

384545

Bogotá DC., 21 de Noviembre de 2018.

Señores

**JUZGADO DIECISEIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Ciudad

OFICINA DE APOYO
JUZGADO ADMINISTRATIVO

2018 NOV 21 PM 3 02

CONSENTENCIA
RECIBIDA

Rad. 11001333501620180005600

**Medio de control nulidad y restablecimiento del derecho de EUCLIDES
ALFREDO SARMIENTO BOADA contra UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSE DE CALDAS**

JUAN PABLO MURCIA DELGADO, mayor de edad y domiciliado en Neiva, identificado con la C. C. No. 79.789.915 de Bogotá, abogado en ejercicio portador de la T. P. 97.422 C. S. de la J., en mi condición de apoderado de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS, ente universitario autónomo del nivel territorial, por intermedio del presente escrito se contesta la demanda para lo cual indicé que me opongo a las pretensiones y hechos de la demanda e interpongo excepciones de fondo contra las pretensiones de la misma que deberán ser decididas en la oportunidad procesal pertinente.

A LOS HECHOS

AL PRIMERO. ES CIERTO.

AL SEGUNDO. ES CIERTO.

AL TERCERO. ES CIERTO.

AL CUARTO. ES CIERTO.

AL QUINTO. ES CIERTO.

AL SEXTO. ES CIERTO.

AL SÉPTIMO. ES CIERTO.

AL OCTAVO. NO SE ACEPTA EL HECHO. Respecto de la mención del tiempo de servicio es cierto por cuanto la pensión de jubilación solo tuvo en cuenta tiempos de servicio para la Universidad Distrital. Pero en la pensión de vejez, reconocida a la demandante se tuvieron en cuenta cotizaciones hechas por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas como empleador público de la demandante.

AL HECHO NOVENO HASTA EL HECHO DÉCIMO PRIMERO. Se presentó demanda por parte de la Universidad Distrital que tuvo por pretensión la declaratoria de nulidad del acto administrativo de reconocimiento de pensión de jubilación; El efecto de las sentencias que definieron dichos procesos judiciales no fue otro que fue declarar la validez del reconocimiento pensional, pero aclarando que las

pensiones reconocidas por la Universidad Distrital, no son especiales, como se pretende alegar en la demanda, sino que es una demanda ordinaria, reconocida en virtud de lo definido en la Ley 33 de 1985.

AL DÉCIMO SEGUNDO. ES CIERTO

AL DÉCIMO TERCERO. ES CIERTO; Se aclara que la incompatibilidad pensional es consecuencia de verificarse que la 'pensión de vejez tuvo en cuenta semanas de cotización hechas por la Universidad Distrital en favor del demandante como servidor público.

AL DÉCIMO CUARTO Y AL DÉCIMO QUINTO. ES CIERTO. Los hechos hacen referencia al procedimiento administrativo y al recurso de reposición interpuesto en vía gubernativa.

AL DÉCIMO SEXTO. ES CIERTO. Aplicado el fenómeno de compartibilidad que es consecuencia de la subrogación pensional por aplicación de la incompatibilidad pensional, se constató que la pensión de vejez cubría y superaba el monto de la pensión de jubilación, por lo cual, en aplicación de dicha figura de compartibilidad no es requerido para la Universidad Distrital seguir cancelando la pensión de jubilación, reconocida con fundamento en tiempos de servicio.

AL DÉCIMO SÉTIMO. ES CIERTO.

AL DÉCIMO OCTAVO. No es un hecho; se refiere al cumplimiento de la conciliación prejudicial administrativa que no es requisitos para la admisión de la demanda que nos ocupa.

HECHOS QUE SUSTENTAN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda se debe hacer precisión de los siguientes hechos que se deben hacer valer dentro del proceso ordinario contencioso administrativo que nos ocupa.

1º. Por medio de Resolución No. 139 del 21 de marzo de 2000 la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, reconoció pensión de jubilación al señor EUCLIDES ALFREDO SARMIENTO BOADA, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.187.669.

2º Mediante Resolución No. 19481 del 25 de agosto de 2000 el I.S.S. hoy COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez al señor EUCLIDES ALFREDO SARMIENTO BOADA, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.187.669, por cumplir los requisitos fijados al efecto por el Sistema General de Seguridad Social dentro del sistema de prima media con prestación definida.

3º. El accionante **nunca notificó o comunicó formalmente** al ente universitario autónomo que represento, que a su favor se había reconocido pensión de vejez dentro del sistema de prima media con prestación definida.

4º. Como se demuestra con el historial de cotizaciones del sistema de prima media del señor EUCLIDES ALFREDO SARMIENTO BOADA, parte de las semanas que

sustentan la pensión de vejez son cotizaciones hechas por la Universidad Distrital, entidad pública del nivel territorial. (Se adjunta prueba documental historial de cotización.)

5°. En cumplimiento de los principios regulados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A. C.A.) Ley 1437 de 2011, mediante la Resolución 253 del 24 de mayo de 2016, se dio inicio a procedimiento administrativo, en el cual cuando concluyó se demostró que la pensión de vejez se financió parcialmente por cotizaciones hechas por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, con sustento en el historial de cotizaciones que fue aportado por COLPENSIONES.

6°. Con sustento en la interpretación dada al asunto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se determina la necesidad de declarar la incompatibilidad entre las pensiones de jubilación pagada por el ente universitario demandado y la pensión de vejez pagada por COLPENSIONES, **pues la pensión de vejez no fue financiada exclusivamente por cotizaciones hechas por patronos particulares**, decisión que se adoptó en la Resolución 722 del 29 de diciembre de 2016 y Resolución 155 del 31 de marzo de 2017, por medio de la cual se resolvió la vía gubernativa interpuesta por el accionante el 31 de enero de 2017.

7°. Declarada la incompatibilidad pensional en virtud de lo reglado en el Artículo 128 de la Constitución Política, se dio la oportunidad al pensionado de escoger la prestación que le resultará más favorable en virtud de lo preceptuado en los artículos 31 del Decreto 3135 de 1968 y 88 del Decreto 1848 de 1969, por el término prudencial de 10 días hábiles que vencieron el 20 de febrero del 2017 sin que el accionante haya hecho manifestación al respecto.

8°. A la fecha no se ha aplicado la compartibilidad por subrogación pensional que demanda la incompatibilidad entre las mesadas pensionales, por lo cual, no es posible que el accionante determine que a la fecha se le haya causado un perjuicio irremediable por no haber afectación patrimonial.

9°. La pensión del accionante actualmente pagada por COLPENSIONES es la suma de \$5.329.957; la pensión de jubilación que cancela la Universidad Distrital cuyo valor mensual es \$3.016.933, por lo cual los efectos de la compartibilidad plena será que el riesgo de vejez deberá ser asumido por COLPENSIONES dentro del sistema media con prestación definida, liberando al empleador del pago de la pensión de jubilación.

10°. Deberá recordarse, **que la medida administrativa, se sustenta en un actuar plenamente justificado, acogiendo un mandato constitucional conforme al cual ninguna persona puede ganar una doble erogación del tesoro público** salvedad de las excepciones reconocidas en la Ley, consagrado en el artículo 128 de la Constitución Política.

11°. Se declara la incompatibilidad pensional en virtud de la Resolución 722 del 29 de diciembre de 2016, contra la cual se interpuso recurso de vías gubernativa resuelto mediante la Resolución 155 del 31 de marzo de 2017. La pensión de vejez se otorga en virtud de la Resolución 19481 del 2000 con fundamento en 1125 semanas, de las cuales la Universidad demandada cotizó 230 Semanas. Siendo el sustento de la pensión 1000 semanas conforme se discrimina en el acto que reconoce la pensión de vejez descontadas las semanas cotizadas por la

Universidad pública, no se completan el mínimo de 1000 semanas que exige el ordenamiento jurídico para el reconocimiento de la pensión de vejez lo cual sustentaría la incompatibilidad pensional.

A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para lo cual solicito se decreten las excepciones de mérito o de fondo que se expondrán a continuación. Así mismo, solicito se condene en costas a la parte demandante.

EXCEPCIONES DE FONDO

INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD QUE AMPARE LAS PRETENSIONES.

A) De la inexistencia de causal de violación del debido proceso administrativo y del debido proceso judicial.

Desde el inicio del procedimiento administrativo se advirtió al señor EUCLIDES ALFREDO SARMIENTO BOADA que respecto de él la Universidad Distrital Francisco José de Caldas es una verdadera entidad de previsión social, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era una entidad pública del nivel territorial que tenía a su cargo el pago de las pensiones de sus empleados públicos que ampararan El riesgo común de vejez y muerte.

Así las cosas, como entidad responsable de la pensión de jubilación está obligada a no quebrantar la prohibición del artículo 64 de la Constitución anterior, hoy 128, de percibir dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues dichos pensionados perciben otra pensión (de vejez) por parte del Seguro Social hoy COLPENSIONES. Lo anterior, porque es claro que ni en vigencia del régimen constitucional anterior (art. 64) ni en el actual (art. 128), procede el reconocimiento de dos o más asignaciones que provengan del tesoro público, como sería el pago de dos pensiones originadas en servicios oficiales que tengan la misma causa: la de jubilación y la de vejez que cubren igual riesgo.

Señala en su demanda que la Universidad no tiene competencia para determinar y declarar la incompatibilidad pensional, presupuesto de la aplicación de la subrogación pensional por la compartibilidad entre las dos prestaciones. Valga la pena señalar que desde el punto de vista normativo no existe ninguna norma que obligue a que la declaratoria de incompatibilidad se haga mediante una pretensión judicial ya través de un proceso declarativo.

Señala el apoderado como razones fácticas y jurídicas que prueban la compatibilidad, la INCOMPETENCIA del centro educativo para declarar la incompatibilidad pensional y subrogación de una pensión de jubilación reconocida al señor EUCLIDES ALFREDO SARMIENTO BOADA, obtenida como docente, y por tanto, empleado público de la Universidad y la de vejez reconocida por el ISS como profesor de tiempo parcial o de hora cátedra por los servicios prestados al sector privado, manifiesta que la controversia jurídica sobre si las dos pensiones

son o no compatibles le compete exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o por la vía acción de lesividad.

Enuncia el mandatario que la Resolución impugnada, incurre en una clara contradicción e incongruencia y porque no decir, en una clara rebeldía y violación a los artículos 10, 102 y 269 del C.P.A.C.A., por ende solicita que los actos administrativos demandados sean declarado nulo.

Pero no solo desde el punto de vista normativo debe entenderse que no es posible limitar el uso de esta facultad al Juez Contencioso Administrativo, pues tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado evidencian que no es así. El Tribunal Constitucional en sentencia T-1117 de 2003:

Dado el silencio sobre este punto en el régimen legal vigente en caso de las pensiones compartidas, las tres alternativas son posibles. En algunos casos, en el acto de reconocimiento de la primera pensión, se obliga al beneficiario a informar a la entidad inicialmente obligada tan pronto ocurra el segundo reconocimiento. En otros, la entidad que hace el segundo reconocimiento, informa de dicho reconocimiento al antiguo empleador. También es posible que el antiguo empleador revise periódicamente los datos sobre quiénes están en el régimen de pensión compartida, para determinar si se ha producido la subrogación.

No existiendo norma legal que expresamente determine la obligación del particular de informar a su antiguo empleador acerca de su nueva condición de pensionado de la entidad de seguridad social, debe darse aplicación directa a los principios constitucionales y a las normas básicas de comportamiento que exige una sociedad respetuosa de los derechos ajenos y de no abuso de los propios (Artículo 95, CP) y la presunción de buena fe en sus actuaciones (Artículo 83, CP). En ese sentido, la presunción de buena fe se erige como principio constitucional que debe acompañar las actuaciones desarrolladas por los particulares y por las mismas entidades públicas, en todos los actos y particularmente en las gestiones que los administrados adelanten ante la administración.

...

No obstante lo anterior, tanto al empleador que reconoció inicialmente la pensión de jubilación, como a la entidad de seguridad social que posteriormente reconozca la pensión de vejez, les corresponde asumir una conducta diligente que permita un intercambio adecuado de información, de manera tal que aseguren el reconocimiento y pago oportuno y completo de las prestaciones a su cargo, así como la definición precisa del monto de la parte de la mesada pensional a que están obligados.

Ahora bien, fruto del intercambio de información entre entidades o de la información que allegue el beneficiario, es posible establecer de manera objetiva el monto prestacional a cargo de cada una de ellas, y determinar si la obligación en cabeza del patrono se extinguió o si fue asumida en parte por la otra entidad. Definida esta situación, el ex empleador podrá expedir el acto administrativo que modifique el acto de reconocimiento, en el que indique el nuevo valor de la pensión a su cargo, identifique el acto de reconocimiento de la pensión expedido por la entidad de seguridad social, el

monto de la pensión reconocida por ésta, el valor de la obligación que subsiste a su cargo, y los recursos que caben contra dicha decisión.

En este evento no será necesario obtener previamente el consentimiento del titular del derecho para proferir el acto administrativo, como ocurre en los casos de suspensión o revocatoria unilateral de actos administrativos que reconocen situaciones de carácter particular o concreto, que afectan los intereses del titular de los derechos emanados dicho acto, y según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación requieren del consentimiento expreso del titular, o la decisión de la justicia ordinaria.

Dado que por expresa prohibición constitucional, “nadie podrá (...) recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley” (Artículo 128, CP), y que el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo establece la obligación de revocar los actos administrativos que contraríen manifiestamente la Constitución o la Ley, la entidad que expidió el acto original de reconocimiento de la pensión, podrá modificar dicho acto y precisar el monto de la obligación que continúa estando a su cargo, evento en el cual no se requiere el consentimiento del particular beneficiario porque no se trata propiamente de la revocatoria directa de un acto que reconoció un derecho. No obstante, el acto administrativo que modifique el monto de la mesada pensional a cargo de la entidad originalmente obligada a su pago, no puede llegar a desconocer el derecho del beneficiario a la pensión, ni a exonerarse totalmente de su pago cuando subsista a su cargo el mayor valor de la pensión compartida. La entidad sólo está autorizada a modificar unilateralmente el acto administrativo en aquella parte que manifiestamente contraría la prohibición de doble asignación que establece la Constitución. El nuevo acto administrativo que emite la entidad inicialmente obligada al pago total de la pensión, se limita a modificar el monto de la mesada pensional para ajustar su pago a lo que prescribe la Constitución. En todo caso, y con el fin de garantizar el debido proceso, en dicho acto deberá informar al beneficiario las entidades responsables de continuar con el pago la pensión, los montos a cargo de cada entidad y los recursos que caben contra esa decisión.

Cuando las entidades responsables del pago de las mesadas pensionales no han intercambiado la información necesaria para ajustar sus obligaciones pensionales a lo legalmente debido, ni han sido informadas por el beneficiario de la situación, y se ha producido un pago de lo no debido, tampoco puede el beneficiario apropiarse de lo que ha sido pagado en exceso. La recuperación de los dineros pagados en exceso, podrá hacerse por los mecanismos legales y judiciales existentes. Al definir la forma como tales montos deben ser devueltos, la entidad deberá evaluar la buena o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado, entre otros criterios encaminados a no desconocer el derecho al mínimo vital del beneficiario.

En cuanto a esta facultad, la jurisprudencia del Consejo de Estado en providencia del 21 de abril de 2005, Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01185-01(680-99) se señala:

Cuando el Instituto de Seguros Sociales asume el riesgo de vejez, sustituye a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y, en consecuencia, el goce de la pensión de jubilación en estos casos es incompatible con la pensión de vejez. No se trata de la compatibilidad de pensiones, como lo pretende hacer ver el demandado, pues lo cierto es que la situación que se presenta es una sustitución de la entidad encargada de asumir tal obligación y es por eso que resulta improcedente que simultáneamente se pueda gozar de la pensión de jubilación reconocida por las E.P.M. y la de vejez conferida por el I.S.S., puesto que ello contraría la prohibición Constitucional consagrada en el artículo 128. En este caso, tanto la pensión de vejez que fue reconocida por el I.S.S. y la de jubilación a cargo de las E.P.M. - E.S.P., se generan por la misma causa y para amparar el mismo riesgo: la eventual pérdida de la capacidad para trabajar por razón de haber llegado a determinada edad, luego mal puede percibir, por un mismo motivo, dos veces la misma prestación, ya que ello contraría la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política. Así las cosas, concluye esta Sala que el status de pensionado reconocido al actor tanto por el I.S.S. como por las E.P.M., derivó de servicios oficiales y, aún más, del mismo tiempo de servicio, lo cual permite afirmar que las pensiones que se reconocieron deben considerarse como erogaciones del tesoro público y, en consecuencia, su percepción simultánea resulta incompatible. Ahora, como se dijo, si una de las pensiones resultaba de mayor cuantía, ella debía ser respetada y era obligación de la entidad que reconocía la pensión, en los términos legales previstos para los servidores públicos, el pago de la diferencia, hecho que plasmó en los actos acusados ante el Tribunal, por tratarse de un ajuste de las obligaciones a cargo de cada una de las entidades pagadoras de la pensión, pues el derecho surgió de la misma causa. No existe pues duda, que las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. se ajustaron en un todo a derecho cuando se declaran subrogadas parcialmente en el pago de la pensión de jubilación y ordenan el pago del mayor valor pensional a cargo de esa entidad. En esas condiciones, el recurso extraordinario de revisión deberá prosperar y la sentencia impugnada será infirmada para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

Es necesario tener en cuenta que desde el punto de vista objetivo la aplicación de la subrogación, es una consecuencia directa de la incompatibilidad pensional; es decir, no resultaría legítimo que una entidad estatal aplicara un descuento en una pensión de jubilación, sin haberse determinado si la pensión de jubilación es realmente incompatible con la pensión de vejez, pues desde el punto de vista del respeto de los derechos fundamentales la subrogación o reliquidación de la pensión es una decisión netamente patrimonial y consecuencial de la incompatibilidad, que es una medida que se declara para garantizar la aplicabilidad del mandato contenido en el artículo 128 de la Constitución Política.

Por lo tanto, no existe razón en el decir del demandante conforme al cual la declaratoria de incompatibilidad es exclusiva de los jueces administrativos, pues para poder aplicar la subrogación, es necesario iniciar un procedimiento administrativo, evidenciar la incompatibilidad entre una pensión de jubilación y una pensión de vejez, y consecuencialmente aplicar la subrogación que tiene desde el punto de vista jurídico, los mismos efectos de una compatibilidad pensional.

A la contestación de la demanda se adjunta el expediente del procedimiento administrativo que demuestra el cumplimiento de la competencia administrativa, y el cumplimiento de los trámites que conforme a la Ley 1437 de 2011 se deben adelantar para tomar la decisión administrativa de declarar la incompatibilidad y de aplicar la subrogación entre las pensiones de jubilación o de vejez.

Adicionalmente, debe recordarse que la jurisdicción contencioso administrativa, respecto de la legalidad de actos administrativos generales o particulares y concretos, no es una jurisdicción declarativa, sino una jurisdicción constitucionalmente está estructurada para revisar la legalidad de la decisión administrativa.

Lo que señala la demanda, es propio de medios de control declarativos como los son la reparación directa y las controversias contractuales, que son los medios instituidos para obtener declaraciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; por ello se deben analizar los artículos 103 y 104 de la Ley 1437 de 2011¹.

¹ **Artículo 103. Objeto y principios.** Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.

Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.
2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.
3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.
4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.
5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.
6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.
7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Desde el punto de vista objetivo es claro, que al tenor de las normas referidas, no le competen desde el punto de vista del uso de competencias al Juez Contencioso Administrativo, hacer declaraciones respecto de las vicisitudes que se presenten entre la entidad pública y el funcionarios público o el ex servidor público; en este caso, la jurisdicción hace un control posterior, en el cual, determina si la decisión administrativa está o no ajustada a las normas superiores, de rango constitucional y legal en que debían fundarse.

Por lo tanto, no podría la entidad pública demandada, acudir a la jurisdicción para que se declare la incompatibilidad pensional, pues no existe el medio de control que en el ordenamiento jurídico permita dicha situación, primero porque la jurisdicción contenciosa no está instituida desde esa lógica; pero adicionalmente, porque la incompatibilidad no presume la ilegalidad del reconocimiento pensional, sino que es consecuencia de la existencia de dos prestaciones que nacen a la vida jurídica independientemente por la solicitud que hace el pensionado.

La primera, que reconoce el patrono, que es la pensión de jubilación que se otorga al amparo de cumplir requisitos de tiempo de servicio y edad en régimen vigente anterior a la Ley 100 de 1993; la segunda prestación de vejez otorgada por el sistema general de seguridad social, al amparo de normas generales aplicables a los servidores públicos.

Puede verificarse que al otorgarse dichas prestaciones no se tuvo en consideración la posibilidad existencia de la otra prestación, por lo cual, no es posible para la Universidad Distrital solicitar se declare la incompatibilidad, pues no tiene la acción o medio de control para hacerlo.

Así, la declaratoria de incompatibilidad y el efecto patrimonial subsiguiente de dicha declaratoria que es la subrogación pensional, compete a la entidad de previsión social responsable del pago de la pensión de jubilación, por lo cual no tiene sustento el argumento de nulidad deprecado en contra de los actos demandados y del procedimiento administrativo adelantado.

B) LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LAS PRESTACIONES QUE AMPARAN EL RIESGO COMÚN DE VEJEZ.

Nuestro ordenamiento jurídico siempre ha aceptado determina que el trabajo es una actividad que conlleva un riesgo social por enfermedad, discapacidad y muerte que merece ser protegido por un sistema de aseguramiento y conforme al cual, los aportes que se hacen a dicho sistema, no son, ni del tesoro público, ni del trabajador, ni mucho menos del empleador. Así se ha reconocido por la Corte Constitucional, que refiriéndose al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Sentencia C-577 de 1.995, indica que el sistema de aseguramiento es aplicable a los demás sistemas de cobertura de los riesgos de vejez, profesionales y de salud; señala la providencia judicial ya referida:

“(...) La cotización para seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización

no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

“Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el presupuesto Nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud (...).”

Se ha entendido y aceptado por las altas cortes en nuestro país que los aportes de seguridad social son una carga tributaria con destinación específica que se asemeja más a un aporte parafiscal, por la destinación específica de la misma. Pero dicho concepto se enmarca también en que al reconocerse que la seguridad social es un servicio público, que contiene derechos irrenunciables, y que define con especificidad que dichos recursos no son parte del tesoro público, concepto reconocido por la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del literal b del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, mediante Sentencia C-378 de 1998. Señala la providencia:

“Los aportes que administra el Instituto, así como sus rendimientos, en razón a su naturaleza parafiscal no pueden reputarse de propiedad ni del ente administrador ni del Estado. Corolario de lo anterior, es que la definición según la cual, en el régimen solidario con prestación definida “Los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública” no puede entenderse en el sentido que lo hace el actor. Pues esa característica, por la naturaleza misma de los aportes que lo integran, en ningún momento, puede implicar que la Nación pueda apropiarse de estos recursos ni mucho menos, que puedan recibir el tratamiento que se da a los ingresos ordinarios del Estado. La Corte entiende que la definición que el inciso acusado hace del fondo común en el régimen de prima media con prestación definida como de naturaleza pública, es para denotar su contraposición con el régimen de ahorro individual, donde cada afiliado posee su cuenta de ahorro individual y como tal, su aporte no es utilizado para garantizar las pensiones de otros afiliados. A diferencia de lo que sucede con el régimen de prima media con prestación definida, en el cual, los aportes

entran a formar parte de un fondo común que pertenece a todos los afiliados."

La Ley 100 de 1993 marco una reforma sustancial al amparo de contingencias y riesgo sociales comunes de enfermedad, vejez y muerte, que constituye el reconocimiento de trasladar dichos riesgo del patrono y del mismo trabajador, al sistema de seguridad social integral, el cual se financia con cotizaciones obligatorias y que se hacen en virtud de la existencia de una relación laboral, sin importar si ella es pública o privada. Se sustenta esta afirmación en los artículos 9º y 48 de la ley 100 de 1993, como por el literal m) del artículo 2º de la ley 797 de 2003, modificatorio parcialmente del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En dicho sistema, es norma y principio que el amparo de los riesgos comunes de vejez, enfermedad o muerte deben ser amparadas por una cotización mensual.

En caso de no verificarse dicha circunstancia, estamos en el terreno de la compatibilidad pensional, que consiste en la posibilidad legítima que tiene una persona de recibir dos pensiones que amparen su mismo riesgo común.

Y respecto del tesoro público, además que dicho pago no esté en contradicción del artículo 128 de la Constitución Política, o al menos, amparado en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992².

Aceptándose entonces, que los recursos son del sistema y no del tesoro público, se debe concluir que el hecho que el I.S.S. hoy COLPENSIONES otorga la pensión de vejez al demandante EUCLIDES ALFREDO SARMIENTO BOADA en el sistema de prima media con prestación definida

La pensión de vejez se otorga como consecuencia de aportes de los patronos o empleadores del pensionado, por lo cual este tipo de pensión puede ser compatible con la pensión de jubilación otorgada por otra entidad estatal, pues la jurisprudencia entiende que en estas asignaciones la prohibición del Artículo 128 superior, se aplica teniendo como determinante el origen de la cotizaciones, es decir, que la incompatibilidad constitucional se presenta cuando ambas asignaciones tienen como fuente el servicio público y son sufragadas total o parcialmente por el tesoro público.

² **Artículo 19º.-** 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:

1. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
2. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
3. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
4. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra; (Ver Artículos 73 y ss. Ley 30 de 1992).
5. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.
6. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.
7. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

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

Estos conceptos fundamentan la práctica de pruebas y el procedimiento administrativo adelantado, pues no se puede afirmar, per se, que el hecho de ser el I.S.S. hoy COLPENSIONES, quien haga el reconocimiento de la pensión de vejez, determine la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, pues la pensión de vejez es financiada con recursos parafiscales y, por consiguiente, tampoco podría entenderse que las pensiones reconocidas por cotizaciones así financiadas, constituyen asignaciones pagadas con recursos del tesoro público.

Por lo anteriormente explicado, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, señalan la compatibilidad de estas pensiones, es decir, de la pensión de vejez reconocida por el I.S.S. hoy COLPENSIONES, con las pagadas por otras entidades oficiales, pero bajo la condición de que ellas hayan tenido orígenes diferentes, es decir, que una sea fruto de servicios prestados al sector privado y otra consecuencia de servicios prestados al sector público.

Sustentan este argumento de defensa, y el trámite adelantado por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, entre muchos, los siguientes pronunciamientos del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

2. Respecto del actor, la cuestión surge como consecuencia de que el ISS no reconoce y paga la pensión de vejez sino con determinada cantidad de semanas cotizadas y con 60 años de edad.

*De ahí que al reunirse los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación le corresponda al Sena reconocerla, como en efecto lo hizo en este caso, pero con la expectativa de verse liberado, al ser el actor titular de la pensión de vejez que le pague el ISS, de la obligación de tener que seguir cubriendo en su totalidad la pensión de jubilación, para solo satisfacer la diferencia, si la hubiere, entre la de jubilación y la de vejez, porque para eso pagó las cotizaciones a dicho Instituto, sin que obviamente exista el derecho del demandante de percibir las ambas, porque con excepción de la pensión “gracia” de los docentes, ningún **servidor público** tiene derecho a recibir dos pensiones, **por el mismo tiempo de servicio**.*

3. Por ello no es pertinente al caso la jurisprudencia que el actor citó en su demanda de la Corte Suprema de Justicia, porque allí se trató de servicios prestados al Estado que generaron pensión de jubilación a cargo de la Caja Nacional de Previsión, y de tiempo laborado en el sector privado que originaron la pensión de vejez que reconoció el ISS, mientras que aquí el demandante solo prestó servicios al Sena.

*4. La circunstancia cierta de que la pensión de jubilación que reconoció el SENA y la pensión de vejez que reconoce el ISS sean diferentes, en cuanto a los requisitos de su causación y entidad pagadora, no significa que el demandante tenga derecho a percibir las ambas sin que sean compartidas, porque ello implicaría que, **por el mismo tiempo de servicio** y sin que ninguna norma legal lo autorice, con excepción de la pensión gracia de los docentes, se causaran con cargo al tesoro público, dos pensiones y tal lo prohíbe el artículo 128 constitucional.*

El anterior pronunciamiento de la Sección Segunda - SUBSECCION A. Consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, del 6 de septiembre de 2001 dentro de la Radicación número: 11001-03-25-000-1997-3677-01(1275-99). En sentencia del Bogotá, D.C., primero de marzo de 2012, radicación número: 17001-23-31-000-2009-00102-01(0375-11) se señaló por la corporación:

Es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares. No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el ISS incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del “tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado” y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público. En el sub lite se encuentra demostrado que el actor disfruta de una pensión de vejez reconocida por el ISS que incluyó los tiempos laborados por éste como trabajador independiente, empleado público del Municipio de Manizales y Médico del Instituto de Seguros Sociales, es decir, que su pago incluye dineros de entidades públicas que actuaron como “patronos”. Teniendo en cuenta lo anterior no es posible acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación que pretende el actor con cargo a la Universidad de Caldas porque en el caso específico violaría lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política que prohíbe la recepción de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público. La Ley 100 de 1993 establece que los afiliados que cumplan la edad de pensión pero no reúnan los demás requisitos tendrán derecho a la devolución de saldos, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, o a la indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida.

En reciente pronunciamiento de la SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del 19 de febrero de 2015, enfatizó el máximo tribunal:

De lo anterior se concluye que es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares³.

³ Sobre este tema en particular la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto de 8 de mayo de 2003, C. P. doctora Susana Montes de Echeverri, radicado No. 1480, sostuvo: “(...) no se configura ninguna incompatibilidad entre la recibir sueldo en un cargo público y pensión de vejez, pues no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se pagan estas últimas a cargo del ISS, provienen o de los aportes patronales y de los aportes del trabajador efectuados antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993, o son recursos parafiscales aportados después de su vigencia, aunque es el ISS, en calidad de administrador de pensiones o del sector privado o de los afiliados al Sistema General de Pensiones, quien reconoció y se encuentra pagando las mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores, bien porque en el régimen anterior hubieren cumplido los requisitos de tiempo de cotización y edad al servicio del sector privado, o bien las semanas de cotización en cualquier sector después de la vigencia de la ley 100.

(...)

Pero, otra cosa muy diferente es que, como se explica ampliamente más adelante en este concepto, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1.993, **se prohibió en el país** y, en términos generales, la vinculación laboral, tanto al sector público como al privado, de quienes tengan derecho a una pensión de vejez, salvo, desde luego, las excepciones establecidas expresamente en la ley respecto de algunos cargos públicos.

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, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado”** y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público.

En un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares al presente, la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación concluyó:

“La anterior jurisprudencia es aplicable al caso concreto. En efecto, se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente: una, la que reclama el actor del Fondo de Prestaciones del Magisterio y otra la que recibe del ISS; la primera obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber cotizado como trabajador independiente, lo cual conduce a indicar que las dos pensiones son 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.”.

En respeto del mandato contenido en el Artículo 128 de la constitución política las pensiones de jubilación pagada por el patrono y la de vejez pagada por sistema de prima media con prestación definida **serán incompatibles** cuando el resultado de las mismas sea consecuencia de cotizaciones por servicios prestados al sector público pues, en tales condiciones, se estaría disfrutando del mismo derecho dos veces por la misma causa, entendido esto como la obtención del derecho en virtud del servicio público.

Conforme las pruebas obrantes en el proceso administrativo que nos ocupa, se determinó mediante el listado de cotizaciones hechas a favor del señor EUCLIDES ALFREDO SARMIENTO BOADA que parte de las cotizaciones para adquirir ese derecho se hicieron por la Universidad Distrital al amparo de una relación laboral.

Por lo cual, debe concluir que las dos prestaciones son incompatibles, declaración administrativa que tiene pleno sustento normativo y jurisprudencial que se hace precisamente para dar aplicabilidad al artículo 128 de la Constitución Política de Colombia.

El listado de cotizaciones es aportado como prueba al proceso judicial dentro del expediente administrativo que sustentó la decisión que nos ocupa, y que es prueba irrefutable de la incompatibilidad pensional, pues las semanas cotizadas por el ente universitario demandado fueron parte integral del cúmulo de semanas que sustenta la pensión de vejez.

(...)

Como se dejó explicado en el aparte 2 de este concepto, hasta la vigencia de la ley 100 de 1.993 los máximos tribunales de justicia, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, habían señalado que los aportes efectuados por los trabajadores y los patronos del sector privado al ISS eran de índole privada y, por lo mismo, las pensiones que con tales recursos se pagaran no provenían del tesoro público y, por ello, eran compatibles con cualquier otra asignación provenientes de éste. Se dijo, entonces, que el ISS resultaba ser un simple administrador de recursos de índole privada. Por el contrario, se entendió que las pensiones pagadas por las entidades de previsión del sector público constituían asignaciones provenientes del tesoro público.

(...).

Dichas semanas deben ser asumidas en forma integral, no siendo posible su segregación, por lo cual, es forzoso concluir que las pensiones de jubilación y de vejez son incompatibles.

Es necesario también tener en cuenta que la declaratoria de incompatibilidad es consecuencia del actuar del demandante, quien ocultó, o al menos no dio oportuno aviso a las entidades responsables del pago de sus pensiones, siendo evidente que el I.S.S. tampoco fue informado de la que el demandante era beneficiario de la pensión de vejez, pues al determinarse que la parte demandada perdió su naturaleza de entidad de previsión social, es evidente que del mismo modo en vigencia de la Ley 100 de 1993, de haberse evidenciado que el demandante era beneficiario de una pensión de jubilación era forzoso haber denegado la pensión de vejez precisamente por haber sido las pensiones incompatibles.

Basta mencionar que respecto del mandato constitucional, no es posible alegar condiciones de favorabilidad no avaladas e inexistentes en el ordenamiento jurídico, como tampoco puede pretender el demandante argumentar que al amparo del régimen de transición es beneficiario de una excepción a la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público.

En primera medida el principio constitucional de favorabilidad laboral es aplicable a favor del trabajador cuando desde el punto de vista de su aplicación exige que no riña con normas superior o este en contradicción con el ordenamiento jurídico, aspecto que se verifica en el caso que nos ocupa.

En cuanto al régimen de transición, la aplicabilidad del mismo lo único que otorga es el reconocimiento de la existencia de derechos consolidados, aspecto que no se verifica en el caso que nos ocupa, pues en vigencia de la Ley 100 de 1993, evidenciado que el demandante era beneficiario de la pensión de jubilación pagada por su patrono público, podía exigir el reconocimiento de una pensión de vejez, si y solo si, demostraba que las cotizaciones de la pensión de vejez eran hechas exclusivamente por patronos privados o por el mismo pensionado como trabajador independiente. Ninguno de dichos supuestos se demuestra en el caso que nos ocupa.

Para terminar, la condición de docente universitario y la regulación especial del Decreto Ley 80 de 1980, por la cual se permite que dichos ex servidores públicos tengan más de una vinculación, no avala ni configura una excepción al mandato contenido en el artículo 128 de la Constitución Política, en primera medida porque dicha excepción no está planteada en el ordenamiento jurídico, pero adicionalmente porque el derecho a percibir la pensión de vejez se consolidó en vigencia de la Ley 100 de 1993 con aplicación del régimen de transición en virtud del cual la pensión se otorga por la normas del decreto 758 de 1990, en el cual no se define una excepción a la prohibición de recibir doble erogación del tesoro público, y porque en ella por el contrario, se plantea un régimen estricto de compartibilidad pensional del cual no es beneficiario la parte demandada como Ente Universitario Autónomo y patrono del demandante, lo que obligaba necesariamente al no reconocimiento de la pensión de vejez, una vez se verificara que el pensionado era beneficiario de la pensión de jubilación.

EXCEPCIÓN GENÉRICA

En virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, frente a los poderes oficiosos del juez es necesario afirmar que lo fundamental no es la relación de los hechos que configuran una determinada excepción, sino la prueba de los mismos, por ende, si el juez encuentra probados los hechos que lo constituyen deberá reconocerla oficiosamente.

Por lo anterior, solicito al señor juez ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

PRUEBAS

DOCUMENTAL.

En cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 175 numeral 4º de la Ley 1437 de 2011 con la contestación de la demanda se aporta copia de la actuación administrativa, expediente que incluye copia auténtica u original de los actos administrativos demandados incluyendo pruebas practicadas, consideraciones expuestas por la parte demandan y recurso de vía gubernativa. Los documentos enunciados se adjuntan en expediente que consta de 156 folios.

Historial de cotizaciones del demandante EUCLIDES ALFREDO SARMIENTO BOADA al sistema de prima media con prestación definida expedido por COLPENSIONES.

NOTIFICACIONES

Al suscrito abogado en la secretaría de su despacho o en la diagonal 46 A No. 16-26 oficina 501 de la ciudad de Bogotá. Correo electrónico murciajuanpablo@gmail.com.

La Universidad Distrital Francisco José de Caldas en la carrera 7 No. 40-53 piso 10 de la ciudad de Bogotá DC. Buzón de notificaciones electrónicas: notificacionjudicial@udistrital.edu.co

Cordialmente,



JUAN PABLO MURCIA DELGADO
C.C. No. 79789915 de Bogotá
TP. No. 97422 C. S. de la J.