a sus empleados al ISS, a quienes por consiguiente, también les resultaba aplicable el régimen establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

Es así como la aplicación del mencionado acuerdo y el Decreto 758 de 1990, tiene como premisa que la entidad a cuyo cargo esté el reconocimiento pensional corresponda al ISS, precisamente por tratarse de un reglamento privativo, aplicable a sus afiliados; de ahí que la Corte Suprema de Justicia haya señalado, por ejemplo, que “*resulta impertinente pedirle a la Caja Nacional de Previsión Social que reconozca las prestaciones estatuidas en el Acuerdo 049*

de 1990, por cuanto esta disposición es propia de los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales.”⁷.

Ahora bien, el artículo 12 *ibídem*, estableció los siguientes requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

ARTÍCULO 20. INTEGRACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(..)

II. PENSIÓN DE VEJEZ.

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses”.

Así las cosas, la cuantía de la pensión según la norma antes mencionada se determina así:

SEMANAS ADICIONALES COTIZADAS	TASA DE REEMPLAZO
500	45%
550	48 %
600	51%
650	54 %
700	57%
750	60 %
800	63 %
850	66 %

⁷ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. 21 de junio de 2011, Referencia 37.619. Actor: Zenaida Arias de Ocampo

900	69%
950	72%
1000	75%
1050	78%
1100	81%
1150	84%
1200	87%
1250 o más	90%

3.4. Sobre el régimen establecido en la Ley 33 de 1985

La Ley 33 de 1985, “*Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales del sector público*”, reguló la pensión de jubilación ordinaria de la siguiente forma:

“Artículo 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento 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.

(...)

Par. 2°. 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 y 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.

Par. 3°. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley”.

Al tenor de lo dispuesto en las normas que se citan, la Ley 33 de 1985, el empleado oficial tendría derecho al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio base para los aportes

durante el último año de servicio, siempre que prestara o hubiere prestado 20 años continuos o discontinuos de servicios y tuviera 55 años de edad.

4. Caso concreto.

En el presente caso se debate que el demandado no tiene derecho a percibir simultáneamente la sustitución de la pensión que fue reconocida por la entidad demandante (UGPP) por los servicios que prestó la causante señora María Ligia Organista de Miranda en el sector público como docente y a la vez la pensión que fue concedida por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones en el sector privado, en razón a que las dos pensiones se liquidaron con base en las mismas cotizaciones al prestar sus servicios en el Colegio Nuestra Señora del Pilar, situación que como quedó expuesto en el anterior análisis está proscrita por la normativa aplicable al caso, según la cual la compatibilidad de las pensiones del sector público y privado solo es procedente cuando las cotizaciones que se tuvieron en cuenta tienen orígenes diferentes.

De las pruebas obrantes en el plenario observa la Sala que, en efecto, la causante se hizo acreedora a una pensión como servidor público (docente oficial del orden nacional) por parte de la antigua Cajanal y una reconocida por el ISS, por haber cotizado a dicho Instituto. En consecuencia, se analizará la manera como fue reconocida cada una de ellas con el fin de establecer si le asiste razón a la entidad demandante en sus argumentos.

4.1. De la pensión reconocida por el Seguro Social hoy Colpensiones

En el expediente se encuentra demostrado que mediante **Resolución No. 03317 de 18 de diciembre de 1987**, el ISS reconoció pensión a favor de la señora María Ligia Organista de Miranda (q.e.p.d.), por haber cotizado 734 semanas, efectiva a partir de febrero 1988. Indica que *“la liquidación se basó en 734 semanas cotizadas salario base de \$9.963.20” (f. 385⁸)*

Cabe resaltar que en el acto administrativo de reconocimiento prestacional se indica que el demandante acreditó *“como último patrono: Colegio de Nuestra Señora del Pilar Sur”*.

⁸ CD, ver archivo GRP-HPE-EV-CC-2040051-11, f.3

Así mismo, se observa que en el acto no se hace referencia al origen de las cotizaciones efectuadas por la causante, sin embargo, se allegó al expediente el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones, actualizado a 31 de diciembre de 1985 (f. 385⁹), en donde se advierte la siguiente información relativa a los aportes efectuados por la causante:

No. Patronal	Nombre o razón social	Desde	Hasta	Semanas
01008203250	COLEGIO DE NTRA SRA del P	02/01/1968	30/11/1968	44
01008203250	COLEGIO DE NTRA SRA del P	01/02/1969	30/11/1969	43
01008203250	COLEGIO DE NTRA SRA del P	01/02/1970	30/11/1970	43
01008203250	COLEGIO DE NTRA SRA del P	01/02/1971	30/11/1971	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA del P	01/02/1972	30/11/1972	44
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA del P	01/02/1973	30/11/1973	44
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA del P	01/02/1974	30/11/1974	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	01/02/1975	30/11/1975	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	02/02/1976	30/11/1976	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	01/02/1977	30/11/1977	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	01/01/1978	30/11/1978	44
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	01/02/1979	30/11/1979	44
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	01/02/1980	30/11/1980	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	02/02/1981	30/11/1981	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	01/02/1982	30/11/1982	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	01/02/1983	30/11/1983	43
01008209120	COLEGIO DE NTRA SRA	23/02/1984	30/11/1984	41
TOTAL SEMANAS COTIZADAS				734

Obra en el plenario certificación expedida por el Colegio de Nuestra Señora del Pilar Sur en que indica que es establecimiento privado de enseñanza; y hace constar que la señora María Ligia Organista de Miranda (q.e.p.d.), laboró en esa Institución educativa desde el 1 de febrero de 1970 hasta 30 de noviembre de 1984 y del 1 de enero al 30 de noviembre de 1987 de igual forma indica el sueldo que se le pagó en ese período. Además que *“durante ese tiempo estuvo afiliada al Instituto de Seguros Social en salud, pensiones y riesgos (...) y que los aportes se realizaron (...) con el número patronal 8203250 hasta el año 1975 y a partir del 1976 con el número 01008209120”* (f. 413).

Resalta la Sala que mediante auto del 2 de noviembre de 2021 (f. 420) se requirió al mencionado Colegio a efectos que certificara el tipo de vinculación de la señora María Ligia Organista de Miranda (q.e.p.d.), en respuesta del 17 del mismo mes y año (f. 427) manifiesta que no cuenta con información adicional a la anterior referida, *“desafortunadamente en el cambio de la sede centro*

⁹ Ver archivo GRP-HPE-EV-CC-2040051411 y GRP-SCH-HÑ-665544332211_1645-20191105025959

a la actual y remodelaciones internas se extraviaron algunos de dichos documentos”, y señala que conforme a los libros de pagos certificó la información de tiempo laborado, pagos y afiliación.

Lo anterior permite señalar que en efecto el reporte de tiempos transcritos evidencia que la pensión reconocida a la causante por el ISS se concedió con base en cotizaciones efectuadas en el sector privado.

La causante falleció el 31 de marzo de 2010 (f. 195) Mediante Resolución No. 0289181 de 2010 reconoció la sustitución de la pensión al señor Alejandro Miranda Suárez (f. 385¹⁰)

4.2. De la pensión reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP

La Sala advierte que con posterioridad al reconocimiento efectuado por ISS, mediante **Resolución 037923 del 7 de octubre de 1993** la Caja de Nacional de Previsión Social le reconoció pensión a la causante por haber prestado sus servicios como docente y por haber cumplido los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, esto es, 20 años de servicio y 55 años de edad, efectiva a partir del 1 de julio de 1988, sin condicionar su disfrute al retiro del servicio docente (f. 92 s). Los tiempos que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la prestación fueron:

Entidad	desde	Hasta	Días laborado
Distrito Especial Bogotá	1957/04/01	1959/12/30	990
Distrito Especial Bogotá	1971/04/01	1977/01/30	2100
Ministerio de Educación Nacional	1977/01/01	1989/10/02	4562
Total laborado			7.652

Mediate la Resolución No. UGM 013970 del 18 de octubre de 2011 se reconoció pensión de sobreviviente a favor del demandante señor Alejandro Germán Miranda Suárez (f. 249)

Se advierte que el acto de reconocimiento de la prestación no se hace

¹⁰ Ve Cd archivo GRP-HP- ES CC 20140051 fol. 5

referencia al lugar de prestación del servicio como docente oficial de la causante, sin embargo, conforme las certificaciones de tiempo de servicio que se allegaron al expediente se observa que el tiempo laborado entre 1 de abril de 1957 al 30 de diciembre de 1959, no es simultáneo con las cotizaciones realizadas en el sector privado.

Ahora en torno al tiempo laborado entre el 1 de abril de 1971 al 30 de enero de 1977, se observa que lo prestó como docente de educación física de la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá (f. 84, 97), por su parte el tiempo laborado con el Ministerio de Educación que tuvo en cuenta la Entidad demandada, lo realizó en el programa de "*Planteles Nacionales J. Adicional*" (f. 84, 137) en "*Colegio de Ntrs Sra del Pilar*" (f. 85, 137 vto)

Cabe resaltar que el período comprendido entre el 1 de febrero de 1977 al 30 de noviembre de 1984 sí fueron prestados y cotizados en forma concomitante, en el sector público y en el privado en calidad de docente en el Colegio Nuestra Señora del Pilar.

No obstante no se puede afirmar que no podían ser tenidas en cuenta, pues si bien prestó sus servicios para el período señalado al parecer en el mismo Colegio, no puede desconocerse que su vinculación como docente oficial para ese período fue desempeñado en jornada adicional y no en jornada completa, circunstancia esta última que permitiría establecer que si hubo una incompatibilidad para la prestación del servicio, dado que los docentes oficiales que se desempeñan en jornada completa, tienen proscrita la posibilidad de laborar como docente en otras entidades, sin embargo, ello no ocurrió en el presente caso.

Destaca la Sala que si bien existe coincidencia en el nombre de la Institución Educativa en que la causante prestó sus servicios tanto oficial como privado, "*Colegio de Ntrs Sra del Pilar*", de lo probado en el expediente se puede concluir que no le asiste razón a la entidad demandante en sus argumentos de censura contra el acto de reconocimiento pensional y aquel que reconoció la pensión sobreviviente al actor, pues el análisis que precede permite establecer que le asiste el derecho a devengar las dos pensiones, comoquiera que el fundamento de una y otra prestación –vejez y jubilación- no guarda

ninguna relación en cuanto a su origen y fuente del servicio prestado, luego no existe la incompatibilidad alegada por la entidad en su demanda.

Finalmente, en relación con las excepciones de “buena fe”, e “Inexistencia de la obligación a cargo de Colpensiones”, se entienden resueltas con las consideraciones que preceden, sin que haya lugar a efectuar más análisis sobre el particular. El demandado Alejandro Germán Miranda propone las excepciones de “mala fe” y “abuso del derecho”, que no tienen vocación de prosperidad, ya que la actuación de la Entidad demandante tenía como propósito verificar que no se estuviera infringiendo el ordenamiento Constitucional, por lo que no se instauró la demanda con la intención de generar perjuicio al demandado.

4. Costas.

En relación a la condena en costas, la Sala advierte que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

La condena en costas fue consagrada como una forma de sancionar a la parte que resulta vencida en el litigio y consiste en el reconocimiento a favor de la parte contraria de los gastos en que incurrió para impulsar el proceso (expensas) y de los honorarios de abogado (agencias en derecho).

Ahora bien, a efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala acoge la tesis expuesta por las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual, para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo. En efecto, la subsección A indicó que: “no se condenará en costas (...) ello al no observarse su causación de acuerdo con el numeral 8 del artículo 365 del CGP”¹¹. Posición que concuerda con la expuesta por la subsección B al señalar que su procedencia resulta “ como se

¹¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “A”. CP: William Hernández Gómez. 17 de junio de 2021, Radicación número: 250002342000-2016-03610-01,

indica en el numeral 8 del artículo 365 del código General del Proceso '(...) cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación'¹².

En el caso de autos, igual que sucedió en el analizado por el Consejo de Estado, no se advirtió el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma que implique la imposición de costas en esta instancia, por ello no procede esta condena, pues no obra prueba alguna que evidencie la causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte actora quien hizo uso mesurado de su derecho al acceso a la administración de justicia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas a las excepciones denominadas *buena fe*", *"Inexistencia de la obligación a cargo de Colpensiones"*, *mala fe*" y *"abuso del derecho* propuestas por los demandados.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

CUARTO: RECONÓCESE personería a los abogados Juan Andrés Daza Broca y Andrés Felipe Tolza Acevedo portadores de la T.P. Nos. 152.345 y 267.658 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderados del señor Alejandro Germán Miranda Suárez y la Administradora Colombiana de Pensiones respectivamente (f. 316 y 358)

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección "B". CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 9 de abril de 2021, Radicación número: 250002325000-2014-00002-01

QUINTO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

SEXTO: REALÍCENSE las anotaciones de rigor en el sistema y verificado su cumplimiento (CPACA, art. 298), **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias respectivas.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Patricia Salamanca Gallo
PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada

Beatriz Escobar Rojas
BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada

Luis Alfredo Zamora Acosta
LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado
Salvo voto

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Sección Segunda, Subsección "F" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.



República de Colombia
Rama Judicial del Poder público
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda - Subsección F
NOTIFICACIÓN POR ESTADO *Sentencia*

El auto anterior se notifica a las partes por Estado
Nº. 2 08 MAR 2022
Oficial Mayo *J. M. Meléndez* SPGE



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN "F"
SALVAMENTO DE VOTO**

Magistrado Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicado: 250002342000-2019-01282-00
Demandante: UGPP
Demandado: COLPENSIONES - ALEJANDRO GERMÁN SUÁREZ
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con el respeto de siempre, el suscrito esboza las razones que lo llevan a salvar el voto frente a la decisión mayoritaria adoptada en providencia del 08 de febrero de 2022.

La UGPP promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de Colpensiones y el señor Alejandro Germán Suárez. Sobre el particular, solicitó a esta jurisdicción que anulara las siguientes resoluciones:

- No. 037923 del 07 de octubre de 1993, por medio de la cual Cajanal reconoce una pensión de jubilación a favor de la señora María Ligia Organista.
- No. UGM 013970 de 18 de octubre de 2011, mediante la cual reconoce una pensión de sobreviviente al señor Alejandro Germán Miranda Suárez.

A título de restablecimiento solicita al juez contencioso que declare que al señor Alejandro Germán Miranda Suárez, no le asiste el pago de la sustitución pensional y que, como consecuencia de ello, reintegre las sumas canceladas por parte de la UGPP.

Como fundamento de esa pretensión, la entidad demandante señaló que el ordenamiento jurídico prohíbe que el demandante devengue de manera simultánea, una pensión de jubilación que proviene del ISS y aquella que reconoció Cajanal, ya que es incompatible percibir dos asignaciones del tesoro público.

La Sala Mayoritaria, a través de la providencia del 08 de febrero de 2022, negó las pretensiones de la demanda. La Subsección sustentó la decisión en el hecho de que al señor Alejandro Germán Miranda Suárez, le asiste el derecho a devengar las dos pensiones en vista de que una y otra prestación -vejez y jubilación- no guardan relación frente a su origen y la fuente del servicio prestado.

El suscrito no comparte la decisión adoptada por las siguientes razones:

A. No considero jurídica ni técnicamente correcto afirmar que, siempre que por cuenta de una relación de trabajo de derecho privado se efectúen aportes a las administradoras del régimen de prima media, el origen de los recursos que financiarán las prestaciones pensionales que de allí se deriven, es privado.

Lo anterior, por cuanto el artículo 32 de la Ley 100 de 1993¹, es claro en señalar las características definitorias de dicho régimen, que refieren a: i) La solidaridad que lo caracteriza; ii. La garantía estatal del pago de las prestaciones; y, iii) La naturaleza

¹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

pública del fondo común que se constituye a partir de los aportes de los afiliados y sus rendimientos.

Igualmente, debe decirse que los aportes de los afiliados conforman las reservas de invalidez, vejez o muerte del régimen de prima media (*"reservas IVM"*), cuya administración se encuentra sometida a los preceptos de inversión y rentabilidad previstos en el artículo 54 *ejusdem*, según los cuales, en caso de no alcanzarse la rentabilidad mínima que establece el Gobierno Nacional, las reservas *"se colocarán en una cuenta de la Tesorería General de la Nación que les garantizará una rentabilidad que preserve su poder adquisitivo"*, garantía que ha sido reasegurada por el Legislador, al indicar que *"[c]uando dentro del plazo de un (1) año la rentabilidad de los títulos de deuda de la nación no mantengan el poder adquisitivo de las reservas, la Nación efectuará la compensación necesaria para cumplir el mandato del artículo 48 de la Constitución Política, mediante apropiación y giro del Presupuesto General de la Nación"*.

Así, es patente que los aportes que integran las reservas del régimen de prima media, independientemente de la naturaleza pública o privada de la relación laboral que las origine, se encuentran atados a un sistema de garantía de rentabilidad que implica la inyección de dineros públicos, y por tal razón, no puede asegurarse que la financiación de las prestaciones corresponda a un origen privado absoluto.

B. El literal g) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992² determinó que: *"[n]adie 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"*, con excepción de, entre otras, *"las [asignaciones] que a la fecha de su entrada en vigencia benefician a los servidores oficiales docentes pensionados"*.

En tal virtud, se tiene que si la demandante consolidó el derecho a devengar la pensión docente el 07 de octubre de 1993, dicha prestación no se encuentra amparada por la excepción normativa en comento, pues no constituye una asignación que hubiere sido consolidada antes de la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992.

C. La única compatibilidad entre asignaciones pensionales prevista por la Ley 91 de 1989³ en favor de los educadores oficiales, fue aquella consagrada en el literal "A", numeral 2°, del artículo 15 de esa norma, consistente en la posibilidad de disfrutar al mismo tiempo del pago de la pensión ordinaria de jubilación docente y la pensión gracia.

D. La Sala mayoritaria consideró que: *"desde la declaratoria de nulidad del artículo 49 del Decreto 758 de 1990, no existe norma que impida 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"* (v. pág. 10 del fallo).

² Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

³ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Dicho planteamiento no resulta atendible por el suscrito, al menos, por las siguientes razones:

i. Soslaya la vigencia y rigor de la prohibición de recibo de doble asignación proveniente del tesoro público, prevista en el artículo 128 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

ii. Entiendo que la sentencia del Consejo de Estado citada, que declaró la nulidad del artículo 49 del Decreto 758 de 1990, se refirió a la posibilidad de recibir al mismo tiempo pensiones cuya financiación provenga del tesoro público **siempre y cuando hayan sido adquiridas en calidad de afiliado pensionado y beneficiario sobreviviente**, verbigracia, aquellos casos en que un pensionado por jubilación o vejez adquiere el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes de su cónyuge fallecido.

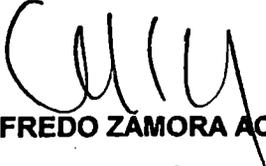
Dicha providencia no previó la causación de dos pensiones provenientes del erario en calidad de afiliado, de manera que la tesis allí expuesta no puede ser aplicada al caso bajo examen, toda vez que, por el análisis del cual se deriva, no puede afirmarse que guarde vocación de universalidad para todo tipo de situaciones.

E. Finalmente, cabe recordar que esta Subsección ha decidido en contrario, como en la sentencia proferida el 31 de enero de 2018 (Exp. 11001-33-31-017-2017-00053-01), oportunidad en la que la Sala aplicó la tesis expuesta por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia proferida el 23 de febrero de 2017 (Rad. Núm. 23001233300020140014201), según la cual, la Ley 91 de 1989 solo contempló la compatibilidad de la pensión ordinaria de jubilación docente con la pensión gracia prevista por la Ley 114 de 1913; de manera que dicha prestación pensional es incompatible con otras pensiones de jubilación o vejez que están destinadas a cubrir el mismo riesgo. Igualmente, en ese momento la Sala aludió al contenido del literal g) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, norma cuyo análisis le llevó a entender, que la compatibilidad allí consagrada solo cobijaba a los docentes que adquirieron el estatus jurídico de pensionado antes de la entrada en vigencia de esa norma.

Así, si bien es cierto que dicha providencia fue dejada sin efectos por la Sección Primera del Consejo de Estado, y por tal razón fue proferida sentencia de reemplazo, no es menos cierto que esa sentencia expresaba el convencimiento autónomo de la Subsección respecto de la vía de solución de controversias análogas al *sub examine*, de manera que la Sala mayoritaria debió aplicar dicho precedente horizontal, o en su defecto, advertir y sustentar el cambio de postura efectuado en la sentencia de la cual me aparto.

Con lo expuesto, dejo expresadas las razones de mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,


LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado