



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

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

**Demandante: Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES**

Demandado : María de los Ángeles Castañeda

Radicado : 110013335014-2018-00207-01

Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación (f. 224s) presentado por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 1º de junio de 2020 (f. 215s) por el Juzgado 14 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a través de apoderado judicial, solicita:

*“1. Que se declare la Nulidad de la Resolución GNR 42126 del 18 de marzo de 2013 mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez ordinaria a favor de la señora **MARÍA DE LOS ÁNGELES CASTAÑEDA** identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.703.147, en cuantía de \$667.425, conforme al Decreto 758 de 1990 efectiva hasta el momento que acredite el retiro definitivo del servicio.*

2. Que se declare la Nulidad de la Resolución No. GNR 426752 del 18 de diciembre de 2014 le reconoció una pensión de vejez a favor de la demandada en cuantía de \$667.425, dejada en suspenso su ingreso a nómina hasta tanto se acreditara su retiro definitivo del servicio oficial.

3. Que se declare la nulidad de la Resolución GNR No. 134113 del 08 de mayo de 2015, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la

Resolución No. GNR 426752 del 18 de diciembre de 2014, donde se decidió confirmar la decisión.

4. Que se declare la nulidad de la Resolución VPB 23077 del 25 de mayo de 2016, la cual no accede a las pretensiones de la señora María de los Ángeles Castañeda.

2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho:

2.1 Se declare que la prestación pensional reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, es incompatible con la prestación pensional reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio a favor de la señora MARÍA DE LOS ÁNGELES CASTAÑEDA" (f. 64).

2. Hechos.

El apoderado de la entidad refiere que la demandada nació el 24 de septiembre de 1957 y cuenta con 1034 semanas de cotización.

Anota que la señora María de los Ángeles Castañeda solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, por lo que Colpensiones profirió la Resolución GNR 426752 del 18 de diciembre de 2014 a través de la cual se reconoció una pensión de vejez en cuantía de \$667.425, cuyo ingreso a nómina se dejó en suspenso su hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del servicio oficial.

Expone que a través de la Resolución No. 745 del 24 de marzo de 2015, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, reconoció y pagó una pensión de jubilación a favor de la señora María de los Ángeles Castañeda, en cuantía de \$2.118.702.00, efectiva a partir del 01 de febrero de 2015.

Indica que *"Al efectuar estudio de la prestación, se determinó que las prestaciones reconocidas tanto por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, como por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinó que no son compatibles, siendo pues compartida." (f. 65).*

Sostiene que mediante requerimiento de 22 de junio de 2016 Colpensiones solicitó a la señora María de los Ángeles Castañeda autorización expresa para revocar la resolución GNR 426752 del 18 de diciembre de 2014, por encontrarse inmersa en la causal de revocatoria señalada en el numeral 01 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011.

Menciona que *“El anterior requerimiento fue recibido el día 19 de agosto de 2016, conforme se evidencia en el número de guía GN 03671442973 y pasados 30 días hábiles de su recibido, no obra autorización por parte de la asegurada para revocar dicho acto administrativo” (f. 65).*

3. Normas violadas y Concepto de la violación.

La parte actora estima violado la Constitución Política, el Decreto 1278 de 2002 y la Ley 1437 de 2011.

Señala que los actos administrativos deben ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: (i) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, (ii) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y (iii) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Indica que el artículo 97 del CPACA señala que *“Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.” (f. 66).*

Menciona que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es un régimen solidario, en el que sus afiliados tienen derecho a una pensión previamente definida en la Ley, en el que sus aportes y rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones, los gastos de administración y la constitución de reservas, estableciendo como condiciones para adquirir el derecho a la pensión de vejez haber cumplido 55 años de edad si se es mujer o 60 años de edad si es hombre (edad que se incrementó a partir de 01 de enero de 2014 a 57 y 62 años de edad, respectivamente) y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo (a partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementó en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementó en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015), consagrando a favor de las personas próximas a pensionarse una excepción: el Régimen de Transición.

Señala que *“...Es así como el beneficio del Régimen de Transición fue establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 únicamente para los trabajadores que hacen parte del Régimen de Prima Media, con el propósito de permitir que las personas que al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones cumplieran con los requisitos establecidos en dicha norma, les fuera aplicado la edad, el tiempo de servicio o semanas de cotización y el monto del régimen pensional al cual venían afiliados” (f. 67).*

Sostiene que la Resolución GNR 426752 del 18 de diciembre de 2014, mediante la cual se reconoció una pensión de vejez ordinaria a favor de la señora María de los Ángeles Castañeda conforme a los preceptos legales señalados en el Decreto 758 de 1990, es abiertamente contraria al ordenamiento jurídico como quiera que dicha prestación es incompatible con la prestación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, esto por cuanto la afiliada no se vinculó con dicho fondo con posterioridad a la fecha en la que fue declarado inexecutable el artículo 45 del Decreto 1278 de 2002 mediante la sentencia C 1157 del 04 de Diciembre de 2003.

Señala que *“En ese orden de cosas y habida cuenta que la afiliada se vinculó al Magisterio, entre la entrada en vigencia del decreto 1278 de 2002 y la sentencia C-1157 del 04 de diciembre de 2003, existe incompatibilidad pensional entre la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y cualquier otra prestación proveniente del tesoro público.” (f. 69).*

Finalmente señala que la pensión reconocida es abiertamente contraria al ordenamiento jurídico y lesiva para el erario público, procediendo su nulidad y el restablecimiento del derecho a favor de la demandante.

4. Contestación de la demanda.

La parte demandada no contestó la demanda (f. 108vto)

5. Sentencia recurrida.

El Juzgado 14 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., mediante sentencia del 1º de junio de 2020 (f. 214s), negó las pretensiones de la demanda.

Luego de analizar la norma que rige la revocatoria directa de las pensiones reconocidas irregularmente sin consentimiento del titular, el régimen prestacional y pensional de los docentes y la compatibilidad pensional entre las pensiones de jubilación y vejez; señala que la señora María de los Ángeles Castañeda realizó aportes a cotización en pensión desde 1973 hasta el 2014, por lo que Colpensiones le reconoció una pensión vitalicia de vejez mediante Resolución GNR 42652 del 18 de diciembre de 2014 conforme al régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y aplicando el Decreto 758 del 11 de abril de 1990, teniendo en cuenta para el efecto el tiempo laborado en entidades del sector privado y cotizado como independiente.

Sostiene que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha, le reconoció una pensión de jubilación como docente Departamental mediante Resolución 745 de 24 de marzo de 2015, efectiva a partir del 7 de febrero de 2015. Añade que fue retirada del servicio por pérdida de la capacidad laboral mediante Resolución 1681 del 28 de agosto de 2015.

Considera que *“para éste Despacho no existe la incompatibilidad alegada teniendo en cuenta que en el presente asunto la señora María de los Ángeles Castañeda percibe pensión de jubilación reconocida por el Magisterio y pensión de vejez reconocida por Colpensiones, toda vez que provienen de recursos distintos y diferentes fuentes de financiación, pues una proviene de los servicios prestados al Estado y la que reconoció Colpensiones no es de origen público por cuanto proviene de tiempos cotizados tras haber prestado sus servicios laborales a patronos particulares y como independiente como se observa en el reporte de semanas cotizadas en pensiones y que obra a folios 26 a 28 del expediente, por lo tanto, no se acogerán los argumentos planteados por Colpensiones.”* (f. 219).

Cita y transcribe apartes de la sentencia del 1º de marzo de 2012 proferida por el Consejo de Estado donde se menciona que: *“es viable percibir una pensión de jubilación por servicios en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares.”* (f. 219vto).

De conformidad con lo anterior, señala que *“solo habrá incompatibilidad cuando las pensiones de jubilación y vejez tengan su origen en una misma relación*

laboral, provengan de la misma causa y estén a cargo de la misma entidad o su pago provenga del tesoro público”.

6. Recurso de apelación

Inconforme con la sentencia, la entidad demandante presentó recurso de apelación (f. 224s) y alega que al revisar la página de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se evidenció que la demandada se encuentra devengando una asignación correspondiente a pensión de jubilación por parte del tesoro público, esto es a cargo del FONPREMAG.

Manifiesta que las disposiciones contenidas en el artículo 128 de la Constitución Política, el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 y el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001, son claras en determinar el tipo de incompatibilidad existente entre el tipo de beneficios prestacionales por las contingencias derivadas por vejez, invalidez o muerte. Agrega que jurídicamente no es procedente acceder al reconocimiento de una pensión o indemnización sustitutiva, en razón a su incompatibilidad legal manifiesta; así mismo tampoco es viable acceder a la devolución de valores por concepto de cotizaciones efectuadas con destino a pensión; pues al ser un Régimen solidario, según la Ley 100 de 1993, todos los aportes efectuados por los afiliados sirven de sustento para mantener el sistema y financiar las pensiones, todo dentro un fondo prestacional común.

Finalmente solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, declarando la incompatibilidad entre la pensión reconocida por Colpensiones y la otorgada por FONPREMAG.

7. Trámite en segunda instancia.

Recibido el expediente proveniente del Juzgado 14 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., y previa sustentación del recurso, se admitió (f. 232) y se ordenó notificar al Ministerio Público en forma personal.

Corrido el traslado para alegar (f. 236), la **parte demandada** guardó silencio y el **Ministerio público** no emitió concepto, la **parte actora** presentó escrito de alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Reitera los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación. Cita el concepto del 28 de septiembre de 2016 emitido por el Gerente Nacional de Doctrina de Colpensiones, acerca de la compatibilidad pensional con el magisterio y resalta que la pensión reconocida mediante Resolución 426752 del 18 de diciembre de 2014, no es compatible con la otorgada en la Resolución 745 del 24 de marzo de 2015, teniendo en cuenta que la demandada no se vinculó a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002.

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite de segunda instancia y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a adoptar la decisión que en derecho corresponda.

1. Problema jurídico.

Visto el recurso de apelación se advierte que el presente asunto se contrae a determinar si el acto administrativo mediante el cual Colpensiones reconoció la pensión de jubilación a la demandada se encuentra ajustado a derecho, o si por el contrario debe ser anulado debido a que la educadora cuenta con un reconocimiento pensional por parte de FONPREMAG, en virtud de su vinculación como docente oficial.

2. 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.

2.1. 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”.

2.2. De la compatibilidad entre la pensión proveniente de aportes privados y por cotizaciones efectuadas en el 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 la 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 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*

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.

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 la 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 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 Corte Suprema de Justicia 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

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

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 judice.

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 periodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, supuestos que conducen a la viabilidad jurídica de su compatibilidad.”³

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 de 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 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

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.

se reconozca conforme a la Ley 33 de 1985”⁵.

Aclaró el precitado fallo que *“el hecho de que se encuentre devengando una pensión con base en el servicio prestado en el sector privado, no desconoce ni es óbice para aplicar el régimen oficial docente consagrado en la Ley 91 de 1989 y en la Ley 33 de 1985, siempre y cuando reúna las condiciones exigidas como se señaló en párrafos anteriores, y que no se trate de aquellos docentes vinculados después de la vigencia de la Ley 812 de 2003...”*

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 la pensión que reconoce el Instituto del Seguro Social incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del tesoro público y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en éste.

2.3. Régimen pensional de los docentes

La Sala destaca que el Decreto 2277 de 1979, por medio del cual se adoptaron las normas para el ejercicio de la profesión docente, no hizo ninguna previsión en torno a la pensión ordinaria de jubilación; fue la Ley 91 del 29 de

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

diciembre de 1989, la que determinó en su artículo 15 que el régimen aplicable a los docentes sería el de los pensionados del sector público nacional.

Posteriormente la Ley 60 de 1993 dispuso en su artículo 6º que los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales quedarían sometidos, en cuanto a la pensión de jubilación ordinaria, a lo previsto en la Ley 91 de 1989, previsión que se reiteró en la Ley 115 de 1994.

En razón a las regulaciones así expuestas el Consejo de Estado en pronunciamiento de 24 de noviembre de 2005 expediente 2000-00030-01 Actor Eusebio Leal Muñoz, concluyó que los docentes tienen un régimen pensional especial sólo en lo que tiene que ver con la pensión gracia, pero no en lo atinente a la pensión ordinaria, la cual era susceptible de ser reconocida según el régimen general de pensiones vigente, **hasta antes de la expedición de la Ley 100 de 1993**. Así pues, a fin de obtener el derecho a la pensión los docentes, se han sometido a los regímenes pensionales ordinarios previstos en las siguientes normas:

- **Ley 6ª de 1945** precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distingo de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuo o discontinuo para el Estado;
- **Ley 33 de 1985:** que fijó la edad de reconocimiento en 55 años sin distingo de sexo;
- **Ley 71 de 1988:** determinó en 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, la edad para obtener el estatus pensional, **para el caso de pensiones por aportes**;
- **Ley 812 de 2003:** en su artículo 81 dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados a la fecha en que ésta fue expedida sería el establecido en las disposiciones vigentes; y que los docentes vinculados con posterioridad a su expedición tendrían *"...los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres..."*.

Es del caso anotar que la Ley 100 de 1993, no rigió en forma directa las pensiones de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, dado que los exceptuó de su aplicación por expresa previsión de su artículo 279.

Así las cosas, se concluye que la pensión de jubilación de **los docentes vinculados hasta antes del 27 de junio de 2003**, se encuentran sometidos al régimen previsto en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de la misma.

2.4. 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 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) 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. 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 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. 3º. 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.

2.5. 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:

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

SEMANAS ADICIONALES COTIZADAS	TASA DE REEMPLAZO
500	45%
550	48 %
600	51%
650	54 %
700	57%
750	60 %
800	63 %
850	66 %
900	69%
950	72%
1000	75%
1050	78%
1100	81%
1150	84%
1200	87%
1250 o más	90%

3. Caso concreto

En el presente caso se controvierte el derecho de la demandada a percibir simultáneamente la pensión que le fue reconocida por COLPENSIONES por sus servicios prestados en el sector privado y a la vez la pensión que fue concedida por FONPREMAG en su calidad de docente oficial, en razón a que la entidad demandante considera que se están percibiendo dos asignaciones del erario, situación proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.

De las pruebas obrantes en el plenario observa la Sala que en efecto, la demandada se hizo acreedora por una parte a una pensión de vejez reconocida por el ISS, por haber cotizado a dicho Instituto; y otra, en su calidad de servidora pública (docente oficial) por parte de FONPREMAG. 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 demandada en sus argumentos.

3.1. De la pensión reconocida por FONPREMAG

En el expediente se encuentra demostrado que mediante Resolución 40488 de 15 de agosto de 2006, Cajanal reconoció pensión a favor de la demandada por haber prestado sus servicios como Docente oficial **desde el 7 de febrero de 1995 hasta el 6 de febrero de 2015** y en su calidad de beneficiario del régimen de transición, por haber cumplido los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, esto es, 20 años de servicio y 55 años de edad, los cuales cumplió el 7 de febrero de 2015, fecha a partir de la cual se dio efectividad a la prestación, sin condicionar su disfrute al retiro del servicio docente (f. 119 Cd f. 192 s).

La Sala advierte que en el expediente obra el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral de FONPREMAG, donde consta que los tiempos de servicio prestados por la demandada corresponden a la Secretaría de Educación de Soacha y la Institución Educativa Las Villas- Sede Principal- Sol Naciente (f. 119 Cd f. 192 s).

3.2. De la pensión reconocida por Colpensiones

La Sala advierte que mediante Resolución GNR 426752 de 18 de diciembre de 2014, el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez al demandado, por haber cumplido los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 2020, esto es, 55 o más años de edad y 1034 semanas de cotización con una tasa de reemplazo del 75% (f. 43 s). La efectividad de la pensión se reconoció a partir del 2 de abril de 2014.

Así mismo, se observa que en el acto de reconocimiento pensional se indica que la pensión se reconoció por la prestación de los servicios de la demandante, así:

ENTIDAD	DESDE	AÑOS	MESES	DÍAS
PE&A DÍAS JOSE VICENTE	9 de enero a 19 de febrero de 1973		1	10
1 DETALLES LTDA	27 de febrero de 1973 a 30 de septiembre de 1976	3	7	3
INDASEO	9 a 30 de diciembre de 1977			21
JACKSON S FASHIONS SETTON	15 de julio de 1981 a 13 de agosto de 1982	1		28
BANCO DEL COMERCIO S.A.	21 de febrero de 1983 a 28 de enero de 1993	9	11	7
BCO BOGOTÁ S.A.	1º de febrero de 1993 a 31 de julio de 1994	1	5	28
CASTAÑEDA MARÍA DE LOSA	27 de octubre a 31 de diciembre de 1994		2	5
FINCOMERCIO	12 a 31 de diciembre de 1994			19
FINANCIERA COOPERATIVA FINCOMER	1º a 29 de enero de 1995			28
HERNANDO QUINTERO CUBILLOS	1º a 12 de enero de 1995			11
	SUBTOTAL	14	26	160
	TOTAL	16	7	10
MARÍA DE LOS ANGELES CASTA E	1º de julio a 31 de octubre de 2011		4	1
MARÍA DE LOS ANGELES CASTA E	1º de diciembre de 2011 a 28 de enero de 2012		1	27
MARÍA DE LOS ANGELES CASTA E	1º de febrero de 2012 a 29 de enero de 2013		11	28
MARÍA DE LOS ANGELES CASTA E	1º de febrero de 2013 a 29 de enero de 2014		11	27
MARÍA DE LOS ANGELES CASTA E	1º de febrero de 2014 a 30 de noviembre de 2014		9	28
	SUBTOTAL		36	111
	TOTAL	3	3	21
	TIEMPO CONSOLIDADO	19	11	1

De conformidad con lo anterior se advierte que la demandada acumuló un

total de 19 años, 11 meses y un día de tiempos de servicio, que en semanas equivalen a 1039 semanas, tiempo que a la luz de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 permite el reconocimiento del derecho en la tasa de reemplazo del 75% que fue concedida por la entidad demandante.

El reporte de tiempos transcritos evidencia que la pensión reconocida por el ISS se concedió con base en cotizaciones efectuadas en el sector privado. Así mismo, es importante tener en cuenta que las cotizaciones efectuadas desde el 9 de enero de 1973 al 12 de enero de 1995 no fueron simultáneas con las efectuadas por la demandante en calidad de docente oficial.

De igual manera cabe resaltar que si bien las cotizaciones privadas efectuadas desde el 1º de julio de 2011 al 30 de noviembre de 2014 sí fueron concomitantes con los tiempos públicos tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión por parte de FONPREMAG, no es posible afirmar que éstas no podían ser tenidas en cuenta, pues la demandante las cotizó como **independiente** y no en virtud de una vinculación como docente, circunstancia esta última que impondría verificar la jornada en que se prestó el servicio con el fin de establecer 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.

Aunado a lo anterior, se considera importante agregar, que si en gracia de discusión se desestimaran las semanas cotizadas por la demandada entre el 1º de julio de 2011 al 30 de noviembre de 2014, el tiempo restante cotizado en el sector privado asciende a 16 años, 8 meses y 10 días, tiempo que equivale a 868 semanas, las cuales, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 otorgan el derecho a la pensión.

En este orden de ideas, 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 proferido por FONPREMAG, pues el análisis que precede permite establecer que al demandado 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.

En suma, la Sala considera que los actos administrativos demandados no están viciados de nulidad, por lo que se impone confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

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”⁸. Posición que concuerda con la expuesta por la subsección B al señalar que su procedencia resulta “como se 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”⁹.

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

⁸ 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,

⁹ 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

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: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 1º de junio de 2020 por el Juzgado 14 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia, por Secretaría envíese el proceso al a quo, previas las anotaciones de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Patricia Salamanca
PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada

Beatriz Escobar
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

El auto anterior se notifica a las partes por Estado

Nº. 08

09 NOV 2021

JP6C