



21

Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., siete (07) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: AURA SUANIR MENA MENA
Demandada: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG.
Temas: Incompatibilidad entre pensión de invalidez y jubilación – Régimen prestacional docente – Ley 1437 de 2011

APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sentencia O-253-2019

ASUNTO

Decide esta Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA

La señora Aura Suanir Mena Mena, por conducto de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG.

Pretensiones¹

1. Se declare la nulidad de la Resolución 7549 del 6 de diciembre de 2013, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, denegó el reconocimiento y pago de

¹ Folios 11 y 12.



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

una pensión vitalicia de jubilación a la demandante.

2. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a la demandada a reconocer y pagar en favor de la señora Aura Suanir Mena Mena la pensión ordinaria de jubilación, incluyéndose las mesadas adicionales y con los reajustes de ley.
3. Se declare que entre las pensiones de jubilación e invalidez existe compatibilidad y pueden percibirse de forma simultánea, dado que la primera se deriva de la afiliación de la docente al FOMAG y la segunda de una enfermedad profesional reconocida por la ARP.
4. Se condene a la demandada a pagar las dos prestaciones relacionadas en el numeral anterior.
5. Se ordene que la suma que resulte como condena sea ajustada conforme al IPC o al por mayor como lo prevé el artículo 187 del CPACA.
6. Se condene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, FOMAG, a pagar los intereses moratorios, costas y agencias en derecho en los términos descritos en el artículo 192 *ibidem*.
7. Se ordene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso, como lo ordena el artículo 192 *ejusdem*.

Hechos relevantes²

1. La señora Aura Suanir Mena Mena nació el 17 de abril de 1953 y cumplió los 55 años de edad el 17 de abril de 2008.
2. La demandante laboró al servicio de la educación oficial en el Distrito de Bogotá, por más de veinte años, esto es, desde el 1 de septiembre de 1977 hasta el 1 de junio de 2004.
3. La Secretaría de Educación de Bogotá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución 4436 del 17 de noviembre de 2004, reconoció y ordenó pagar en favor de la demandante una pensión de invalidez, efectiva a partir del 1 de junio de la misma anualidad.
4. La señora Aura Suanir Mena Mena el 28 de octubre de 2013 solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá reconocer y pagar en su favor la pensión de jubilación de conformidad con lo regulado por la Ley 91 de 1989. Petición que se denegó a través de la Resolución 7549 del 6 de diciembre de 2013.

² Folios 12 y 13.



222

Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

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 determinar el objeto del proceso y de la prueba³. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. 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, en la audiencia inicial, es también una faceta de saneamiento del proceso, en la medida que busca la verificación de hechos constitutivos de excepciones previas, con la colaboración de la parte demandada, o advertidas por el juez, para que se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del mismo, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁴.

En el presente caso, en los folios 177 y 178 del expediente, sobre las excepciones previas se indicó lo siguiente:

[...] [L]a entidad accionada propuso como excepción falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se declara no probada. Respecto a los otros dos hechos exceptivos y por atacar la prosperidad de las pretensiones se resolverán con el fondo del asunto [...]

La decisión quedó notificada en estrados; sin que ninguna de las partes ni el Ministerio Público interpusieran algún recurso.

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 última⁵.

En el *sub lite*, en la audiencia inicial el *a quo* fijó el litigio con fundamento en los hechos, pretensiones y contestación de la demanda, y las partes manifestaron estar

³ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

⁴ Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

⁵ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

de acuerdo con el mismo, tal como consta en el acta que obra en los folios 177 y 178 del expediente.⁶

SENTENCIA APELADA⁷

El *a quo* profirió sentencia escrita el día 14 de septiembre de 2017, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Aura Suanir Mena Mena, bajo los siguientes argumentos:

Explicó brevemente el régimen pensional de los docentes oficiales y señaló que, aun cuando la Ley 100 de 1993 exceptuó a este grupo de su aplicación, los artículos 31 del Decreto 3135 de 1968 y 88 del Decreto 1848 de 1969, aplicables a aquellos que se hubieren vinculado al servicio con anterioridad al 2003, ya habían fijado la incompatibilidad de las pensiones de jubilación e invalidez respecto de los empleados públicos y los trabajadores oficiales, por lo que, de ser el caso, corresponde al empleado elegir la que considere más favorable.

Igualmente, advirtió que contrario a lo expuesto por la demandante en el *sub lite* no es aplicable la postura que sobre el particular desarrolló la Corte Suprema de Justicia el 1 de diciembre de 2009, bajo el radicado 33550, comoquiera que los supuestos de hecho son diferentes, pues en el caso analizado por dicha corporación, la pensión de jubilación es reconocida por el empleador y la de invalidez por una entidad perteneciente al sistema de seguridad social, mientras que en el presente asunto las dos prestaciones estarían a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, afectándose con ello la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En consecuencia, concluyó que los actos administrativos fueron expedidos conforme a derecho, razón por la cual denegó las súplicas de la demanda, tendientes al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en forma simultánea con la pensión de invalidez, ya reconocida. Además, reiteró que la demandante tiene la posibilidad de determinar qué pensión le es más beneficiosa y elegir aquella a través de los trámites administrativos necesarios para su reconocimiento.

Finalmente, no encontró conductas dilatorias o de mala fe en la actuación por lo que se abstuvo de condenar en costas.

⁶⁶ Se advierte que en el acta el Tribunal no hizo una descripción de la fijación del litigio, solo mencionó que se había cumplido con dicha etapa procesal y que respecto de ella las partes se encontraban conformes. Tampoco obra dentro del expediente audió de esta diligencia.

⁷ Folios 179-189.



223

Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Parte demandante.⁸

La demandante consideró que la decisión objeto de impugnación, desconoció el inciso 1, numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, así como los artículos 7 del Decreto 2563 de 1990, 3 del Decreto 2277 de 1979, 2 de la Ley 4ª de 1992, 1 del Decreto 1440 de 1992 y 81 de la Ley 812 de 2003, comoquiera que en ellos se determinó claramente que una vez el docente acredite los requisitos de edad y tiempo de servicios tendrá derecho a que el FOMAG le reconozca y pague una pensión vitalicia de jubilación, la cual no es incompatible con la pensión de invalidez.

Bajo esa misma línea argumentativa, aseveró que el *a quo* vulneró los principios constitucionales a la dignidad humana y el Estado Social de Derecho. Seguidamente, manifestó que pese a devengar una pensión de invalidez, como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, pues prestó sus servicios entre el 1 de septiembre de 1977 y el 1 de junio de 2014, es decir, por más de 20 años, y cumplió 55 años de edad el 17 de abril de 2008, lo que significa que, acreditados los presupuestos legales, en términos de la Corte Constitucional en sentencia C-350 del 29 de julio de 1997, consolidó un derecho adquirido.

De igual forma, indicó que la compatibilidad entre las pensiones de invalidez y jubilación ya ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia, quien señaló que ambas deben concederse por cubrir dos riesgos diferentes como son, en su orden, la pérdida de la capacidad laboral y el paso inexorable de los años.

Concluyó que debe reconocerse la pensión de jubilación porque: i) la demandante es beneficiaria de un régimen especial regulado para los docentes; ii) por su pérdida de la capacidad laboral le fue reconocida una pensión de invalidez; iii) cumplió tanto el requisito de edad como el tiempo de servicios para hacerse acreedora a la pensión de jubilación; iv) las pensiones de invalidez y jubilación son compatibles por cubrir dos riesgos diferentes, de origen distinto y con otro pagador; v) se debe amparar la vejez de una persona que destinó su vida al servicio de la educación oficial y que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación sin que por ello se deje de cubrir su invalidez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes intervino en esta oportunidad procesal, como consta en el folio 217 del expediente.

⁸ Folios 194-201.



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

CONSIDERACIONES

• Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver de acuerdo con lo expuesto por el recurso de apelación se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿La señora Aura Suanir Mena Mena, en calidad de docente oficial a quien le fue reconocida la pensión de invalidez, tiene derecho a que se le reconozca y pague simultáneamente 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 del 1.º de diciembre de 2009¹⁰ según el cual es viable percibir simultáneamente la pensión de jubilación y la de invalidez

Para resolver los interrogantes propuestos, se analizará el régimen pensional aplicable a los docentes, según su fecha de vinculación, en materia de pensión de jubilación y de invalidez, para definir si existe o no incompatibilidad entre ambas prestaciones, para así abordar el caso concreto y analizar si es procedente aplicar el criterio expuesto por la aludida providencia de la Corte Suprema de Justicia, puntos que se estudiarán en el siguiente orden:

1. Régimen pensional aplicable según la fecha de vinculación al servicio docente

1.1. La pensión de jubilación

En relación con las normas que rigen al personal docente, la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹¹ precisó que, de acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y

⁹ «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.[...]»

¹⁰ Radicación 33558.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19, actor: Abadía Reynel Toloza.



224

5

Radicado. 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso al servicio educativo oficial, así:

a. Los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, quienes, en virtud de la Ley 91 de 1989, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 y los factores que se deben tener en cuenta en el ingreso base de liquidación, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Al respecto, la mencionada providencia fijó la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. (Negrita del texto original)

Así, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- Edad: 55 años
- Tiempo de servicios: 20 años
- Tasa de remplazo: 75%.
- Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

b. A los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Para este personal, el ingreso base de liquidación se rige por lo previsto en la Ley 100 de 1993, con los factores señalados por el Decreto 1158 de 1994, sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

Sobre este grupo de docentes la sentencia de unificación fijó la siguiente regla:

Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

En ese orden, los parámetros que se deben atender para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, de los docentes oficiales vinculados con posterioridad a la Ley 812 de 2003, son los siguientes:

- Edad: 57 años para hombres y mujeres
- Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
- Taza de remplazo: 65%-85%¹²
- Ingreso Base de Liquidación: Comprende i) El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y ii) los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, bonificación por servicios prestados, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

Así, se colige que la aplicación de uno u otro régimen está condicionada a la fecha de vinculación al servicio educativo oficial que acredite cada docente.

1.2. La pensión de invalidez docente

Visto como está que las normas en materia pensional que aplican a los docentes, varía en función de la fecha de vinculación, conviene precisar cuáles son las disposiciones que en materia de prestaciones por invalidez rigen para este personal, así:

a. Los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Como se vio, para este grupo de servidores el artículo 15¹³ de la Ley 91 de 1985 conservó la aplicación de la normativa que los venía rigiendo.

¹² Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

¹³ «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:



225

Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

Así las cosas, la Ley 4 de 1966 señaló: «**ARTÍCULO 4º.**- A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.».

Por su parte el Decreto Ley 3135 de 1968, consideró tres prestaciones destinadas a amparar al trabajador que pasara a situación de retiro definitivo del servicio, estas son, invalidez, jubilación y vejez, las cuales, según se desprende del artículo 29 de aquel decreto no serían concurrentes sino alternativas, es decir que solamente podría devengarse una de ellas¹⁴, lo cual se dispone explícitamente en el artículo 31, al hacer explícita su incompatibilidad¹⁵. En el artículo 63 reguló la cuantía de liquidación de la prestación en función del grado de incapacidad laboral 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.
- b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.
- c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable.

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969¹⁶ previó que la pensión de invalidez es aquella prestación que se concede a los trabajadores que hubieran quedado totalmente inhabilitados para desempeñar la labor que constituía su actividad habitual ordinaria o la profesional a la que se dedicaba a causa de una enfermedad ya fuera de origen profesional o no o de un accidente de trabajo (art. 27) ya fuera de manera permanente o transitoria (art. 60). Esta norma reprodujo la incompatibilidad entre las pensiones de invalidez, jubilación y retiro por vejez, y en caso de concurrencia el beneficiario podría optar por la que le resulte más favorable. (art. 88).

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. [...]

¹⁴ **Artículo 29º.-** *Pensión de retiro por vejez.* A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal.

¹⁵ **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.

¹⁶ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

A su turno, la Ley 33 de 1985 no se refirió a dicha prestación.

b. Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, quienes se rigen por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, la pensión de invalidez es una prestación dirigida a cubrir la contingencia de la pérdida de la capacidad laboral en un 50% o más (art. 38).

Sobre este particular, debe resaltarse que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, como una de las características del sistema general de pensiones, previó: «j) Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez», y en cuanto a las normas que rigen esta prestación debe tenerse en cuenta el origen de la invalidez, esto es:

- Por riesgo común, cuya financiación dependerá de si el trabajador se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida (art. 20) o al de ahorro individual con solidaridad (art. 70).
- Por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, se financia por la compañía aseguradora contratada (art. 251)

2. Incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de invalidez

Para abordar la incompatibilidad pensional relevante al presente asunto, es importante precisar que el artículo 64 de la Constitución Política de 1886, modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 1 de 1936 previó: «**Artículo 23.** Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios.», de esta manera es evidente la incompatibilidad entre dos asignaciones financiadas por el Estado y solo por expresa disposición legal sería viable una excepción a dicha regla.

Pues bien, bajo este contexto constitucional el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968¹⁷ indicó que las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, son incompatibles entre sí, y de concurrir, el empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas en los siguientes términos: «[...] 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 [...]» y del mismo modo lo precisó el Decreto 1848 de 1969, en el artículo 88.

Ahora, revisadas las normas que regulan lo atinente al régimen pensional docente, previamente anunciadas, se advierte que se concibieron las siguientes excepciones:

¹⁷ «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.»



226

Radicado. 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

- **Pensión gracia:** En relación con la pensión gracia de que trata la Ley 114 de 1913, en el artículo 4, numeral 3, la cual se mantuvo en el ordinal 2.º literal a) del artículo 14 de la Ley 91 de 1989, señaló una excepción a la regla general prohibitiva antes vista, en los siguientes términos:

[...] 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 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. [...]. (Subraya la Subsección)

- **Ejercicio de la docencia y goce de la pensión de jubilación:** El Decreto Ley 224 de 1972¹⁸, en el artículo 5¹⁹, indicó que el ejercicio de la docencia es compatible con el goce de la pensión de jubilación. Lo que implica que los educadores podían recibir simultáneamente pensión de jubilación y salario.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de 1991 se mantuvo la prohibición de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, así: «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.». En cuanto a las excepciones a dicha regla general, el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 admitió «Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.».

En línea con lo anterior, el artículo 6.º de la Ley 60 de 1993 señaló:

Artículo 6o. Administración del personal.

[...]

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 párrafo 2.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al señalar las excepciones de la aplicación del régimen de seguridad social, incluyó a los afiliados

¹⁸ «Por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente.»

¹⁹ «**ARTÍCULO 5º.**- El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. »



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio «[...] cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración [...]».

Bajo el marco-normativo expuesto, esta corporación explicó que los docentes pueden adquirir el estatus pensional, obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y, a la vez seguir en ejercicio de la actividad, toda vez que su caso, no existe incompatibilidad entre la pensión ordinaria de jubilación y el salario, así como tampoco entre la pensión gracia, el salario y la pensión de jubilación. Así lo señaló en sentencia del 3 de mayo de 2001²⁰:

[...] 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. 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. [...]. (Se subraya)

Esta posición se ha mantenido en posteriores providencias emitidas por esta corporación²¹.

En este punto conviene destacar que, más adelante, el Decreto Ley 1278 de 2002²² señaló: «ARTÍCULO 45. Incompatibilidades. Además de las establecidas en la Constitución y en las leyes para todos los servidores públicos, el ejercicio de cargos en el sector educativo estatal es incompatible con: a. El desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido. b. El goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares.».

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se concluye:

- Bajo el imperio de la Constitución Nacional de 1886 y de la Constitución Política de 1991 ha existido la prohibición general de devengar dos o más asignaciones provenientes del erario, salvo las excepciones legales.

- Respecto de los educadores, existieron excepciones legales a la regla prohibitiva general, que se circunscriben a: Pensión gracia con pensión de jubilación y con

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 3 de mayo de 2001, radicado 2841-2000, la cual se citó en la providencia del 1.º de marzo de 2018, Sección Segunda, Subsección A. Radicación: 20001-23-39-000-2015-00167-01(1629-16).

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, radicado 25000-23-42-000-2013-01670-01(2554-2017), actor: Margarita Isabel Torres Sánchez

²² Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.



227

Radicado. 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

servicios docentes, pensión de jubilación con salario proveniente de la vinculación como educador.

- Las normas aplicables en materia pensional a los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 señalan explícitamente la incompatibilidad entre pensión de invalidez y pensión de jubilación, con la posibilidad de que se opte por la que resulte más favorable (Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1748 de 1969).

- Por su parte, aquellos docentes que se vincularon al servicio con posterioridad a la Ley 812 de 2003, sometidos a la reglamentación de la Ley 100 de 1993, también se encuentran afectados por la incompatibilidad entre pensión de invalidez y pensión de vejez, al tenor de lo dispuesto por el artículo 13 *ibidem*.

En efecto, esta corporación ha expuesto que esta incompatibilidad pensional entre las prestaciones de jubilación e invalidez, bien sea de origen común o profesional, está sustentada en las siguientes razones²³:

- 1.- Tienen su origen en una misma relación laboral;
- 2.- Están condicionadas a los aportes que la demandante realice al Sistema General de Seguridad Social;
- 3.- Su finalidad es la misma, es decir, mientras la pensión de vejez o jubilación tiene como objeto cubrir la pérdida de la capacidad de trabajo por haber llegado la persona a la vejez, la pensión de invalidez se encamina a cubrir la pérdida de la capacidad laboral pero ya en razón de la invalidez, es decir cumplen la misma función protectora para permitir la subsistencia de la persona sea por su condición de vejez o invalidez.

3. Caso concreto:

Dentro del proceso se acreditó lo siguiente:

- Que la señora Aura Suanir Mena Mena nació el 17 de abril de 1953.²⁴
- Que la demandante prestó sus servicios como docente en el distrito de Bogotá desde el 30 de septiembre de 1977 y hasta el 1 de junio de 2004, según se indica en

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de julio de 2016. Radicación: 1793-2015, posición reiterada en la providencia de la Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, radicación: 25000-23-42-000-2013-01670-01(2554-2017), actor: Margarita Isabel Torres Sánchez.

²⁴ Así consta en la cédula de ciudadanía obrante en el folio 2.



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

el formato único para expedición de certificado de historial laboral emitido por la Secretaría de Educación de Bogotá el 9 de abril de 2013.²⁵

- Que mediante Resolución 04436 del 17 de noviembre de 2004 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, oficina regional de Bogotá, reconoció en favor de la docente pensión por invalidez por la pérdida de capacidad laboral del 96%, efectiva a partir del 1 de junio de 2004²⁶.
- Que la señora Aura Suanir Mena Mena, como se advierte en el formato único para expedición de certificado de salarios, devengó durante los años 2003 y 2004 los siguientes factores²⁷:
 - Asignación básica
 - Prima de alimentación
 - Prima especial
 - Prima de vacaciones
 - Prima de navidad
- Que el 28 de octubre de 2013 la demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación, la cual fue denegada a través de la Resolución 7549 del 6 de diciembre de 2013²⁸.

De los documentos señalados se observa que la demandante se encontraba vinculada en el servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, el 30 de septiembre de 1977, conforme se desprende del «Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral» visible en el folio 10, por lo que se colige que en lo correspondiente al régimen pensional de esta, se rige por la Ley 91 de 1989, que para el efecto, remite a la Ley 33 de 1985, el Decreto Ley 3135 de 14968 y el Decreto 1848 de 1969, las cuales consagran expresamente la incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez.

Ahora, una consecuencia 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 como ocurrió en el presente caso; sin embargo, a la entidad demandada le era imposible proceder al reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por la demandante, toda vez que las pensiones pretendidas en el presente asunto provienen de una misma causa, esto es, de los aportes a pensiones efectuados por la demandante al Sistema de Seguridad Social y tienen la misma finalidad, es decir, cubrir la pérdida de capacidad de trabajo.

²⁵ Folio.10.

²⁶ Folios 6-8.

²⁷ Folio 9.

²⁸ Folios 3-4.



228

Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

Por tanto, en línea con lo señalado por esta corporación en reiterada jurisprudencia²⁹, la señora Aura Suanir Mena Mena tiene la posibilidad ante la administración de optar por la que más le convenga económicamente, siendo una actuación administrativa ajustada al ordenamiento jurídico, pues la norma la faculta para escoger cuál de esas pensiones le es más favorable, razón por la cual, no se vulneran principios constitucionales como el de favorabilidad o derechos adquiridos.

4. De la aplicación del criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia

Para analizar lo relativo a la aplicación del criterio jurisprudencial anunciado por la demandante, conviene analizar si la providencia del 1.º de diciembre de 2009, proferida por la Corte Suprema de justicia contiene un criterio vinculante para el Consejo de Estado o si es precedente para el *sub examine*³⁰. Para el efecto, en la sentencia C-539 de 2011, la Corte Constitucional reiteró la obligación de las autoridades públicas de carácter administrativo o judicial de someterse a la Constitución y a la ley, lo cual supone que deben acatar el precedente judicial de las Altas Cortes, de las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.

La sentencia en mención, resalta que lo anterior se funda en que esa sujeción es un presupuesto esencial del Estado Social de Derecho y un desarrollo de los fines del Estado, dado que son los máximos órganos en sus respectivas jurisdicciones, encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

Igualmente, en sentencia C-816 de 2011, la Corte Constitucional estableció con claridad que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica contenidos en los artículos 13 y 83 de la Carta Política.³¹ Por lo

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de julio de 2016, radicado: 1793-2015 ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 13 de noviembre de 2014, radicado 3008-2013; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 25 de marzo de 2010, radicación: 3058-2004; iv) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de septiembre de 2010, radicación: 1067-2009.

³⁰ El precedente es el criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión, que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros, que, además, incorpora en su seno los hechos materiales del caso. Cfr. DEIK ACOSTAMADIEDO, Carolina. *El precedente contencioso administrativo: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 289-290.

³¹ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

Efectivamente, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional, la garantía del derecho a la igualdad en el ámbito judicial se materializa a través de la coherencia de las decisiones judiciales. Para tal efecto, los jueces deben resolver los casos nuevos en la misma forma en que se han resuelto otros anteriores que presentaban un patrón fáctico y jurídico similar al nuevo proceso. De esta forma, los funcionarios judiciales quedan sujetos tanto al propio precedente *–horizontal–*, como al fijado por sus superiores funcionales *–vertical–*.³²

Sin embargo, en este punto debe tenerse especial atención a que solo el precedente de la Corte Constitucional contenido en las sentencias de constitucionalidad y las de unificación en sede de tutela, tienen el carácter obligatorio y vinculante, para las demás jurisdicciones, pues así se deriva del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, que dispone:

ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces³³.

Adicionalmente, la sentencia C-037 de 1996, en relación con el segundo numeral transcrito precisó:

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

³² SU-050-2017. Ver también sentencia T-123 de 1995. Respecto de estos precedentes, en Sentencia C-179 de 2016 explicó la alta corporación que «[...] mientras el *precedente horizontal* supone que, en principio, un juez *–individual o colegiado–* no puede separarse de la *ratio* que ha fijado en sus propias sentencias al momento de resolver casos con idénticas características; el *precedente vertical* implica que, como regla general, los jueces no pueden apartarse de la regla de derecho dictada por las autoridades superiores en cada jurisdicción, como previamente se dijo, encargadas de unificar la jurisprudencia. [...]».

³³ Declarado condicionalmente exequible por la sentencia C-037 de 1996.

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

www.consejodeestado.gov.co



229

Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad³⁴.

De esta manera, es plausible concluir que la sentencia invocada emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no contiene un criterio vinculante para esta corporación, si se tiene en cuenta el criterio de autoridad que ello supone.

Con todo, si se admitiera que la sentencia del 1.º de diciembre de 2009, dentro del proceso con radicación interna 33558³⁵ proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contiene un criterio vinculante para esta jurisdicción, debe tenerse en cuenta que en esa providencia se abordó un caso en que un trabajador oficial a quien el Instituto de Seguros Sociales le había reconocido pensión de invalidez de origen profesional, solicitó al Banco Central Hipotecario el reconocimiento de una pensión de jubilación, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

En esa oportunidad la Corte Suprema de Justicia estimó que era viable que el trabajador devengara simultáneamente ambas prestaciones, dado que la de jubilación está a cargo del empleador, mientras que la de invalidez reconocida según el Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964, estaba cubierta por una entidad que hace parte del sistema de seguridad social, caso en el cual «dada la autonomía financiera y contable del subsistema, las prestaciones allí contempladas, se conceden independientemente de las consagradas para los riesgos de invalidez y muerte de origen común.». Por tal razón consideró lo siguiente:

Lo mismo cabe referir respecto de lo preceptuado en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe la concurrencia de las pensiones de invalidez y de vejez en un mismo afiliado; empero, al encontrarse ubicado el precepto en el

³⁴ En aquella providencia se citó la Sentencia T 123 de 1995.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 1.º de diciembre de 2009, demandante: Camilo Eduardo Riaño Fernández, demandado: Banco Central Hipotecario – En Liquidación.



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

libro primero de dicho ordenamiento, debe interpretarse que no abarca lo relacionado con riesgos profesionales, que tienen su propia regulación en el libro tercero de tal estatuto. En ese orden, aún con el vigor jurídico que cobró la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 1994, las pensiones de invalidez por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, son compatibles con la de vejez o con la de invalidez de origen común, entre otras cosas, por la potísima razón de que los recursos con que se pagan, tienen fuentes de financiación independientes, toda vez que se cotiza separadamente para cada riesgo.

Consideró que las pensiones de jubilación y de invalidez eran compatibles. Para el efecto, indicó:

[...] 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 concurren 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 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 mutar la pensión de vejez, puesto que ampara un riesgo diferente. En consecuencia, la sentencia cuestionada no incurre en la trasgresión jurídica que le enrostra la censura, sin que sobre anotar que el interés que le asiste al ente bancario accionado para solicitar la compatibilidad se ve seriamente comprometido, dado que quien eventualmente estaría interesado en la integración de las dos pensiones es la entidad de seguridad social que reconoció y actualmente paga la prestación por invalidez, dado que al momento en que asuma el pago de la pensión de vejez, será quien deba sufragar las dos prestaciones. [...]» (Resalta la Sala)

Analizada la providencia en cita, se advierte que no sería aplicable al presente caso, toda vez que en aquella oportunidad se consideró que el hecho de que la pensión de invalidez estuviera a cargo de una entidad distinta a aquella frente a la cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, Instituto de Seguros Sociales y Banco Central Hipotecario, respectivamente, no se afectaba el principio de sostenibilidad del sistema de seguridad social, lo cual no ocurre en el *sub judice*, en el que ambas prestaciones estarían a cargo de la misma entidad, esto es, de la Secretaría de



230

Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

Educación de Bogotá, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir, que no existe la identidad fáctica que precisa la aplicación del precedente.

En conclusión: La señora Aura Suanir Mena Mena, en calidad de docente oficial a quien le fue reconocida la pensión de invalidez, no tiene derecho al reconocimiento y pago simultáneo de la pensión de jubilación, como quiera que ambas prestaciones son incompatibles. En efecto, la primera fue reconocida bajo los parámetros de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, normas que señalan expresamente que ambas no pueden concurrir.

Adicionalmente, en este caso el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 1.º de diciembre de 2009 no se constituye en precedente obligatorio para esta jurisdicción, y aunque lo fuera, no guarda identidad fáctica con el *sub examine*, toda vez que en esa oportunidad se debatió la compatibilidad entre una pensión de invalidez de origen profesional y otra de jubilación, prestaciones a cargo de diferentes entidades, distinto a lo que en este asunto se presenta, en donde se reclaman ambas prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Decisión de segunda instancia

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, del 14 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que denegó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso la señora Aura Suanir Mena Mena contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Renuncia

Los abogados Diana Maritza Tapias Cifuentes y César Augusto Hinestrosa Ortigón mediante escrito radicado el 28 de febrero de 2019, obrante a folio 219 del expediente, renunciaron al poder otorgado por la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin embargo, revisado el *dossier* no se encontró que los mismos actuaran como representantes de la referida entidad, motivo por el cual la Sala no aceptará la aludida renuncia.

De la condena en costas



Radicado: 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

Esta Subsección en providencia del 7 de abril de 2016³⁶ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso no habrá condena en costas a la parte demandante en segunda instancia porque, si bien resultó vencida en el proceso de la referencia, pues no prosperaron los argumentos del recurso de alzada, la parte demandada no intervino en el trámite surtido ante esta Corporación,

³⁶ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

³⁷ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»



Proceso recibido en secretaría
Hoy 22 NOV 2019

231

Radicado. 25000-23-42-000-2014-00169-01 (1009-2018)
Demandante: Aura Suanir Mena Mena

por lo que no se encuentran causadas, tal como lo señala el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 del 14 de septiembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que denegó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió la señora Aura Suanir Mena Mena contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

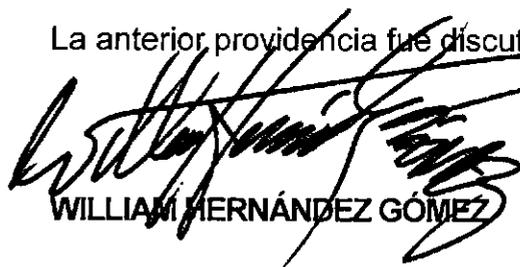
Segundo: Sin condena en costas en esta instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero: No se acepta la renuncia presentada por los abogados Diana Maritza Tapias Cifuentes y César Augusto Hinestrosa Ortégón de acuerdo con lo expuesto *ut supra*.

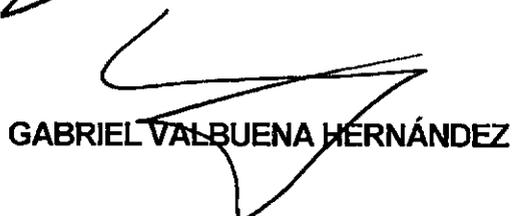
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase.

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


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

legis

