

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No. 700012333000201300185 01 (1738-2014)

Actor: Hilda Milena Ordóñez Sierra

**Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional
y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social
– UGPP¹**

Trámite: Ley 1437 de 2011

**Asunto: Compatibilidad de la pensión gracia con la pensión
ordinaria de jubilación.**

La Sala procede a resolver² el recurso de apelación presentado por las partes contra la sentencia de 11 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Primera de Decisión Oral, por medio de la cual reconoció el derecho a la pensión gracia.

I. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones

¹ En adelante UGPP

² Con el informe secretarial de 24 de julio de 2015 a folio 229.

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Hilda Milena Ordóñez Sierra solicitó declarar la nulidad de las Resoluciones No. 21789 de 17 de mayo de 2007³, mediante la cual, la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN⁴ negó el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión gracia dada la incompatibilidad que ésta tiene con la pensión ordinaria de jubilación, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 4º, numeral 3º de la Ley 114 de 1913⁵ pues en ambos casos provienen del tesoro nacional, y en consecuencia, no poder ser beneficiario de la pensión gracia, el docente que reciba pensión o recompensa de carácter nacional, lo que ocurre en este caso, puesto que la demandada mediante oficio C.P.P. N° 17656 de septiembre de 2006, aceptó la cuota parte pensional en virtud del reconocimiento otorgado mediante la Resolución No. 5101 de 21 de diciembre de 2005; y la N° RDP 013894 de 20 de marzo de 2013⁶ proferida por la UGPP, que resolvió el recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, confirmándola en todas sus partes.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenar a la UGPP, el reconocimiento y pago de la pensión gracia, desde la causación del derecho, es decir, del 20 de marzo de 2005, y como consecuencia de ellos, le ordene el pago de las diferencias causadas con retroactividad; que se pague de manera indexada las mesadas causadas y no pagadas, y sobre éstas sumas, sufragar los reajustes conforme al Índice de Precios al Consumidor⁷ de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, con los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; y que

³ Visto a folios 3 a 6.

⁴ En adelante CAJANAL.

⁵ “*Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela*”

⁶ Visto a folios 7 a 8.

⁷ En adelante IPC.

se dé cumplimiento al fallo dentro de los 30 días siguientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192 del C.C.A.⁸

1.2. HECHOS EN LOS QUE FUNDÓ SUS PRETENSIONES

La accionante demandó la nulidad de los actos administrativos mencionados pues considera cumplir con todos los requisitos que gobiernan la pensión gracia, como son la edad, tiempo de servicio y buena conducta durante su ejercicio docente, a pesar de habersele reconocido una pensión mensual vitalicia de jubilación por cuotas partes, a través de la Resolución No. 5101 de 21 de diciembre de 2005.

1.3. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE LA VULNERACIÓN

Se invocaron como disposiciones vulneradas, las siguientes:

Constitución Política, artículos 2 y 48.

Código Civil, artículos 27, 30 y 31.

Ley 39 de 1903, artículos 3, 4 y 13.

Ley 114 de 1913, artículos 1 al 4.

Ley 116 de 1928.

Ley 37 de 1933, artículo 3.

Ley 4ª de 1996, artículo 4.

Ley 91 de 1989.

⁸ Debe entenderse que se refiere al C.P.A.C.A. Ley 1437 de 2011.

Afirma que la demandada vulneró los artículos 1º y 4º de la Ley 114 de 1913, especialmente su numeral 3º, que permite al maestro recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal concedidas por la Nación y por un Departamento, por cuanto el argumento principal que tuvo la UGPP para negar el reconocimiento de la pensión gracia, consistió en que la prestación solicitada a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Antioquia, se impuso a CAJANAL, una cuota parte pensional por tiempos prestados al Departamento de Sucre, pero cotizados a dicha entidad de previsión, lo cual implica que son cotizados a la Nación y no al ente territorial.

Asevera que el hecho de asumir la demandada el pago de una cuota parte de la pensión ordinaria de jubilación, no hace nugatorio el reconocimiento de la pensión gracia, dado que las cotizaciones efectuadas en el año de 1975 durante el cual estuvo vinculada al Departamento de Sucre, fueron realizadas a CAJANAL en virtud del convenio interadministrativo suscrito entre ésta y el citado ente territorial, para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas.

Sostiene que la pensión gracia coexiste con la pensión ordinaria de jubilación o vejez, de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-073 de 2011, la cual sostiene, que quienes hayan accedido a una pensión de vejez y que a su vez cumplan con los requisitos para ser beneficiario de la pensión gracia, tienen derecho a recibir las dos prestaciones, pues con dicho reconocimiento, desaparecen las circunstancias de desigualdad frente a los educadores del orden nacional.

En consecuencia, los actos administrativos acusados incurrieron en falsa motivación al desconocer que tiene derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por cumplir todos los requisitos exigidos en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 33 de 1993 y 91 de 1989.

1.4. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda⁹, precisando que no debe reconocer la pensión gracia solicitada, por considerar que a pesar de ser posible la compatibilidad entre el reconocimiento de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación, no aplica cuando la peticionaria haya recibido o reciba asignación por parte de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4^o, numeral 3^o de la Ley 114 de 1913.

Trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional C-954 del 26 de julio de 2000, la cual establece que no se puede recibir doble asignación del tesoro nacional, y en el caso concreto, la demandante está percibiendo el pago de una pensión ordinaria de jubilación, asumido, por la UGPP en una cuota parte y la otra que está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.5. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Primera de Decisión Oral, mediante sentencia de 11 de febrero de 2014¹⁰, declaró la nulidad de los actos demandados y como restablecimiento del derecho, ordenó a la UGPP, reconocer y pagar la

⁹ Folios 127 a 130.

¹⁰ Folios 143 a 160.

pensión gracia a la demandante, teniendo como base el IBL del 75% del salario promedio mensual obtenido en el último año en que adquirió el status, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en esas fechas, es decir, del 22 de marzo de 2004 al 22 de marzo de 2005, previa aplicación de la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de junio de 2010, bajo los siguientes argumentos:

De acuerdo con el material probatorio recaudado, concluyó que la accionante cumple los requisitos para ser beneficiaria de la pensión gracia de conformidad con lo dispuesto en la Ley 114 de 1913, por poseer las condiciones de tiempo de servicio, de edad y buena conducta, sin que el hecho de gozar de la pensión de jubilación a cargo de la total o parcialmente de una entidad del orden nacional, sea obstáculo para conceder este beneficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15, numeral 2º literal a) de la Ley 91 de 1989¹¹. En cuanto a la prescripción de las mesadas, la declara a partir del 18 de junio de 2010, pues la interrupción de la misma, se llevó a cabo con la presentación de la demanda, esto es, el 18 de junio de 2013, debido que la reclamación administrativa del derecho fué presentada el 10 de mayo de 2004, es decir, antes de su causación el día 22 de marzo de 2005.

1.6. LA APELACIÓN

La parte demandante y demandada interpusieron recurso de apelación dentro del término legal para ello, contra la sentencia de primera instancia, así:

¹¹ “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”

La accionante mediante escrito¹² solicitó revocar la decisión referida a la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de junio de 2010, puesto que a pesar de haber presentado la reclamación administrativa 10 de mayo de 2004, no se había agotado la vía gubernativa por estar pendiente de decisión el recurso de reposición interpuesto contra la decisión que negó el reconocimiento de la pensión gracia mediante Resolución No. 21789 de 17 de mayo de 2007, y la fecha de la decisión del recurso, fué el 13 de marzo de 2013 mediante Resolución RDP No. 013894, fecha en la cual quedó agotada la vía gubernativa.

Agrega que dentro del capítulo de pruebas de la demanda, en su numeral 17, solicitó tener como prueba el expediente administrativo original que reposa en la entidad demandada y que el a quo no tuvo en cuenta al momento de decidir sobre la prescripción en cuestión.

La accionante mediante escrito¹³ reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Luego de hacer un breve recuento de la normatividad que rige la pensión gracia, resalta que son beneficiarios de la misma los docentes de carácter distrital, municipal o departamental, puesto que la prestación está vetada para los docentes cuyo nombramiento provenga del Ministerio de Educación Nacional, y afirma que la accionante no puede devengar pensión o recompensa de carácter nacional, por estar prohibido percibir doble remuneración del tesoro público, como ocurre en el presente caso, pues la demandante goza actualmente de una pensión de carácter nacional, la cual es financiada por la UGPP a través de una cuota parte pensional. En tal virtud, advierte la incompatibilidad abierta entre la pensión gracia y la ordinaria de jubilación.

¹² Visible a folios 164 a 181.

¹³ Visible a folios 183 a 186.

1.7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante presenta alegatos de conclusión¹⁴ dentro del término legal, presentando los mismos argumentos desarrollados en el escrito del recurso de apelación, razón por la cual se considera innecesario hacer tal referencia.

La parte demandada presentó alegatos de conclusión¹⁵ dentro del término legal para ello, bajo los lineamientos esbozados en la contestación de la demanda y en el escrito del recurso de apelación, por lo que tampoco se destacarán.

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR

Atendiendo a los argumentos expuestos por las partes demandante y demandada en el recurso de apelación, en principio se decidirá el asunto en el siguiente orden: *(i) la competencia para decidir el recurso de apelación (ii) problema jurídico, (iii) resolución del recurso de apelación.*

¹⁴ Ver folios 225 a 227.

¹⁵ Ver folio 228.

(i) COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150 y 243 de la Ley 1437 de 2011, ésta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Sucre, que accedió las pretensiones de la demanda.

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 no son del texto original)

“Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. (...)”

(ii) PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala establecer:

1. ¿Es compatible la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación, teniendo en cuenta que ésta es financiada parcialmente por la entidad demandada a través de la cuota parte que le corresponde?

En caso de ser positiva la respuesta a la anterior, se procederá a desarrollar el siguiente problema jurídico.

2. ¿Debe aplicarse la prescripción trienal a partir de la fecha de la presentación de la reclamación administrativa ante la entidad respectiva, o debe tenerse en cuenta a partir de la respuesta efectuada al recurso de reposición?

(iii) RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

2.3.1. El Cargo Formulado

Considera la parte demandada que es incompatible la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación, en virtud que es imposible ser beneficiario del derecho aludido cuando se ha recibido recompensa, remuneración o pensión del orden nacional.

Por su parte, la parte demandante considera que no se puede aplicar la prescripción trienal de las mesadas, pues afirma que cuando se agotó la vía gubernativa el día 13 de marzo de 2013, no habían transcurrido 3 años hasta la fecha de la presentación de la demanda, esto fué el 18 de junio de 2013.

Procede la Sala a realizar un análisis de la compatibilidad de la pensión gracia con la de jubilación, partiendo de la base normativa y jurisprudencial, así como de los argumentos del apelante y de los hechos del caso sub lite, a fin de establecer la posibilidad de reconocer la pensión gracia a la demandante.

En caso de ser posible dicha compatibilidad, se proseguirá con el análisis presentado por la parte demandante en el escrito de apelación, relacionado con la prescripción decretada por el a quo en el fallo de primera instancia.

2.3.2. Análisis de la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación.

Procede la Sala a realizar el análisis normativo y jurisprudencial sobre el tema a continuación.

El artículo 4º, numeral 3º, de la Ley 114 de 1913, estableció lo siguiente:

*“**Artículo 4º.-** Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:*

1. (...)

3. *Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento. Ver Artículo 19 Ley 4 de 1992 Artículo 6 Ley 60 de 1993 Decreto Nacional 224 de 1972”* (Subraya esta Sala).

El Decreto No. 224 de 1972 “*Por el cual se dictan normas relacionadas con el ramo docente*” en su artículo 5 dispuso:

“Artículo 5. 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. Ver Literal g) artículo 19 Ley 4 de 1992; Inciso 2 artículo 6 Ley

60 de 1993; Radicación 304 de 1989. Sala de Consulta y Servicio Civil” (Subraya esta Sala)

El Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en consulta con Radicación No. 2167 del 16 de octubre de 1985, Consejero Ponente: Dr. Oswaldo Abello Noguera, dijo:

“(…) La consulta del señor Ministro de Gobierno, Dr. Jaime Castro, es la siguiente:

"En algunos Departamentos, hay profesores que a más de percibir pensiones de jubilación, de carácter departamental y nacional, devengan sueldos como maestros de primaria y secundaria.

"Se pregunta: a) Dichos docentes pueden legalmente continuar devengando un sueldo oficial y además dos pensiones de jubilación, nacional una y departamental la otra-

Se considera y responde:

En cuanto a la primera pregunta la mayoritaria responde así:

La Ley expresamente prescribe artículo 5 del Decreto Ley 224 de 1972 que la pensión de jubilación de los docentes es compatible con un cargo de la misma índole. La pensión que reconoce la Nación a los docentes, con fundamento en la Ley 114 de 1912(sic)¹⁶, es de carácter excepcional y por eso se denomina "de gracia". Por consiguiente, esta pensión es compatible con las demás que se le reconozcan al profesor por sus servicios docentes.

Si la ley expresamente autoriza a los docentes para percibir pensión de jubilación y continuar ejerciendo la actividad docente, es por demás obvio que, al cumplir veinte (20) años de servicio en esta

¹⁶ El año de dicha ley corresponde a 1913.

actividad, tengan derecho a otra pensión de jubilación; lo contrario sería injusto, inequitativo y opuesto a la finalidad de la ley que excepcionalmente hace compatibles la pensión de jubilación y el sueldo por servicios docentes.

Todo lo anterior se entiende dentro de los principios prescritos por la ley.” (Resaltado no es del texto original)

“Finalmente cabe agregar el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, relacionado con la compatibilidad entre pensión y sueldo de los educadores oficiales así:

(...)

3. El artículo 5 del Decreto Ley 224 de 1972, actualmente vigente, dispone que "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 65 años de edad".

El artículo 15, numeral 2 de la Ley 91 de 1989 al respecto dispuso:

“Artículo 15. (...) 2.- Pensiones: 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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de 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 ésta Sala)

Sobre la compatibilidad de las pensiones gracia y de jubilación o vejez, y el debate sobre la prohibición constitucional de percibir más de una asignación del tesoro, esta Sala con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, Radicación N° 1573-2011, en sentencia de 21 de octubre de 2013, se pronunció así:

“Compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión de vejez. La pensión gracia tiene un régimen exclusivo que no pende de la afiliación a la Caja de Previsión ni a la regulación de aportes, dado que las normas que la crearon pretendían compensar de alguna manera a los docentes que se encontraban en una situación desventajosa en relación con el salario que percibían, por lo tanto, quienes son beneficiarios de ésta prestación deben sujetarse al cumplimiento de los requisitos consagrados en la Ley 114 de 1913.

El reconocimiento de la pensión de vejez 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.

De lo anterior, es dable concluir que la pensión de vejez tiene su origen en una relación laboral y está condicionada 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.

La compatibilidad de la pensión de jubilación o de vejez con la pensión gracia está consagrada expresamente en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, con el siguiente tenor literal:

“A. 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 hubieren 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”.** (Resalta la Sala).

Dicha disposición es el soporte legal para que un trabajador goce tanto de la pensión de jubilación como de la pensión gracia simultáneamente, beneficio que se causa en razón a que las dos prestaciones tienen regímenes diferentes y por ende, su

reconocimiento no se contrapone al mandato constitucional referido a la prohibición de percibir dos asignaciones del tesoro público. (Resalta esta Sala)

Lo anterior implica que el régimen pensional de los docentes en este aspecto reconoce que no hay prohibición para percibir pensión ordinaria juntamente con la pensión gracia, como le acontece a los demás servidores públicos en virtud del mandato consagrado en el Decreto 3135 de 1968, es decir, no existe fundamento legal que permita concluir que exista incompatibilidad entre estas dos prestaciones.

Expuesto lo anterior, concluye la Sala que no hay duda sobre la compatibilidad entre la pensión gracia y la pensión vejez. (...) En consecuencia a continuación se analizará si fue acertada la decisión de revocar el beneficio pensional gracia, para reconocer la pensión de vejez y dar la orden de devolución de los dineros que el demandante percibió por concepto de la mesada de la pensión graciosa.

Sea lo primero anotar que el docente prestó sus servicios al Distrito Capital por más de 20 años, que se encontraba vinculado a 31 de diciembre de 1980, tal como se verifica en la certificación de tiempo laborado expedida por el ente territorial, y que cumplió 50 años de edad, el 1 de diciembre de 1994, por lo que lo hacía beneficiario de la pensión gracia, en los términos en que le fue reconocida en la Resolución No. 9592 de 1995.

Así las cosas, se destaca que el señor (...) luego del reconocimiento de la pensión gracia tenía la posibilidad de seguir cotizando al sistema al cual estaba afiliado para obtener la pensión ordinaria de jubilación o vejez al momento de cumplir los requisitos para dicho reconocimiento pensional, por disposición expresa del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

La Sala insiste en que la compatibilidad entre la pensión gracia que venía devengando y la pensión de vejez, deviene de que las dos prestaciones tienen regímenes diferentes y por ende, su reconocimiento no se contrapone al mandato constitucional referido a la prohibición de percibir dos asignaciones del tesoro público.

Ahora bien, teniendo claro que el reconocimiento pensional de gracia se realizó dado el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto y que dicho reconocimiento pensional es compatible con la pensión de vejez, debe anotar la Sala que la pensión gracia no podía suspenderse al actor como lo hizo la entidad en el acto administrativo acusado.

Por lo anterior, se confirmará la decisión del A quo en cuanto declaró la nulidad parcial del acto acusado, y dispuso que se continué pagando la pensión gracia en las condiciones en que fue reconocida y estableció que no había lugar a efectuar descuento alguno por mesadas pensionales recibidas.

De otra parte, y antes de abordar el estudio de la procedencia de la reliquidación del monto pensional de vejez reconocido mediante la Resolución No. 8747 de 2005, es pertinente realizar las siguientes precisiones respecto a este reconocimiento pensional:

Se evidencia por la Sala que el actor manifestó que recibe una pensión mensual de jubilación, la cual fue reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución No. 00307 de 9 de febrero de 1996, por los servicios prestados como docente nacionalizado por más de 20 años en el Distrito Capital de Bogotá. Cópia de dicho acto obra a folios 12 a 14 vuelto. (sic)

El reconocimiento pensional antes referido, se efectuó en atención que el docente demostró el cumplimiento de más de 20 años de servicio como docente nacionalizado y el cumplimiento de 50 años de edad, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1995, porque era beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que la pensión se calculó tomando la suma equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el estatus pensional.

Adicionalmente, desde el 9 de febrero de 1996 el señor (...) era beneficiario del reconocimiento pensional de jubilación a cargo del

Tesoro Nacional, específicamente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduciaria la Previsora S.A., pensión que era plenamente compatible con la pensión gracia, reconocida un año atrás por CAJANAL.

En efecto, se produjo aquí la situación poco frecuente pero válida, según la cual le era permitido al docente por disposiciones especiales que regulan a los servidores vinculados al magisterio, el percibir la pensión gracia, la pensión de jubilación y el salario resultante de su vinculación laboral como docente de la Universidad Pedagógica Nacional hasta el 16 de enero de 2005, fecha en que el ente universitario lo desvinculó del servicio.

Esa vinculación laboral como docente tiempo vinculado al ente universitario le permitió al señor Guevara Obando seguir afiliado y cotizando a CAJANAL, para obtener el reconocimiento pensional por parte de la entidad demandada, como efectivamente se obtuvo.

En este punto, la Sala encuentra que son compatibles la pensión de vejez obtenida en CAJANAL con la pensión gracia de jubilación reconocida por la misma entidad. Por la misma razón, la pensión gracia y la pensión de jubilación son igualmente compatibles.
(Subraya esta Sala)

El punto complejo estaría en la discusión acerca de si una pensión de jubilación (obtenida por servicios al Estado de un docente) y una pensión de vejez (obtenida por servicios y cotizaciones a una entidad universitaria estatal- la U.P.N.) son o no compatibles.

Estas pensiones, conforme lo tiene definido la jurisprudencia pueden ser compatibles siempre y cuando correspondan a tiempos de servicios diferentes. Ocurre sin embargo, que dadas las características de la actividad docente, que puede realizarse en distintas jornadas, las dos pensiones podrían ser excepcionalmente compatibles por obedecer, además a vinculaciones laborales que transcurrieron la mayor parte del tiempo con anterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993.

Se tiene, en consecuencia en el presente caso, la situación excepcional y poco frecuente pero valida –se insiste- de un docente que por su vinculación al Distrito en calidad de nacionalizado (entre 1972 y 1999) tuvo derecho, por una parte a la pensión gracia, que le reconoció CAJANAL mediante la Resolución 9592 de 1995, y por esa misma vinculación, también a la pensión ordinaria de jubilación que le reconoció el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución 307 de 1996.

Adicionalmente, por haber laborado y cotizado a CAJANAL como docente universitario entre los años 1978 y 2005, tuvo derecho a que CAJANAL le reconociera la pensión de vejez, en vigencia de la Ley 100 de 1993, mediante la Resolución 8747 de 2005.

Debe advertirse, por último que aquí no cabe el debate sobre la prohibición constitucional de percibir más de una asignación del tesoro, pues la ley hace compatibles, expresamente, la pensión gracia con la de jubilación o la de vejez. *Y en cuanto a la posibilidad de reclamar pensión de vejez por cotizaciones al sistema general y pensión jubilatoria de un régimen exceptuado como el del Magisterio, la propia legislación (Ley 100 de 1993, artículo 279) y la jurisprudencia la admiten al considerar que la pensión de vejez no proviene del “tesoro” sino de los aportes pensionales que tienen naturaleza parafiscal. (Subraya esta Sala)*

El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección “A” Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación N° 4319-2013, en sentencia de 17 de febrero de 2015, así:

“Ahora, en cuanto a la correcta interpretación del contenido de la Ley 91 de 1989, la Sala Plena Contenciosa en sentencia del 27 de agosto de 1997 definió su ámbito de aplicación frente al extinto derecho a la pensión gracia y los docentes que gozaban de una expectativa válida en cuanto a la misma con ocasión del mencionado proceso de nacionalización, en virtud del que en principio la perderían, precisando

con toda claridad el alcance del régimen de transición que ésta contenía. Consideró la Sala Plena en la citada sentencia:

(...)

“4. La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad “con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación”, hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera “... otra pensión o recompensa de carácter nacional. (...)

Lo anterior permite concretar: i) la inexistencia de derecho alguno a la pensión gracia para los docentes nacionales, como quiera que no fueron sujetos de su creación o previsión legal; ii) la vigencia del derecho a la pensión gracia para aquellos docentes territoriales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, siempre y cuando reúnan la totalidad de requisitos consagrados en la Ley para tal efecto; iii) la conclusión de dicho beneficio para los docentes territoriales o nacionalizados vinculados por primera vez a partir del 31 de diciembre de 1980; como también, iv) la excepción que en cuanto a la pensión gracia permite la compatibilidad en el pago de dos pensiones de carácter nacional -pensión gracia y pensión ordinaria de jubilación- en virtud de la Ley 91 de 1989, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición, quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la Ley 43 de 1975, quienes deberán reunir en todo caso los demás requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913 para hacer efectivo dicho beneficio.”

En igual sentido, se pronunció el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección “A” Consejero Ponente: Dr.

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación N° 3518-2013, en sentencia de 28 de abril de 2015, sobre la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión ordinaria de jubilación, así:

“1. Generalidades de la pensión gracia, los docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1980 y su derecho a la misma, y la compatibilidad con la pensión ordinaria de jubilación.

La pensión gracia, establecida por virtud de la Ley 114 de 1913¹⁷, comenzó siendo una prerrogativa gratuita que reconocía la Nación a cierto grupo de docentes del sector público: los maestros de educación primaria de carácter regional o local; grupo que luego, cuando se expidieron las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, se amplió a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de enseñanza secundaria de ese mismo orden.

El numeral 3º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913 consagró que para gozar de la gracia de la pensión es necesario que el interesado, entre otras cosas, compruebe “Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional...”.

De ello se obtiene, de manera inequívoca, que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, porque constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la Nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por ende, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales.

¹⁷ Dispuso su artículo 1º:

“Los maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente ley”.

Resalta la Sala que de acuerdo con el artículo 6^o¹⁸ de la Ley 116 de 1.928, al sujetarse lo allí dispuesto a las exigencias de la Ley 114 de 1913 para que pudiera tenerse derecho a la pensión gracia, dejó vigente lo que este ordenamiento prescribía en el sentido de que dicha prerrogativa no se concedía a docentes que recibieran pensión o recompensa nacional.

Y la Ley 37 de 1933 (inc. 2^o.art.3^o.) lo que hizo simplemente fue extender la referida pensión, sin cambio alguno de requisitos, a los maestros de establecimientos de enseñanza secundaria.

De otra parte, el artículo 15, numeral 2^o, literal A, de la Ley 91 de 1989 estableció:

***“A. 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 de 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 el 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.”** (Sombreado y líneas ajenos al texto)*

La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la Ley 43 de 1975¹⁹ de la educación primaria como de la secundaria.

¹⁸ Señala el artículo 6^o de esta ley:

“Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección”.

¹⁹ *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”, En su artículo 1^o dispuso:*

A ellos, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el ingrediente de su compatibilidad "...con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación"; hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera "... otra pensión o recompensa de carácter nacional".²⁰

En razón de lo anterior, aquellos docentes vinculados con posterioridad a 31 de diciembre de 1980, por disposición de la normativa trascrita, sólo tienen derecho a recibir una pensión ordinaria de jubilación."

Corolario de lo anterior, se infiere, que la Ley 91 de 1989 permitió la compatibilidad de la pensión gracia con la pensión de jubilación, pero solo para aquellos docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, en razón de verse sometidos al proceso de nacionalización de manera repentina, y con la finalidad de este beneficio excepcional, de compensar la desigualdad de los ingresos que percibían

"Artículo 1º.- La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley.

Parágrafo.- El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función".

²⁰ Sobre el alcance de lo consagrado en el numeral del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y, en general, con relación al análisis que sobre el tema de la pensión gracia ha hecho la jurisprudencia, resulta transliterar lo expuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 27 de agosto de 1997, expediente S-699, CP Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Igualmente se pueden revisar, con relación al tema, de la Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 16 de abril de 2009, radicado interno 0798-08, CP Dr. Luís Rafael Vergara Quintero; del 18 de febrero de 2010, radicado interno 2093-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, y del 22 de marzo de 2012, radicado interno 1464-08, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón. De la Subsección B, sentencias del 9 de febrero de 2006, radicado interno 5059-05, CP Dr. Tarsicio Cáceres Toro; del 5 de febrero de 2009, radicado interno 3084-01, CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, y del 24 de marzo de 2011, radicado interno 1537-2010, CP Dra. Gerardo Arenas Monsalve, por mencionar algunas de tantas.

los maestros cuya vinculación obedecía al carácter territorial, municipal, departamental o nacionalizado.

Igualmente, se concluye que las pensiones ordinaria de jubilación y gracia, provienen de fondos diferentes, es decir, que los beneficiarios no están percibiendo doble asignación del tesoro nacional.

Por último, deja claro esta Sala, como bien se ha expuesto en los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados, la posibilidad jurídica que la misma entidad encargada de pagar total o parcialmente a través de cuotas partes la mesada de una pensión ordinaria de jubilación, pueda también reconocer y pagar la pensión gracia, como ocurrió en el caso expuesto de CAJANAL.

Así las cosas, la Sala considera que la demandante puede ser beneficiaria tanto de la pensión gracia como de la pensión ordinaria de jubilación, por cumplir los requisitos necesarios para acceder a ambas prestaciones económicas, las cuales pueden ser asumidas por la entidad demandada, aun en el caso de estar a cargo de manera parcial como ocurre en el asunto objeto de estudio.

2.3.3. Análisis de la prescripción de las mesadas pensionales.

Considera la parte demandante en su escrito de apelación, que no se puede aplicar la prescripción trienal de las mesadas, pues cuando se agotó la vía gubernativa el día 13 de marzo de 2013, no habían transcurrido 3 años hasta la fecha de la presentación de la demanda, esto fué el 18 de junio de 2013.

A contrario sensu, el tribunal de primera instancia consideró que la interrupción de la prescripción operó con la presentación de la demanda, es decir, el 18 de junio de 2013, aplicando la prescripción de las mesadas causadas dentro de los 3 años anteriores, y otorga los efectos fiscales de la prestación a partir del 18 de junio de 2010, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, 101 del Decreto 1848 de 1969 y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, puesto que la reclamación administrativa fué presentada el 10 de mayo de 2004, antes de que el derecho fuera exigible, esto es, el 22 de marzo de 2005.

Sobre el particular, el Decreto N° 3135 de 1968²¹, dispuso en su artículo 41 lo siguiente:

“Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

El Decreto N° 1848 de 1969²² en su artículo 102 sobre la prescripción dice:

“Artículo 102.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

²¹ “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”

²² “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Antes de concluir el asunto en discusión, se procede a determinar los puntos importantes del caso sub lite:

1. La reclamación administrativa del derecho se llevó a cabo el 10 de mayo de 2004.
2. CAJANAL dió respuesta negativa mediante la Resolución N° 21789 de 17 de mayo de 2007.
3. El derecho a la pensión gracia se hizo exigible a partir del 22 de marzo de 2005, fecha en la cual cumplió los requisitos de ley.
4. El recurso de reposición contra el acto administrativo que negó la petición, fue resuelto el día 26 de marzo de 2013.
5. La demanda se presentó el 18 de junio de 2013.

Así las cosas, y de la normatividad referenciada, se concluye lo siguiente:

La demandante solicitó la declaración del derecho a CAJANAL, el cual fué resuelto de forma negativa mediante Resolución N° 21789 de 17 de mayo de 2007, notificado el 21 de junio del mismo año, contra la cual presentó el recurso de reposición dentro del término legal.

El artículo 40 del Código Contencioso Administrativo²³, vigente para la época de los hechos, precisó la figura del silencio administrativo negativo con el fin de evitar que el administrado se viera imposibilitado para continuar ejerciendo sus derechos ante la jurisdicción contenciosa, dada la negligencia de la administración en dar respuesta a una petición.

Dice la norma:

“ARTÍCULO 40. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2304 de 1989 Silencio negativo. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.”

Por su parte, el artículo 135 de CCA, dispuso:

“ARTÍCULO 135. Modificado por el art. 22, Decreto Nacional 2304 de 1989.

La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

²³ Decreto 01 de 1984.

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.”

Así las cosas, se tiene que una vez transcurridos 3 meses a partir de la presentación del recurso de reposición²⁴, queda agotada la vía gubernativa²⁵²⁶ ante la configuración del silencio administrativo negativo.

En el caso concreto, se observa que la accionante podía acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a partir del 22 de septiembre de 2007, para ejercer la acción judicial pertinente.

En tal virtud, considera la Sala que la decisión proferida por el a quo al respecto, se encuentra ajustada a derecho.

III. RESOLUCION DEL CASO

Corolario de lo anterior, es válido concluir que la demandante cumple con los requisitos de edad, tiempo de servicio y buena conducta, calidades personales y profesionales que exige la Ley 114 de 1913 y demás que regulan la materia para

²⁴ El día 22 de junio de 2007.

²⁵ Establecida en el CCA vigente para la época de los hechos, como el requisito previo para acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, para demandar la nulidad de los actos administrativos controvertidos.

²⁶ De acuerdo al trámite establecido en el CCA.

acceder a la pensión gracia, y en consecuencia, el fallo apelado que accedió a las súplicas de la demanda merece ser confirmado.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 11 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Primera de Decisión Oral, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Hilda Milena Ordóñez Sierra la contra Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por intermedio de la Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, y déjense las constancias respectivas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión por los Consejeros,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)

CARMELO PERDOMO CUÉTER