CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 16 de marzo de 2017

Expediente: 25-000-23-42-000-2012-00275-01
N.º Interno: 1078-2014
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Madeleine Sánchez de Santamaría
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fiduprevisora S.A.

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-026-2017

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Madeleine Sánchez de Santamaría en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.[1]

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas art. 180-6 CPACA

> «[…] Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte

[1] Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

> demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo […]»[2]

A folios 119 a 122 y CD a folio 126 A, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

El *a quo* declaró no probadas las excepciones denominadas: i) «falta de legitimación en la causa por pasiva» y, ii) «inepta demanda por falta de requisitos formales»; propuestas por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Previsiones Sociales del Magisterio.

Así mismo, declaró probada la excepción de «falta de legitimación en la causa por pasiva» propuesta por la Fiduprevisora S.A. y ordenó desvincularla del proceso.

Contra las anteriores decisiones no se presentaron recursos.

Fijación del litigio art. 180-7 CPACA

> «[…] La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última.[…]»[3]

A folio 122 y CD a folio 126 A en el presente caso en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de las pretensiones, los hechos relevantes y el problema jurídico, así:

Pretensiones

---

[2] Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.* EJRLB.
[3] Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

«[…]

1.- Declarar la nulidad de la Resolución 1311 de 8 de abril de 2011 expedida por el Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se negó a la demandante el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez el 28 de abril de 2011.

2.- Declarar la nulidad de la Resolución 3365 de 22 de junio de 2011 por la cual se confirmó la decisión anterior.

3.- Declarar la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de invalidez de la señora Madeleine Sánchez de Santamaría […]»

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

«[…]

1.- Condenar al Fondo Nacional de Previsiones Sociales del magisterio y a la Fiduciaria La Previsora S.A. a reconocer y pagar a la demandante la mesada pensional correspondiente al último salario, con todos los factores salariales, que devengó antes de la fecha de la estructuración de la invalidez, decretando los reajustes a las mesadas pensionales mes a mes a que tenga derecho.

2.- Condenar al Fondo Nacional de Previsiones Sociales del magisterio y a la Fiduciaria La Previsora S.A. a reconocer y pagar a la demandante las mesadas pensionales generadas desde la fecha de la estructuración de la invalidez, con los reajustes de las mesadas pensionales mes a mes, a que tenga derecho hasta la actualidad.

3.- Condenar a las entidades demandadas a pagar a la demandante los intereses moratorios e indexación sobre las sumas que resulte adeudar el ente demandado. Así mismo condenar en costas a la entidad demandada […]».

Hechos relevantes según la fijación del litigio.

«[…]

1. Por medio de la Resolución 6511 de 23 de diciembre de 2010 se le reconoció a la demandante pensión vitalicia de jubilación a partir del 16 de abril de 2010.

2. Posteriormente a la fecha de la causación de la pensión de jubilación la demandante continuó laborando como docente para la Secretaría de Educación de Bogotá.

3. Por concepto médico laboral de 29 de noviembre de 2010 se determinó la pérdida de capacidad laboral del 96%, con estructuración de la invalidez en la misma fecha.

4. A través de la Resolución 13956 de 1.° de diciembre de 2010 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá se retiró del servicio a la demandante, como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral.

5. El 8 de marzo de 2011 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición que fue negada mediante los actos administrativos demandados […]»

Problema jurídico fijado en el litigio.

> «[…] Determinar si la demandante, en calidad de docente oficial, tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez de forma simultánea con la pensión d23e jubilación que en la actualidad percibe, o si por el contrario, los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a derecho […]»

SENTENCIA APELADA[4]

El *a quo* profirió sentencia en la audiencia inicial el 1.° de abril de 2014 en la cual denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos.

Afirmó que las pensiones de jubilación e invalidez son incompatibles entre sí y, el empleado podrá optar por la más beneficiosa en virtud de la prohibición señalada en el artículo 128 de la Constitución Política de percibir más de dos erogaciones del tesoro público, de la cual se exceptúa para los docentes la compatibilidad entre la pensión de jubilación, la pensión de gracia y el salario que pueden seguir percibir hasta la edad de retiro forzoso.

Señaló que las pensiones de jubilación e invalidez para los docentes tienen la misma finalidad, es decir, cubrir las contingencias del empleado y brindarle una congrua subsistencia al trabajador que haya perdido la capacidad laboral por enfermedad o haya cumplido los requisitos de edad y tiempo señalados en la ley, según el caso.

RECURSO DE APELACIÓN[5]

La demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, porque el *a quo* desconoció que ella goza de un régimen especial de seguridad social señalado en la Ley 91 de 1989, por tanto son compatibles las pensiones de jubilación e invalidez, máxime cuando se presentan derechos adquiridos para percibir esta última prestación según el artículo 2 de la Ley 4 de 1992.

Consideró que tal como lo señala la Corte Suprema de Justicia[6], las dos prestaciones provienen de una causa jurídica diferente, están

---

[4] Minutos: 0:22 a 32:36 del cd que contiene la audiencia inicial que obra a folio 126 A del expediente.
[5] Folios 127 a 134
[6] Sentencia 33550 de 1 de diciembre de 2009, Magistrado ponente Camilo Tarquino Gallego.

destinadas a cubrir un riesgo distinto, son pagadas por entidades distintas, no son excluyentes y por tanto, se debe aplicar este criterio para el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de la demandante en aplicación del principio de favorabilidad y progresividad en materia pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante[7]: Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: No presentó alegatos de conclusión en segunda instancia tal como consta a folio 199 del expediente.

Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto en esta instancia, tal como consta a folio 199 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[8], el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problema jurídico

[7] Folios 192 a 198

[8] El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

El problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿La señora Madeleine Sánchez de Santamaría en calidad de docente oficial, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a pesar de que ya le fue reconocida la pensión de jubilación?

2. ¿Es procedente aplicar el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 1.° de diciembre de 2009[9], que contempla la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de jubilación y la de invalidez?

Primer problema jurídico

¿La señora Madeleine Sánchez de Santamaría en calidad de docente oficial, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a pesar de que ya le fue reconocida la pensión de jubilación?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez toda vez porque ésta y la pensión de jubilación son incompatibles, como a continuación se argumenta.

Compatibilidad pensional de los docentes

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

> «[…] Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren

[9] Radicación 33558, Magistrado Ponente Camilo Tarquino Gallego.

> a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación […]»

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

> «[…] El régimen prestacional y aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial […]»

A su vez, el parágrafo 2.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, trae como excepciones a la aplicación del régimen de seguridad social, entre otros, a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio «[…] cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración […]»

Finalmente, el artículo 128 de la Constitución Política señala:

«[…] Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en la que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas […]»

En las anteriores condiciones, conforme al artículo 5 del Decreto 224 de 1992 y el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979, el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos

docentes, es decir, permite respecto de los docentes percibir la pensión de jubilación y el salario.

De lo anterior se colige, tal como lo ha reiterado esta Corporación[10] que es improcedente el reconocimiento de dos pensiones ordinarias de jubilación, así la normativa aplicable a los docentes permita a éstos percibir simultáneamente pensión de jubilación, pensión de gracia y, el salario por los servicios docentes que pueden seguir prestando, toda vez que no existe norma alguna que así lo permita. En efecto, en dicha providencia, señaló:

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

Es decir, que los docentes pueden adquirir el estatus pensional, obtener el reconocimiento y pago de la pensión y, a la vez seguir laborando, toda vez que en el caso especialísimo de estos no existe incompatibilidad entre la pensión ordinaria de jubilación y el salario, así

---

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de mayo de 2001, número interno 2841 de 2000, Consejero ponente Ana Margarita Olaya Forero.

como tampoco entre la pensión gracia, el salario y la pensión de jubilación.

En conclusión: Los docentes están exceptuados de la prohibición de no recibir doble asignación del tesoro público por disposición de la ley, en el entendido que el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dejó a salvo la compatibilidad entre las prestaciones pensionales y las asignaciones derivadas del ejercicio de la actividad docente. Así mismo, la compatibilidad de pensiones para los docentes es procedente para la pensión especial de gracia y una pensión ordinaria.

Régimen pensional aplicable a los docentes

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003[11], las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.° del Acto Legislativo 001 de 2005, que señala:

> «[…] Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en

[11] **Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.
Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.
(…)

> vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 […]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, pues su vinculación se efectuó el 20 de febrero de 1989 (folio 3), se colige que rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional.

Sin perjuicio de lo anterior, toda vez que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado[12] que el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, las prerrogativas que regulan las pensiones de invalidez y jubilación en el presente asunto se encuentran señaladas por la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

En conclusión: En razón a que la demandante ingresó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen para el reconocimiento pensional es el previsto en la Ley 33 de 1985 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de invalidez

Determinado que en el presente asunto el régimen pensional de la demandante, en particular lo concerniente a la pensión de invalidez, es el regulado por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que dichas normas señalan la incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la

---

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13).

pensión de jubilación. Al respecto, el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968 indica:

> «[…] Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. El empleado o trabajador podrá optar por las más favorable cuando haya concurrencia de ellas […]»

Lo anterior tiene sustento en la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, disposición contemplada desde el artículo 88 del Decreto 1848 de 1969, así:

> «[…] ARTICULO 88. INCOMPATIBILIDAD. Las pensiones de invalidez, jubilación y retiro por vejez, son incompatibles entre sí. En caso de concurrencia del derecho a ellas, el beneficiario optará por la que más le convenga económicamente. […]»

Por su parte la Ley 100 de 1993 al consagrar las características del Sistema General de Pensiones en el artículo 13, literal j) señala: «Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez».

En las anteriores condiciones, tal como lo ha señalado esta Corporación[13], se presenta incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez bien sea de origen común o profesional, porque el ordenamiento jurídico restringe dicha posibilidad y, por tanto no pueden ser disfrutadas conjuntamente con base en lo siguiente:

1. Tienen su origen en una misma relación laboral;

---

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de julio de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno: 1793-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A sentencia de 18 de febrero de 2016, número interno: 2415-2013, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández

2. Están condicionadas a los aportes que la demandante haga a la seguridad social;

3. Su finalidad es la misma, es decir, mientras la pensión de vejez tiene como finalidad cubrir la pérdida de la capacidad de trabajo por haber llegado la persona a la vejez, la pensión de invalidez también buscaba como objetivo cubrir la pérdida de la capacidad laboral pero ya en razón de la invalidez, es decir cumplen la misma función protectora.

Con fundamento en lo precedente, en el presente caso se observa lo siguiente:

- A folios 2 a 4 del expediente que a la señora Madeleine Sánchez de Santamaría mediante Resolución 6511 de 23 de diciembre de 2010 se le reconoció pensión de jubilación a partir del 15 de abril de 2010 con base en las Leyes 91 de 1989, 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 2138 de 2005.

- Obra a folio 6 del expediente el concepto médico laboral de 29 de noviembre de 2010, señala como pérdida de la capacidad laboral el 96% e indica como fecha de estructuración de la invalidez el 29 de noviembre de 2010.

- Mediante Resolución 13956 de 1.° de diciembre de 2010 (folios 8 - 9) expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá la demandante fue retirada del servicio activo de conformidad con el concepto médico descrito anteriormente.

- A raíz de lo anterior, la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante las resoluciones demandadas.

Ahora bien, una consecuencia lógica de la invalidez absoluta es que al funcionario impedido se le reconozcan las prestaciones económicas y asistenciales a que haya lugar, entre ellas la pensión de invalidez; sin embargo, a la administración le era imposible proceder a tal reconocimiento a través del acto acusado, toda vez que conforme los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, esta es incompatible con la pensión de jubilación de la que ya gozaba la demandante.

Por tanto, como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia[14], la demandante tiene ante la administración la posibilidad de optar por la pensión que más le convenga económicamente, lo cual constituye una actuación administrativa ajustada al ordenamiento jurídico, pues era facultad de aquélla escoger cuál de esas pensiones le era más favorable. Lo anterior de conformidad a lo consagrado en los artículos 31 y 88 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respectivamente y, por tanto no se vulneran principios constitucionales como el de favorabilidad o derechos adquiridos.

En conclusión: Conforme a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y, con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 normativa aplicable a la demandante por haberse vinculado antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003; existe incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez toda vez que cumplen con la misma finalidad, es decir, cubrir la pérdida de capacidad de trabajo ya sea por edad o invalidez.

---

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de julio de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno 1793-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A sentencia de 18 de febrero de 2016, número interno: 2415-2013, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 13 de noviembre de 2014, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3008-2013; iv) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 25 de marzo de 2010, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 3058-2004; v) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de septiembre de 2010, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1067-2009.

En el presente caso, toda vez que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación, no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Segundo problema jurídico

¿Es procedente aplicar el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 1.° de diciembre de 2009[15], que contempla la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de jubilación y la de invalidez?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No es posible aplicar la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con base en los argumentos que pasan a explicarse.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 1.° de diciembre de 2009[16], señaló la compatibilidad entre las pensiones de jubilación y la de invalidez. Para el efecto, señaló:

> «[…] Ciertamente, si una de las bases de la línea jurisprudencial de la Corte sobre el tema de la incompatibilidad entre una pensión de invalidez y otra de vejez, ha sido la afectación de la sostenibilidad del esquema de seguridad social, diseñado sobre principios como los de la unidad y la universalidad, en el caso presente tal argumento se desvanece, dado que, se reitera, la jubilación está a cargo del empleador, y la de invalidez, será cubierta por una entidad que sí forma parte del Sistema.
>
> Desde otra óptica, pero dentro del mismo contexto, conviene decir que la pensión de jubilación contemplada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es una obligación pura y simple, que nace a cargo del empleador, una vez concurran las exigencias allí previstas, y no se encuentra sometida a condición extintiva o resolutoria diferente a la generada en el reconocimiento de la prestación por vejez a cargo del

[15] Radicación 33558, Magistrado Ponente Camilo Tarquino Gallego.
[16] *Ibídem*.

> Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando, desde luego, confluyan los requisitos establecidos por los reglamentos respectivos; de no suceder así, cuando el ISS no lo subroga por alguna circunstancia, la pensión de jubilación a cargo del empleador se torna vitalicia, y se transmite a las personas llamadas a sustituir en el goce del derecho al jubilado. Ninguna otra hipótesis consagra la ley como susceptible de enervar los efectos de la concesión de la pensión jubilatoria, ni tampoco, como impedimento de ese reconocimiento una vez se han reunido los requisitos previstos.
> […]
> Las pensiones de jubilación y de invalidez son compatibles, pues el sujeto pasivo de esas obligaciones es diferente, siendo que además, la segunda no está destinada a mutarla pensión de vejez, puesto que ampara un riesgo diferente. […]»

De lo anterior se colige que la Corte Suprema de Justicia refiere la posibilidad de percibir simultáneamente las dos pensiones mencionadas con fundamento en los siguientes aspectos:

1. La pensión de jubilación es una obligación pura y simple que nace a cargo del empleador una vez cumpla con las exigencias legales sin que se presente impedimento legal para que se reconozca otra pensión si ésta reúne los requisitos.

2. El sujeto pasivo es diferente y porque la pensión de invalidez no está destinada a mutar la pensión de vejez, puesto que ampara un riesgo diferente.

Sin embargo, en el presente caso no es aplicable la posición de la Corte Suprema de justicia, toda vez que como lo ha señalado esta Corporación[17], los supuestos fácticos y jurídicos son distintos, en la medida que las pensiones pretendidas en el presente asunto acaecen

[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de julio de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno 1793-2015 ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A sentencia de 18 de febrero de 2016, número interno: 2415-2013, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández

de una misma causa, esto es, los aportes a pensiones efectuados por la demandante al Sistema General de Seguridad Social y tienen la misma finalidad, es decir, cubrir la pérdida de capacidad de trabajo.

Además porque dichas pensiones se encuentran a cargo de una misma entidad, esto es, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sumado a lo anterior, no existe norma que consagre expresamente la compatibilidad entre la pensión de invalidez y la pensión de jubilación, por el contrario, tal como se indicó en acápites anteriores, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 expresamente la prohíben.

Finalmente, no pasa por alto la Subsección que mediante sentencia de 26 de mayo de 2016, Consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández, número interno 1749 de 2010, se determinó para los docentes la compatibilidad entre la pensión especial *post mortem* prevista en el artículo 7 del Decreto 224 de 1972 y, la pensión ordinaria de sobrevivientes a título indemnizatorio por accidentes de trabajo o enfermedad profesional del artículo 7 del Decreto 1295 de 1994.

Lo anterior, porque no existe norma expresa que la prohíba, y hace referencia al reconocimiento de una pensión especial y una ordinaria, situación que difiere a la estudiada en el presente caso en la medida que en esta oportunidad se refiere al reconocimiento de dos pensiones ordinarias en las que se presenta incompatibilidad de orden legal, posición que fue reiterada mediante sentencia de 2 de marzo de 2017[18].

En conclusión: La sentencia de 1.° de diciembre de 2009 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que contempla la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de

[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 2 de marzo de 2017, Consejero Ponente William Hernández Gómez, número interno 2413-2014.

jubilación y la pensión de invalidez no es aplicable al caso concreto toda vez que los supuestos fácticos y jurídicos son distintos. Ello, porque las pensiones de jubilación y de invalidez provienen de una misma causa, tienen la misma finalidad, se encuentran a cargo de una misma entidad y. existe prohibición legal para su compatibilidad.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda.

De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección[19] en el presente caso no hay lugar a imponer condena en costas en la segunda instancia, toda vez que no hubo intervención de la parte demandada en la misma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que denegó las pretensiones de la demanda que presentó la señora Madeleine Sánchez de Santamaría en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la

[19] Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

Nación, Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas en segunda instancia.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

JCJG/SMGO