



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

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2018-00963-01 (3364-2021)
Demandante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES¹
Demandada: RAFAEL CASTELLANOS LÓPEZ

Tema: Compatibilidad entre pensiones de vejez. No se configura la prohibición de doble erogación del tesoro público del artículo 128 constitucional. **CONFIRMA.**

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Colpensiones instauró demanda en contra del señor Rafael Castellanos López, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad de la Resolución 053381 del 5 de abril de 2013, que reconoció una pensión de vejez a favor del señor Rafael Castellanos López, en cuantía inicial de \$1.949.590, efectiva a partir del 1.º de abril de 2009.

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la pensión otorgada es incompatible con la prestación de vejez que le fue reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que se condene al demandado a la devolución de las sumas pagadas desde la fecha de inclusión en nómina de pensionados, conforme a la Resolución

¹ En adelante Colpensiones.



VPB55559 del 4 de febrero de 2016; y que se indexen las sumas que resulten de la condena o se concedan los intereses moratorios a que haya lugar.

HECHOS

La demanda se fundamentó en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Que el señor Rafael Castellanos López nació el 3 de noviembre de 1984, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión el 13 de mayo de 2015.

Que, a través de la Resolución GNR053381 del 5 de abril de 2013, Colpensiones le concedió una pensión de vejez en una cuantía inicial de \$1.949.590, con efectividad a partir del 1.º de abril de 2009.

Que el 20 de noviembre de 2014 el demandado solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, siendo atendida de manera negativa en la Resolución GNR270750 del 3 de septiembre de 2015 y, en su lugar, se requirió la autorización para la revocación del acto administrativo del 5 de abril de 2013.

Que los recursos interpuestos fueron resueltos desfavorablemente por medio de las Resoluciones GNR346428 del 3 de noviembre de 2015 y VPB13871 del 28 de marzo de 2016, respectivamente.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida el 1.º de agosto de 2019 y notificada a la parte demandada, la cual contestó oponiéndose a las pretensiones, indicando que Colpensiones tenía pleno conocimiento de la pensión que en su momento fue otorgada por el FNPSM, de ello que resulte improcedente la incompatibilidad que alega en esta oportunidad.

Que con ocasión al reconocimiento y posterior reliquidación de la pensión de vejez, se entiende que el demandado no desplegó maniobras fraudulentas o engañosas con el fin de obtener el derecho en mención. Propuso las excepciones de caducidad y cobro de lo no debido.

En el presente proceso se prescindió de la audiencia inicial en aplicación del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, se corrió traslado para alegar y se dispuso proferir sentencia anticipada.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN



El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia del 15 de abril de 2021², accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la Ley 4.^a de 1992, que regularon lo pertinente sobre la prohibición de devengar doble asignación proveniente del tesoro público y los casos excepcionales que se apartan de dicho mandato.

Que la pensión otorgada por Colpensiones en aplicación del Decreto 758 de 1990 tuvo en cuenta tiempos laborados por el señor Castellanos López en su mayoría en el sector privado. Que el interregno cotizado entre el 5 de octubre de 1988 y el 1.^o de abril de 1992 fue reportado por el SENA como empleador, lo cual en principio llevaría a concluir que la prestación aludida resulta incompatible con la pensión de jubilación concedida en su momento por el FNPSM.

Que, sin embargo, al analizar el total de semanas cotizadas acumuladas por el demandado, se evidencia que estas ascienden a 1.292, de las cuales solo 180 corresponden a la vinculación con el SENA. Que al excluirse el aludido período se obtendría un resultado de 1.112 semanas de cotización, esto es, más del tiempo exigido por el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de jubilación en tales términos.

Que en virtud de que los aportes que financian y permiten el reconocimiento de la pensión de vejez discutida, en su extensa mayoría devienen de las semanas cotizadas por los servicios prestados en el sector privado, la prestación aludida no resulta incompatible con la que devenga a cargo del FNPSM.

Que al margen de que no pueda plantearse una incompatibilidad pensional conforme a lo señalado en el artículo 128 superior, respecto de las prestaciones por el mismo riesgo de vejez que percibe el señor Rafael Castellanos López, el beneficio pensional otorgado por la entidad libelista no puede calcularse con el lleno de las semanas cotizadas (1.292), pues únicamente pueden tenerse en cuenta las 1.112 semanas de aportes en el sector privado, que correspondería a una tasa de reemplazo del 81% sobre el ingreso base de liquidación, según los lineamientos del Decreto 758 de 1990.

Que en el plenario no existen pruebas que evidencien la mala fe del demandado por lo que se torna improcedente la recuperación de los dineros pagados de más a su favor.

En consecuencia, declaró la nulidad parcial de la Resolución 053381 del 5 de abril de 2013 y ordenó reliquidar la prestación del señor Rafael Castellanos López en una cuantía del 81% sobre el IBL, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, sin que exista solución de continuidad en

² Folios 87 a 94.



los pagos. Negó las demás pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación³ expresando que la pensión de jubilación otorgada es incompatible con la reconocida por el FNPSM bajo el mismo riesgo de vejez, toda vez que su financiación provino de dineros del tesoro público, configurándose la prohibición constitucional del artículo 128 superior.

Que únicamente son compatibles las pensiones reconocidas por el magisterio y Colpensiones cuando el derecho se hubiere causado con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 4.^a de 1992, lo cual no ocurrió en el presente asunto por cuanto el demandado cumplió con la totalidad de los requisitos para adquirir el derecho el 10 de octubre de 2004.

Que el pago de una prestación generada sin el cumplimiento de los requisitos legales atenta contra el principio de estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos utilizados para su pago enervan la capacidad de otorgar las pensiones de los afiliados que sí tienen derecho a ella.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En concordancia con el artículo 212 del CPACA y el ordinal 5.º del artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, al admitirse el recurso se dispuso que, una vez notificado, pasara el expediente al Despacho para dictar sentencia, salvo que las partes presentaran solicitud probatoria. En dicho término ninguna de las partes se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe definir la Sala si la pensión de jubilación reconocida por Colpensiones al señor Rafael Castellanos López, en razón de los servicios prestados por este en diversas entidades del sector privado y público, es incompatible con la pensión de vejez concedida por el FNPSM, con ocasión de su labor desarrollada como docente oficial.

Marco normativo y jurisprudencial

El artículo 128 de la Constitución Política de Colombia reza lo siguiente:

«ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de

³ CD contentivo de actuaciones electrónicas, visible a folio 95.



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.».

Esta norma fue desarrollada a través de la Ley 4.^a de 1992, en la cual se regularon las respectivas excepciones a la prohibición citada en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 19. 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. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.».

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-133 de 1993 declaró la exequibilidad de la anterior norma, al considerar que esta se ajusta al postulado suprallegal de la incompatibilidad entre dos o más asignaciones del erario.

La prohibición constitucional para recibir dos o más pagos con fuente de financiación de recursos públicos abarca también a las pensiones, en términos generales, desde el concepto amplio de asignación, ello siempre y cuando su causa u origen sea común mientras provengan de aportes derivados de sendas vinculaciones con el Estado.

La Sala precisa que el hecho de que una de las prestaciones sometidas a examen de compatibilidad haya sido reconocida por el Instituto de Seguros Sociales no conlleva por sí misma la naturaleza de erogación del erario; aun si el artículo 49 del Decreto 758 de 1990 preveía la improcedencia de devengar las pensiones reconocidas por dicha institución con las demás contempladas para el sector público.

Esta Sección ha indicado que el contenido del artículo 128 superior, al referirse a la noción de asignación del tesoro público, debe entenderse de manera irrestricta y, en consecuencia, los aportes al mentado sistema no podían hacer



parte de este criterio.

En sentencia del 19 de febrero de 2015⁴ se indicó en un caso similar, en el que había cotizaciones del sector privado y del sector público, que, en definitiva, no es posible devengar dos pensiones de vejez consolidadas por tiempos prestados al servicio del Estado; pero que sí resultaba viable la compatibilidad cuando una tuviera como base aportes del sector privado, y la otra aportes de empleadores de derecho público:

«De lo anterior se concluye que es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares.

No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el Instituto del Seguro Social incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del "tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado" y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público.». (Negrita fuera de texto).

Bajo este contexto, el ordenamiento jurídico y la línea jurisprudencial vigentes habilitan la compatibilidad entre dos pensiones de vejez en favor de un mismo beneficiario, aun cuando estas busquen proteger el mismo riesgo o compartir un objeto análogo, siempre y cuando sus fuentes de financiación en materia de aportes sean diferentes en punto a la esencia de los vínculos laborales que sustentan ambas prestaciones, esto es, que se trate de cotizaciones derivadas en cada caso exclusivamente de tiempos de servicio a diferentes empleadores del sector público y privado respectivamente.

Resolución del caso concreto

Conforme al material probatorio, se puede determinar que el señor Rafael Castellano López devenga dos pensiones, una de jubilación reconocida por el tiempo de servicios como docente oficial, y otra de vejez, por el tiempo cotizado a pensión en el sector eminentemente privado. También se destaca que:

i) La pensión concedida por Colpensiones mediante Resolución GNR053381 del 5 de abril de 2013⁵, en aplicación del Decreto 758 de 1990, tuvo en cuenta para el período del ingreso base de liquidación los tiempos laborados por el demandado en entidades privadas y públicas, tales como: Gimnasio de los Cerros, Fundación Universitaria de La Sabana, Industrias Spring S.A. y el SENA, para un total de 1.292 semanas de cotización.

ii) Al margen de que para el cálculo de la aludida prestación se hubieren

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicado: 25000-23-25-000-2008-00147-01(0882-13).

⁵ CD contentivo de antecedentes administrativos, visible a folio 95.



computado lapsos de servicio prestados en el sector público, como en efecto ocurrió con el SENA (entre el 5 de octubre de 1988 y el 1.º de abril de 1992), para un global de 179,42 semanas de aportes reportados bajo la vinculación de este empleador, lo cierto es que al sustraer este acumulado del total computado por el ente de previsión para el reconocimiento pensional, el resultado arroja un número de **1.112,58 semanas cotizadas en el sector privado**.

iii) Lo anterior es muestra de que, aún bajo la extracción del período cotizado ante el SENA por parte del señor Castellanos López, este mantiene su derecho adquirido del disfrute de una pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, pues su artículo 12 exigía un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas sufragadas en cualquier tiempo, las cuales superó ampliamente el demandado al contar con 1.112,58 semanas, solo en el sector privado.

Respecto a la pensión reconocida por Colpensiones es válido afirmar que su sustento de financiación o causa la constituyó, en su mayoría, los aportes efectuados por el demandado en vigencia de vínculos laborales de carácter particular, esto se deduce, además, por el régimen pensional aplicado, que se refería, principalmente, a los afiliados al Instituto de Seguros Sociales y con patronos particulares⁶.

Lo anterior implica que las correspondientes cotizaciones se derivaron de recursos privados que, conforme a lo analizado previamente, no mutan su naturaleza en públicos al ingresar como giros de orden parafiscal, pues su origen es uno solo y no contempla erogaciones del erario, de suerte que la prestación bajo examen no podría entenderse como una asignación del Estado bajo la noción de que trata el artículo 128 superior.

Ahora, frente a la pensión concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁷, se tiene que para su liquidación se incluyeron los tiempos de servicios prestados por el señor Castellanos López como docente oficial, cuando se vinculó con la Secretaría de Educación de Santander, entre el 1.º de octubre de 1969 y el 30 de julio de 1971 y entre el 1.º de agosto de 1986 y el 9 de octubre de 2004.

En consecuencia, se infiere que la pensión de jubilación reconocida en su momento por el fondo del magisterio, tiene como causa de financiación los

6 Aunque según lo dispuesto en el artículo 1.º del Acuerdo 049 de 1990, el régimen pensional a cargo del ISS también se podía aplicar, en forma facultativa, a los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraran registrados como patronos al ISS, como ocurre en el caso del SENA.

7 CD contentivo de antecedentes administrativos, visible a folio 95.

8 Según la Resolución 01085 del 13 de mayo de 2005 que reconoció la pensión a cargo del FOMAG.



pagos de naturaleza pública que la tornan por ese motivo en una asignación del erario en los términos del artículo 128 constitucional.

Por consiguiente, si bien el señor Rafael Castellanos López tiene reconocidas dos pensiones que cubren la misma contingencia (vejez), la concedida por Colpensiones al reliquidarse exclusivamente con la inclusión de los períodos laborados en el sector privado, arrojaría un total de 1.112,58 semanas de aportes, motivo por el cual se mantendría incólume la naturaleza de los recursos con la cual se financiaría, que provendrían exclusivamente de patronos particulares.

Sobre el particular, esta Subsección en sentencia del 2 de mayo de 2013⁹ se pronunció frente a un caso similar de compatibilidad pensional de una docente que había prestado sus servicios tanto en el sector público como en el privado, percibiendo una pensión por parte del ISS por sus aportes como docente en instituciones educativas privadas y reclamando la pensión a cargo del Fomag por su vinculación al sector docente estatal. En dicha ocasión la Sala señaló:

«Dada la circunstancia especial de la demandante, quien prestó el servicio de la docencia en planteles educativos del sector público y privado, lo que significó que cotizara al I.S.S. y fuera afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y el hecho de que se encuentra devengando una pensión por vejez del I.S.S., se puede señalar conforme a lo expresado en anteriores apartes, que es perfectamente compatible que devengue las dos pensiones al no desconocerse el artículo 128 de la C.P., por considerarse la pensión por vejez del I.S.S. proveniente del servicio en el sector privado, antes o después de la ley 100 de 1993, una asignación que no proviene del tesoro público. Tampoco existe razón para suspender o negar el pago de alguna de las dos pensiones, cuando el fundamento de las mismas no guarda ninguna relación en cuanto a su origen y fuente del servicio prestado, pues el tiempo acreditado ante el I.S.S. no es el mismo que se pretende que se reconozca conforme a la ley 33 de 1985.

Por tal razón, el hecho de que se encuentre devengando una pensión con base en el servicio prestado en el sector privado, no desconoce ni es óbice para aplicar el régimen oficial docente consagrado en la ley 91 de 1989 y en la ley 33 de 1985, siempre y cuando reúna las condiciones exigidas como se señaló en párrafos anteriores, y que no se trate de aquellos docentes vinculados después de la vigencia de la Ley 812 de 2003.»

Y en sentencia del 21 de junio de 2018 reiteró la tesis según la cual procede la compatibilidad pensional en el caso de docentes, en la cual se indicó:

«En consecuencia, los aportes efectuados al ISS –hoy Colpensiones- tanto por el trabajador particular como por el empleador del sector privado, no son recursos que pertenezcan al tesoro público. Por consiguiente, la pensión de vejez reconocida por dicha entidad a un trabajador del sector privado, no puede ser considerada como una asignación proveniente del tesoro público, en tanto esta actúa como mero administrador de los aportes realizados con

9 Proferida en el proceso con radicación 25000-23-25-000-2010-01157-01 (1742-2012) de Martha Herminia Afanador de Molina contra el Ministerio de Educación – Fomag y otro. Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



fundamento en una relación laboral de carácter privado.

En ese orden de ideas, cuando existen cotizaciones al sector público y al sector privado y el peticionario ha cumplido con los requisitos establecidos para obtener las pensiones de jubilación y vejez, respectivamente, se está frente al fenómeno de la compatibilidad de pensiones que permite que existan dos pensiones en cabeza de una sola persona.»¹⁰

Por lo que se puede afirmar que la causa de financiamiento de cada una es totalmente diferente a pesar de la equivalencia en ciertos interregnos de tiempos de servicio. Pues, en la que fue objeto de otorgamiento por parte del FNPSM solo se tuvieron en cuenta cotizaciones derivadas de recursos públicos con motivo de una relación legal y reglamentaria como docente oficial, mientras que la concedida por Colpensiones puede reliquidarse con base en los aportes de origen privado en virtud de las relaciones de carácter laboral del demandado con sendas empresas particulares.

A lo anterior se suma que el demandado es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la mayoría de los aportes al ISS los efectuó antes de la entrada en vigencia de esa norma, cuando coexistían múltiples regímenes prestacionales que permitían la compatibilidad en materia pensional.

En conclusión, si bien en principio podría alegarse que en el presente caso existe una doble asignación por parte del Estado prohibida constitucionalmente, lo cierto es que con la orden impartida por el tribunal de primera instancia de efectuar el nuevo cómputo de la pensión de jubilación reconocida por Colpensiones, únicamente con la totalidad de las semanas cotizadas con ocasión de las vinculaciones del demandado con empresas del sector privado, ello abriría paso a una divergencia sustancial entre la naturaleza jurídica de cada prestación comparada, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas

Sobre la condena en costas, es importante aclarar que la jurisprudencia de la Subsección A del Consejo de Estado venía aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado en el art. 188 de la Ley 1437 de 2011, según el cual en toda sentencia el juez procederá a su reconocimiento cuando encuentre demostrado en el proceso que estas se causaron, sin que en esa valoración fuera relevante analizar si las partes actuaron de manera temeraria, mal intencionada o de mala fe; no obstante, dicho criterio fue variado con la adición introducida por el art. 47 de la Ley 2080 de 2021, en el que se indica que la condena en costas es viable, siempre y cuando se acredite que la parte vencida obró con manifiesta carencia de fundamento legal.

¹⁰ Providencia dictada en el proceso con radicación 54001-23-33-000-2016-00056-01 (1746-2017) de Blanca Jesús Rozo Blanco contra el Ministerio de Educación – Fomag. Con ponencia del consejero Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.



Teniendo en cuenta el cambio introducido por el legislador en la materia, la Subsección A aclara que adoptará una nueva postura en la cual, en las sentencias proferidas a la luz de la nueva normativa se deberá analizar la conducta desplegada por las partes en el proceso, entre ellas, si se presentó o no carencia de fundamentación jurídica conforme a lo señalado en el inciso 2.º del art. 188 de la Ley 1437 de 2011.

En el presente caso, aplicando el criterio enunciado, se observa de los fundamentos del recurso de apelación que no se presenta una carencia de fundamentación legal que dé lugar a la condena en costas. Contrario a ello, las partes manifestaron argumentos razonables en defensa jurídica de sus intereses por lo que, en consecuencia, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

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 quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los consejeros

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ