CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., 21 de julio del 2016.

Expediente:	**25000234200020130689801**
Número interno:	**1793-2015**
Demandante:	**María Griselda Garay Maldonado.**
Demandado:	**Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG.**
Tema:	**Incompatibilidad pensional invalidez y jubilación.**

Decide la Sala[1] el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 13 de enero de 2015[2] contra la sentencia de 4 de septiembre de 2014, proferida por escrito por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D[3], por medio de la cual se negaron a las pretensiones de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del

[1] Informe Secretarial de 19 de febrero de 2016 (fl. 166).
[2] Folios 111 – 122.
[3] Folios 94 – 102.

derecho contra el acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

La señora María Griselda Garay Maldonado por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda encaminada a obtener la nulidad de la Resolución Nro. 6109 del 29 de octubre de 2013, proferida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se le negó a la demandante el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación[4].

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, la demandante solicitó[5]: i) Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, al pago del valor de las mesadas pensiónales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha en que debió reconocérsele la pensión mensual vitalicia de jubilación; ii) declarar la compatibilidad entre la pensión mensual vitalicia de jubilación y la pensión

[4] Folio 11.
[5] Folios 11 – 12.

mensual vitalicia de invalidez para el caso del magisterio y docentes; iii) condenar a la demandada al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación, en armonía y compatibilidad con la pensión mensual vitalicia de vejez; iv) condenar a la demandada a que sobre las sumas adeudadas se incorporen los correspondientes ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor – IPC, o al por mayor, de acuerdo a lo establecido en el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA; v) condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, de conformidad a lo consagrado en el artículo 192 *ibídem*; vi) condenar a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 192 *ibídem*; y vii) condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.1. Fundamentos fácticos.

Como hechos en que fundamenta las pretensiones de la demanda[6], señaló:

La demandante nació el 1 de febrero de 1958, cumpliendo los 55 años de edad el 1 de febrero de 2013.

Prestó sus servicios al servicio de la educación oficial en el Distrito Capital de Bogotá D.C. desde el 22 de mayo de 1980 hasta el 14 de octubre de 2011,

[6] Folios 12 – 13.

para un total de 11303 días laborados, cumpliendo así con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación.

Mediante Resolución Nro. 0892 del 31 de enero de 2012, proferida por el Director de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de invalidez a favor de la demandante en una cuantía de $2.726.708 efectiva a partir del 14 de octubre de 2011.

Finalmente, el 17 de septiembre de 2013, con radicado Nro. 2013 – PENS – 015267, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación por el tiempo de servicios laborados como docente de vinculación nacionalizado, petición que fue negada a través de la Resolución Nro. 6109 del 29 de octubre de 2013, proferida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG.

1.2. Normas vulneradas y concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante citó como disposiciones violadas las siguientes[7]:

Los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la

[7] Folio 13.

Constitución Política; 15 numeral 1 inciso 1 y 2 numeral 5 de la Ley 91 de 1989; 7 del Decreto 2563 de 1990; 3 del Decreto Ley 2277 de 1979; 2 literal a) y 12 de la Ley 4 de 1992; 1 del Decreto Reglamentario 1440 del 1 de septiembre de 1992; 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; Ley 65 de 1946; 4 de la Ley 4 de 1966; 5 del Decreto 1743 de 1966; 1 parágrafo 2 de la Ley 24 de 1947, en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6 de 1945; 45 del Decreto 1045 de 1978; y 81 de la Ley 812 del 2003.

Como concepto de violación[8] argumentó que la entidad demandada al desconocer el derecho de la demandante al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación violó la Constitución Política y la Ley, a cuyo efecto expone que el acto acusado viola los principios, valores y fines del Estado Colombiano, toda vez que la entidad demandada desconoce los mandatos expresos e imperativos del legislador previstos en las Leyes 91 de 1989, 4 de 1992, Decretos 2563 de 1990, 2277 de 1979 y otras disposiciones legales y jurisprudenciales.

En cuanto al régimen prestacional de la demandante, por ser docente, indicó que es el consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, y que a la luz de estas normas cumplió con los requisitos exigidos, edad, y tiempo de servicios, para acceder a una pensión ordinaria de jubilación, en una cuantía del 75% del salario devengado.

[8] Folios 13 – 21.

Señaló que la entidad demandada con la expedición del acto administrativo atacado desconoció el régimen especial del que goza la demandante, y por lo tanto violó flagrantemente sus derechos al no ordenar el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados.

Manifestó que con el acto administrativo demandado la demandada violó los derechos adquiridos de la demandante al dejar de lado y al desmejorar el derecho que los docentes tienen de acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación aún cuando estén percibiendo una pensión mensual vitalicia de invalidez.

Con relación al argumento esgrimido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG consideró que no es procedente, puesto que se trata de dos prestaciones sociales diferentes y claramente compatibles, ya que una es la pensión mensual vitalicia de invalidez que se le ha reconocido como una consecuencia de la perdida de la capacidad laboral de la demandante, y otra es la pensión mensual vitalicia de jubilación a la cual tiene derecho, toda vez que la demandante ha estado vinculada al servicio del magisterio por más de 20 años y ya cumplió 55 años de edad.

Por otra parte, agregó que se suscita falsa motivación del acto acusado cuando sostiene que el reconocimiento de la pensión de jubilación es incompatible con la pensión de invalidez, con lo cual se vulnera una serie de derechos del demandante, por cuanto le está negando el reconocimiento de

la prestación aun cuando cumple a cabalidad con todos los requisitos establecidos por la ley.

En cuanto a la pensión mensual vitalicia de invalidez que recibe la demandante, indicó que no es incompatible con el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación, toda vez que el régimen de los docentes es en régimen excepcional, el cual permite el pago de las dos pensiones dado que la naturaleza de los pagos es diferente, razón por la cual se le debe reconocer a la demandante la pensión mensual vitalicia de jubilación tomando en consideración los 20 años de servicios laborados al servicio de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C.

Finalmente, precisó con respecto a las pensiones de invalidez y jubilación que se trata de 2 prestaciones sociales diferentes y claramente compatibles, ya que la primera se reconoce por la ARL como consecuencia de una pérdida de capacidad laboral, por enfermedad profesional debidamente acreditada; y la otra es reconocida por el FOMAG, por haber estado vinculado al servicio del magisterio por más de 20 años y cumplir 55 años de edad.

2. Contestación de la demanda.

La demanda sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue admitida mediante auto del 17 de marzo de 2014[9] y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - FONPREMAG no dio contestación a la misma[10].

3. La sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante Sentencia proferida por escrito el 4 de septiembre de 2014[11], negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, argumentando que en relación a la pensión mensual vitalicia de jubilación la Ley 91 de 1989 establece que los docentes que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad de conformidad con la normativa vigente, de modo tal que el reconocimiento pensional de la demandante se encuentra regido por lo establecido en la Ley 33 de 1985, norma que dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas con el 75% del salario promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Indicó que del análisis de la demanda, y en virtud a la incompatibilidad entre las pensiones de invalidez y de jubilación, se puede concluir que a la demandante le resulta más favorable la pensión de invalidez que

[9] Folios 26 – 27.
[10] Folio 36.
[11] Folios 94 – 102.

actualmente viene disfrutando en una cuantía del 100% del último salario devengado, y no la pensión de jubilación que le sería reconocida en una cuantía del 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso, condenó en costas a la parte demandante.

4. Del recurso de apelación.

El apoderado de la parte demandante mediante escrito radicado el 13 de enero de 2015 interpuso recurso de apelación frente a la decisión del *A-quo*[12], en los siguientes términos:

Manifestó que la demandante, a pesar de devengar una pensión de invalidez, debido a la pérdida de su capacidad laboral, también tiene derecho a percibir la pensión de jubilación por haber cumplido con los requisitos para ello, toda vez que la entidad demandada no puede, so pretexto de incompatibilidad entre las pensiones, conculcar los derechos de las personas que han prestado sus servicios durante toda la etapa productiva de su vida, dejando desamparada su vejez, cuando lo cierto es que ya habían unos derechos adquiridos a percibir su pensión de jubilación.

[12] Folios 111 – 122.

Señaló que la demandante al cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicios para ser acreedora de la pensión de jubilación cuenta con un derecho adquirido que no le puede ser vulnerado por la entidad demandada. Ahora bien, a pesar de que devenga la pensión de invalidez, tiene derecho a que le sea reconocida su pensión de jubilación, toda vez que cumple con los requisitos para ello, pues no debe omitirse que invirtió toda su vida laboral al servicio de la educación oficial, razón por la cual lo mínimo que podría esperar es una retribución por sus años de trabajo.

Sostuvo que el hecho de percibir la pensión de invalidez no constituye impedimento para gozar de la pensión de jubilación, pues la única manera en que se puede suprimir la obligación de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación es en el evento de tener reconocida la pensión de vejez cuyo pago esté cargo del ISS, para lo cual relaciona la sentencia Nro. 33550 del 1 de diciembre de 2009 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

Refiriendo el artículo 128 de la Constitución Política, sostuvo que en lo concerniente a la simultaneidad de dos emolumentos, la norma *ibídem* no prohíbe la percepción de dineros del erario, sino el desempeño simultaneo de más de un empleo público, situación ajena a la de la demandante toda vez que la misma se encuentra retirada del servicio por haber sido calificada con pérdida de capacidad laboral por enfermedad profesional, siendo decretada la pensión de invalidez, prevista en el sistema general de riesgos profesionales, aun cuando la asuma el FOMAG.

Por todo lo previamente expuesto, solicitó se revoque la sentencia proferida por escrito el 4 de septiembre de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D" (fls. 94 – 102) y en su lugar se conceda la pensión mensual vitalicia de jubilación a la demandante en compatibilidad con la pensión mensual vitalicia de invalidez.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante en el recurso de apelación, el Despacho decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: (i) la competencia para decidir el recurso de apelación (ii) problema jurídico, (iii) resolución del recurso de apelación.

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150 y 243 de la Ley 1437 de 2011[13], esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por escrito el de 2 de mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP al

[13] "Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del demandante.

Disponen las normas anotadas lo siguiente:

> *"**Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. Modificado por el art. 615, Ley 1564 de 2012**. 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.* (Subrayado fuera del texto original).
>
> *"**Artículo 243. Apelación**. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces.*
>
> *(…)"*

2. Problema Jurídico.

Se demanda la nulidad de la Resolución Nro. 6109 del 29 de octubre de 2013, proferida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FONPREMAG, en cuanto negó a la demandante el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación[14],

[14] Folios 3 – 4.

aduciéndose la incompatibilidad e imposibilidad de percibir simultáneamente las pensiones de invalidez y jubilación.

En consecuencia, de conformidad con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, la Sala deberá dilucidar como problema jurídico, si en el presente asunto la parte demandante tiene derecho a que le sean reconocidas y pagadas simultáneamente las pensiones de invalidez y jubilación a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FONPREMAG.

3. Resolución del Recurso de Apelación.

Atendiendo al problema jurídico señalado, procede la Sala a abordar el presente asunto en el siguiente orden:

3.1. Fundamento normativo.

Al respecto, establece el artículo 128 de la Constitución Política que:

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

Consagra el anterior precepto constitucional la imposibilidad 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.

Dentro de esta prohibición ha de entenderse no sólo la percepción de más de una asignación que provenga de más de un empleo público, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tales como pensiones, entre otros.

El anterior precepto constitucional fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4 del 18 de mayo 1992[15], 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.*

[15] 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.

En efecto, existe prohibición tanto constitucional como legal, para percibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público. El artículo 128 de la Constitución Política, como el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, así lo establecen.

En este estado, advierte la Sala que de conformidad a lo normado en artículo 81 de la Ley 812 de 2003[16], las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encontrarían amparadas por el régimen de prima media, y las vinculadas con anterioridad a la misma, se les continuaría aplicando las disposiciones normativas proferidas con anterioridad a la norma en cita. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005[17].

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se encontraba vinculada en el 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 22 de mayo de 1980 (fl. 10), se colige que en lo

---

[16] **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.
(…)

[17] 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 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.

correspondiente al régimen pensional de la misma se rige por las disposiciones de la Ley 91 de 1989.

Sin perjuicio de lo anterior, toda vez que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado 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 reguladas por la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Al respecto, esta Sala ha manifestado[18]:

> *"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 Corporación[19] 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*

[18] 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).
[19] Ver Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

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 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%."

Así entonces, establecido que en el presente asunto el régimen pensional de la demandante, en particular lo concerniente a la pensión de invalidez, regulado por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, advierte la Sala que dichas normas disponen la incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la de jubilación. Al respecto, el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968 dispone:

> ***"Artículo 31º.-*** *Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas."*

Así mismo, el artículo 88 del Decreto 1848 de 1969 establece:

> ***"Artículo 88º.-*** *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."*

Como se puede observar, la normativa que regula lo concerniente a las pensiones de jubilación e invalidez a las que tendría derecho la demandante, establecen de manera clara que las dos pensiones resultan excluyentes, motivo por el cual, si la demandante opta por alguna de ellas, la consecuencia de esa decisión implica la incompatibilidad con la otra pensión.

Sobre lo aquí expuesto, esta Corporación ha tenido la oportunidad de señalar[20]:

---

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01689-01(AC).

"Descendiendo al caso concreto, los jueces de instancia consideraron que la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor es incompatible con la pensión de invalidez, y, en consecuencia, los actos administrativos que ordenaron la suspensión de la primera de las prestaciones en virtud del reconocimiento de la segunda, no están viciados de nulidad.

Al respecto, las autoridades judiciales demandadas no incurrieron en ningún defecto judicial, pues, en efecto, la incompatibilidad de la pensión de invalidez y de jubilación esta prevista en el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968[21] que prevé que las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí y que el empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas.

En el mismo sentido, el artículo 88 Decreto 1848 de 1969[22], precisa la incompatibilidad entre las tres contingencias, 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."

Lo señalado en las normas anteriores ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado, en el sentido de aclarar que si bien la ley no contempla incompatibilidad entre la pensión gracia de los docentes y la pensión de invalidez, pues la de gracia tiene un régimen exclusivo que no depende de la afiliación a seguridad social, no ocurre lo mismo en lo relacionado con la pensión de jubilación y la de invalidez, las cuales tienen su origen en una relación laboral, y están condicionadas a los aportes que el afiliado haga a la seguridad social, por lo que su reconocimiento es incompatible.

---

[21] "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".
[22] "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968"

En este sentido, la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, en sentencia del 26 de marzo de 2009[23], señaló:

(…)

El reconocimiento de la pensión de jubilación por el contrario, depende de los aportes que se efectúen a lo largo de la vida laboral y viene a constituir el sustento económico de las personas que por razón de la edad ya deben retirarse de la prestación del servicio.

En cuanto a la pensión de invalidez, su origen se funda en la necesidad de asegurar la congrua subsistencia a los trabajadores que por la ocurrencia de un percance físico ven menguada su capacidad laboral.

Tanto la pensión de jubilación como la de invalidez tienen su origen en una relación laboral y están condicionadas a los aportes que el afiliado haga a la seguridad social, por el contrario, la pensión gracia por tratarse de un régimen especial no necesita de la afiliación"

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, es claro que en el caso sub exámine las autoridades judiciales no incurrieron en el defecto sustantivo alegado por el actor, al concluir, en aplicación de la normativa y la jurisprudencia vigente, que la pensión de jubilación reconocida previamente al demandante, es incompatible con la pensión de invalidez, porque provienen de la misma relación laboral y corresponden a beneficios ordinarios que difieren de la pensión de gracia, pues si bien el actor era docente, la pensión se reconoció al amparo del régimen aplicable a los empleados del sector público."

Por lo anterior, se colige con absoluta claridad que cuando una pensión, sea de invalidez o jubilación, reconocida en razón de los aportes efectuados por el afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no es

[23] Radicado interno No. 116608, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

factible el reconocimiento simultaneo con la otra pensión, pues se estarían reconociendo dos pensiones por una misma causa, situación que se encuentra restringida toda vez que la normativa aplicable y la jurisprudencia han establecido la incompatibilidad entre los dos tipos de pensiones, resultando jurídicamente inviable que una misma persona perciba simultáneamente la pensión de invalidez y la de jubilación.

3.2. Del análisis probatorio y de la solución del caso concreto.

Del material probatorio recaudado dentro del presente proceso, se acreditó que de conformidad con la cédula de ciudadanía, la señora María Griselda Garay Maldonado nació el 1 de febrero de 1958[24].

Se vinculó al servicio docente en el Distrito Capital de Bogotá el 22 de mayo de 1980[25].

En virtud a que la demandante sufrió una disminución de su capacidad laboral del noventa y seis por ciento (96%), a través de la Resolución Nro. 0892 del 31 de enero de 2012, proferida por el Director de Talento Humano de la Secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, se le reconoció a la demandante una pensión mensual vitalicia de invalidez, en una cuantía de $2.726. 708 efectiva a partir del 14 de octubre de 2011[26].

[24] Folio 2.
[25] Folio 10.
[26] Folios 6 – 8.

En razón a una solicitud elevada por la demandante el 17 de septiembre de 2013, bajo el número de radicado 2013 – PENS – 015267, en la que solicitó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación, la entidad demandada expidió la Resolución Nro. 6109 del 29 de octubre de 2013, proferida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, a través de la cual negó la solicitud de reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación por el tiempo de servicio laborado como docente de vinculación nacionalizado[27].

En este estado, advierte la Sala que al resultar incompatibles las pensiones de jubilación y de invalidez, la demandante tenía la posibilidad de optar por la que más le convenía económicamente, siendo 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.

Así las cosas, observa la Sala que en el presente caso se puede concluir que a la demandante la pensión de invalidez le resulta más favorable que el de la pensión de jubilación toda vez que, por el porcentaje de la perdida de capacidad laboral de la demandante, el valor de esa mesada resulta más alto que el de la de jubilación, puesto que la misma equivale a la totalidad o el

[27] Folios 3 – 4.

cien por ciento (100%) del último salario devengado[28]; resultando mayor a la de jubilación que equivale a un setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, la cual resulta en un valor menor de aquélla.

Por lo anterior, lo dispuesto por la entidad en el acto administrativo demandado, frente a la negativa del reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a la demandante, no afecta principios constitucionales como el de la favorabilidad o derechos adquiridos, puesto que al no ser posible la compatibilidad de ambas pensiones, contrario a lo sostenido por la demandante, resulta igual de beneficioso y favorable que aquélla reciba la mesada pensional de invalidez que la de jubilación.

De lo expuesto, en el presente caso sí se produce la incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez bien sea de origen común o profesional, pues el ordenamiento jurídico restringe dicha posibilidad, por tanto no pueden ser disfrutadas conjuntamente por cumplir básicamente con la misma finalidad, 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. Bajo este razonamiento simple, se asume la posición de no compatibilidad de dichas

---

[28] **Artículo 63º.-** *Cuantía de la pensión***.** El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:
a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.
(…)

prestaciones, se reitera, por cumplir un mismo propósito pues persiguen la misma finalidad y por ello se concluye que así provengan de orígenes diferentes la pensión de invalidez no hace la diferencia ya que las pensiones cumplen la misma función protectora.

Si bien la Corte Suprema de Justicia refiere a la posibilidad de percibir simultáneamente esas dos pensiones cuando el sujeto pasivo de esas obligaciones es diferente, dichos supuestos fácticos y jurídicos no se producen en el presente caso, toda vez que las pensiones pretendidas en el presente asunto acaecen de una misma causa, esto es, los aportes a pensiones efectuados por la demandante al Sistema General de Seguridad Social, sin dejar de vista además que dichas pensiones se encuentran a cargo de una misma entidad, esto es, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG, motivos por los cuales la providencia que citó la demandante no resulta aplicable al caso objeto de estudio, pues como se analizó, no es factible que por una misma relación laboral se deriven dos pensiones que se encuentran establecidas por el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Así las cosas, la Sala no evidencia que el acto administrativo de cuya nulidad se pretende resulte contrario al ordenamiento jurídico, pues de acuerdo a lo analizado en esta providencia, el mismo se encuentra acorde a la normativa y jurisprudencia reguladora de la materia. Así mismo, en lo referente a la causal de nulidad de una presunta falsa motivación, la cual el demandante hace consistir en argumentos de ilegalidad, carece de todo sustento toda vez

que el acto acusado se fundamentó en las disposiciones normativas que regulan la materia.

Al no desvirtuarse la presunción de legalidad del acto administrativo demandando, por las razones expuestas y en virtud a que no es jurídicamente viable el reconocimiento simultaneo las pensiones de invalidez y de jubilación, la sentencia recurrida que negó las pretensiones de la demanda, deberá ser confirmada, atendiendo las previsiones y reglas señaladas en las consideraciones precedentes, y a las cuales se deberán acoger las partes al momento de dar cumplimiento a la sentencia.

Finalmente, se accederá a renuncia de poder presentada por el apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FONPREMAG[29].

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, proferida por escrito por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, que negó las pretensiones de la demanda.

[29] Folios 167 – 172.

SEGUNDO: ACEPTAR la renuncia de poder presentada por el abogado Orlando Rivera Vargas, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 79.304.472 expedida en Bogotá y tarjeta profesional Nro. 65.741 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FONPREMAG, de conformidad con el memorial allegado[30].

TERCERO: Por Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen y dejar las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

Los Consejeros,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

[30] Folio 172.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)

SLIV/lavm.