



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicado : 250002342000201305659 01
No. Interno : 1154 – 2018
Demandante : MARÍA DEL ROSARIO HUERTAS
DE BUSTAMANTE
Demandado : Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio
Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema : Pensión de Jubilación - incompatibilidad
Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), por medio de la cual la Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda promovida por la señora María del Rosario Huertas de Bustamante en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

María del Rosario Huertas de Bustamante por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del

¹ "ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...)".



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad de la Resolución 3208 del 25 de junio de 2013 proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se le negó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se le ordene a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar en favor de la demandante una pensión ordinaria de jubilación. Así mismo solicitó que se declare que el pago de la pensión de jubilación es compatible con la de invalidez y se le condene a pagar a la entidad demandada los dos emolumentos sin exclusión; que las sumas adeudadas sean indexadas como lo dispone el artículo 187 del CPACA; que se condene al reconocimiento y pago de los interés moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, se dé cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 *ibidem*; y se condene en costas a la entidad demandada.

1.1. Hechos

Las pretensiones de la demanda, se fundan en los siguientes hechos (ff. 13 – 23):

La señora María del Rosario Huertas de Bustamante laboró al servicio del Distrito Capital de Bogotá, por más de 20 años de servicio y se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, en el período comprendido entre el 10 de marzo de 1975 al 1 de enero de 2006 (11106 días).

Afirmó que mediante la Resolución 01720 del 3 de mayo de 2006 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se le reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2005.



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Mediante petición No. 2012 – PENS – 021750 del 4 de diciembre de 2012 le solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y a través de la Resolución 3208 del 25 de junio de 2013 se le negó el derecho a la pensión deprecada.

Afirmó la demandante que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió haber reconocido la pensión de jubilación a partir del 5 de diciembre de 2010, y liquidarla en cuantía equivalente al 75% del último salario devengado con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al status de pensional.

1.2. Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; 3 del Decreto ley 2277 de 1979; 15 numeral 1, inciso 1, y 2, numeral 5 de la Ley 91 de 1989; 7 del Decreto 2563 de 1990; 2 literal a) y 12 de la Ley 4ª de 1992; 1 del Decreto Reglamentario 1440 del 1992; 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; 5 del Decreto 1743 de 1966; 45 del Decreto 1045 de 1978; 81 de la Ley 812 de 2003.

2. Contestación de la demanda

Mediante apoderado judicial la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Secretaría de Educación de Bogotá contestó la demanda en escrito visible a folios 58 a 66 del expediente, en el cual se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto todas las decisiones proferidas por la Secretaría de Educación de Bogotá deben estar sujetas a la normatividad aplicable, razón por la cual y bajo la existencia del Decreto 1848 de 1969 que confirma el Decreto 3135 de 1968, se ciñe a la normatividad, y en consideración a la incompatibilidad de las dos



Nº Interno: 1154 – 2018
 Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

pensiones, se mantiene la más conveniente económicamente al docente, en este caso, la pensión de invalidez.

Afirmó que para efectos de conceder el reconocimiento de la pensión de jubilación, es necesario suspender los efectos del acto por medio del cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero teniendo en cuenta que esta se liquida con el 75% del último salario devengado al igual que se liquidaría la de jubilación, no se hace necesario suspender una pensión que genera patrimonialmente el mismo ingreso.

Sostuvo que en cabeza de la entidad territorial se encuentra la prestación del servicio educativo, y es quien tiene la competencia y responsabilidad de custodiar, recaudar, gestionar, administrar, certificar y dar constancia de los antecedentes administrativo y tiempo de servicio de los docentes oficiales. Así mismo el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, prohíbe expresamente que a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se paguen primas, subsidios y auxilios, los cuales se encuentran a cargo de la entidad territorial como ente nominador, en favor del personal nacional, nacionalizado y/o territorial, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989. Por lo anterior, FOPREMAG no está obligada a reconocer y pagar factores salariales de origen legal y el valor que se genera por la inclusión de dichos factores en la liquidación de la pensión del docente accionante, como tampoco las primas extralegales.

Propuso las excepciones de falta de legitimidad por pasiva en cuanto no es la entidad la llamada a responder por la Resolución 3208 del 25 de junio de 2013, objeto de demanda, en cuanto no fue el Ministerio el encargado de proferirlo, pues quien realiza los proyectos de reconocimiento o negación de las prestaciones, no es el Ministerio de Educación Nacional, sino la Secretaría de Educación de la entidad territorial correspondiente, lo anterior, en virtud del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 que delegó en el Subsecretario Administrativo de la Secretaría de Educación de Bogotá dicha competencia.

De igual forma, propuso la excepción de inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, en cuanto el Ministerio de Educación Nacional no es el



Nº Interno: 1154 – 2018
Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

obligado a efectuar el estudio de reconocimiento o negación de la prestación objeto de demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la sentencia proferida el catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), negó el reconocimiento y pago de una pensión ordinaria de jubilación pretendida por el demandante.

Luego de analizar el marco normativo relativo a la pensión de jubilación consideró que a los docentes del ordena nacionalizado que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen prestacional que venía gozando de conformidad con las normas vigentes y aquellos que se encuentren vinculados a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, entre las que se encuentra la pensión de jubilación, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, es decir, lo establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Por otro lado, respecto a la incompatibilidad de percibir simultáneamente pensión de jubilación y de invalidez, y en dar aplicación a lo establecido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 1 de diciembre de 2009, advirtió que ésta no es aplicable al caso, en la medida que la pensión de jubilación está a cargo del empleador y la de invalidez por la entidad que forma parte del sistema de seguridad social; sin embargo, en este caso, ambas pensiones estarían a cargo de FONPREMAG, afectando la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones.

Consideró que, *"la incompatibilidad argumentada por la accionada para denegar el reconocimiento pensional, si no hay renuncia a recibir las mesadas de la pensión de invalidez, se fundamenta en las disposiciones normativas que consagran expresamente la prohibición de que una misma persona pueda recibir simultáneamente dichas pensiones, independientemente de que se trate de un*



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

docente, pues como ya se advirtió, en materia de pensión de jubilación no hay regulación especial."

Reiteró que la demandante tiene la posibilidad de estudiar qué pensión le resulta más beneficiosa (vejez o invalidez), atendiendo que cumple con los requisitos para acceder a la mismas, y elegir una sola, la que más le convenga, haciendo el respectivo trámite de reconocimiento.

Por último, se abstuvo de condenar en costas por cuanto no se encontraron probadas.

4. Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante formuló recurso de apelación en contra de la sentencia del 14 de septiembre de 2017 (ff. 145 – 152 reverso), en cuanto consideró que el Tribunal se equivocó en manifestar la no compatibilidad entre la pensión de jubilación y la de invalidez, y que por disposición constitucional existe la prohibición de devengar doble erogación del Tesoro Público.

Al respecto, manifestó que la señora Huertas de Bustamante cumplió con los requisitos exigidos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión ordinaria de jubilación, en cuantía equivalente al 75% del salario devengado, motivo por el cual debe ser reconocida por la entidad demandada. Así mismo alegó, que se desconoció que la señora Huertas de Bustamante es beneficiaria de un régimen especial, motivo por el cual no es posible aducir la incompatibilidad en devengar la pensión de jubilación y la de invalidez.

Reiteró la vulneración de las normas consideradas como violadas en el escrito de demanda, en cuanto se desconoció el derecho que le asiste a acceder a la pensión de jubilación, pues a pesar de devengar una pensión de invalidez, tiene derecho a que se le reconozca toda vez que cumple de sobra con los requisitos para ello e *"invirtió toda su vida laboral al servicio de la educación oficial, por lo que lo mínimo que podría esperar sería la retribución por tantos años de entrega y sacrificio"*.



Nº Interno: 1154 – 2018
Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Adujo que no es cierto que exista incompatibilidad entre las pensiones de invalidez y jubilación, toda vez que provienen de disímil causa jurídica, cubren un riesgo diferente y son pagadas por entidades diferentes, para lo cual citó la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral No. 33550 del 1 de diciembre de 2009, con ponencia de doctor Camilo Tarquino Gallego.

Concluyó que la demandante es beneficiaria de la normatividad excepcional aplicable a los docentes; que debido a la pérdida de la capacidad laboral, le fue reconocida una pensión de invalidez; que por cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios es acreedora a una pensión de jubilación, la cual es compatible con la pensión de invalidez que percibe, en cuanto cubren riesgos diferentes, de origen distinto y con diferente pagador.

5. Alegatos de conclusión

Vencido el término concedido de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 632 de la Ley 1564 de 2012 para presentar alegatos de conclusión, las partes y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²; el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

² 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.



Nº Interno: 1154 – 2018
 Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

2.2. Problema jurídico

Se trata de determinar si la demandante en calidad de docente oficial, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a pesar de que se le haya reconocido una de invalidez; y si es procedente tener en cuenta el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia del 1 de diciembre de 2009 (33550) con ponencia del Dr. Camilo Tarquino Gallego, que contempló la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de jubilación y la de invalidez.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la sentencia proferida el catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), negó las pretensiones de la demanda.

2.3. Análisis de la Sala

Para analizar la controversia puesta en consideración, la Sala analizará la normatividad relativa a la posibilidad de percibir más de una asignación con cargo al Tesoro Público, así como el régimen pensional del sector docente.

El artículo 128 de la Constitución Nacional, consagró 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:

"(...) 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. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas (...)"

Dentro de esta limitación, se encuentra no solo percibir más de una asignación proveniente de diferentes empleos públicos, sino la de otras



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

remuneraciones que provengan de la misma fuente, como lo son las pensiones.

Este precepto constitucional, fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992³, en el que se dispuso:

"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."

Por su parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁴ excluyó de su aplicación a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, y en el artículo 15, señala:

"Artículo 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)."

A su vez, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, señaló:

³ 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."

⁴ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"



Nº Interno: 1154 – 2018
 Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

"(...) 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 (...)."

Conforme con lo anterior y acorde a lo preceptuado en el 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 a los docentes percibir la pensión de jubilación y el salario simultáneamente.

De la misma forma, esta Corporación ha reiterado que a los docentes le está permitido percibir simultáneamente pensión de jubilación, de gracia y, el salario por los servicios que puedan prestar; sin embargo, resulta improcedente el reconocimiento de dos pensiones ordinarias de jubilación, toda vez que no existe norma que lo autorice. Así se estableció en la sentencia del 3 de mayo de 2001 con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, dentro del expediente No. 2841 – 2000:

"(...) 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 (...)."



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Sentando lo anterior, procede a referirse al régimen pensional aplicable a los docentes. El artículo 81⁵ de la Ley 812 de 2003 estableció que a partir de la entrada en vigencia, las personas vinculadas al servicio educativo se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Sin embargo, los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normatividad anterior, criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, que dispuso:

"(...) Parágrafo transitorio 1. 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 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 (...)."

De conformidad con lo anterior, la Sala advierte que la demandante se vinculó al servicio docente el 22 de septiembre de 1980, conforme al Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral visible a folios 11 a 12 del expediente, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia⁶ de la Ley 812 de 2003, por lo que se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, en lo relativo al régimen pensional.

Así las cosas, el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, y las disposiciones que regulan lo relativo a las pensiones de invalidez y jubilación se encuentran consagradas en la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

⁵ "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 (...)."

⁶ 26 de junio de 2003



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Al respecto esta Sala ha manifestado⁷:

“Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación⁸ establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así se señaló, en la sentencia en cita proferida, por esta misma Sección:

(...) Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 dispone:

(...)

De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.

Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional.

(...)

De acuerdo con el recuento normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve sentencia del 13 de noviembre de 2014. Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13).

⁸ Ver Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.



Nº Interno: 1154 – 2018
Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

de 1993.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, esto es, para los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, dicha norma se refiere finalmente a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

(...)."

Sentando lo anterior, como el régimen pensional de los docentes es el regulado por la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en ellos se establece la incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la de jubilación, en los siguientes términos:

Artículo 31 del Decreto 3135 de 1968:

"(...) 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 (...)."

Artículo 88 del Decreto 1848 de 1969:

"(...) 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. (...)."

Lo anterior tiene sustento en la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, relativa a percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, y a que la pensión de jubilación e invalidez son excluyentes entre sí, por lo que si se opta por alguna, ello implica la incompatibilidad e imposibilidad de acceder a la otra.

Esta Corporación ha señalado⁹ que se presenta incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez indistintamente, si es de origen común o profesional, en la medida que es el mismo ordenamiento jurídico el que limita

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 21 de julio de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente No. 1793-2015 ii) Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 18 de febrero de 2016, expediente No. 2415-2013, iii) Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 25 de marzo de 2010, expediente No. 3058-2004.



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

dicha posibilidad, y no pueden disfrutarse simultáneamente, toda vez devienen de una misma relación laboral; se encuentran condicionadas a los aportes que se realicen a la seguridad social; y tiene como finalidad cubrir la pérdida de la capacidad laboral, una por haber llegado a la vejez y la otra en razón a la invalidez.

Así las cosas, se concluye que cuando se percibe una pensión sea de invalidez o jubilación en consideración a los aportes efectuados, no es posible acceder simultáneamente a gozar de otra, en cuanto se estaría reconociendo dos prestaciones previstas en el mismo régimen por una misma relación laboral.

Conforme con lo anterior, la Sala observa que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución 01720 del 3 de mayo de 2006 (ff. 5 – 7) le reconoció y ordenó el pago de una pensión por invalidez a la señora María del Rosario Huertas Bustamante, por la pérdida de capacidad laboral equivalente al 75%, a partir del 31 de diciembre de 2005, reconocimiento que tuvo sustento en las disposiciones contenidas en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1963, así como las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005. En este acto administrativo se estableció, que la demandante fue retirada del servicio a través de la Resolución 16527 del 26 de diciembre de 2005, a partir del 31 de diciembre de 2005.

El 4 de diciembre de 2012, la señora María del Rosario Huertas de Bustamante a través de apoderado judicial, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación ante la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., la cual fue decidida en forma negativa mediante la Resolución 3208 del 25 de junio de 2013 (ff. 3 – 4), en consideración a lo preceptuado por el Decreto 1848 de 1969, en lo concerniente a la incompatibilidad.

Con fundamento en lo anterior, la Sala reitera que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, son destinatarios de las normas pensionales aplicables a los empleados del orden nacional, en virtud a la excepción establecida en el artículo 279 de la



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 100 de 1993, y por expresa remisión de las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, conforme se estableció, por lo que no se puede pretender un tratamiento pensional diverso a efectos de percibir más de una prestación originada en la misma causa.

Teniendo en cuenta que la demandante se vinculó el 10 de marzo de 1975, el régimen aplicable es el previsto en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la Ley 33 de 1985, normas en las cuales se estableció la incompatibilidad a percibir pensión de jubilación e invalidez simultáneamente.

Ahora bien, respecto al argumento presentado en el recurso de apelación, relativo a aplicar el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia de 1 de diciembre de 2009, con ponencia del doctor Camilo Tarquino Gallego, en cuanto la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de invalidez y jubilación, por considerar que ampara riesgos diferentes, la Sala ha de manifestar que acoge los planteamientos al respecto ya decantados por esta Corporación, en cuanto se tratan de supuestos fácticos y jurídicos distintos a los analizados en este caso, en la medida que las pensiones que se reclaman se originan en una misma causa, esto es, que los aportes efectuados tienen la finalidad de cubrir la pérdida de la capacidad de trabajo y se encuentran a cargo de una misma entidad, FONPREMAG, motivo suficiente para no acceder a aplicar dicha providencia.

Unido a lo anterior, se advierte que no existe norma expresa que consagre la compatibilidad entre la pensión de invalidez y la de jubilación, por el contrario, como ya se anotó, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, expresamente lo prohíben.

III. DECISIÓN

Atendiendo la normatividad en cita y conforme a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto negó las pretensiones de la demanda, en razón a que las pensiones



Nº Interno: 1154 – 2018

Demandante: María del Rosario Huertas de Bustamante
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional,
 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

de invalidez y jubilación son incompatibles para ser devengadas simultáneamente, por tratarse de prestaciones ordinarias que provienen de una misma causa, tienen una misma finalidad, se encuentran a cargo de una misma entidad, y existe prohibición legal para su compatibilidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

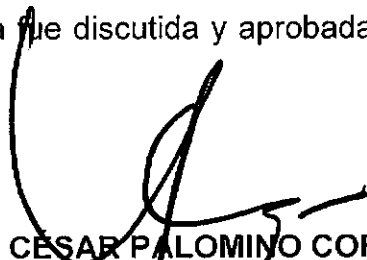
FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora **MARIA DEL ROSARIO HUERTAS DE BUSTAMANTE**, en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


 CESAR PALOMINO CORTÉS


 SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ


 CARMELO PERDOMO CUÉTER