

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

CONSEJERA PONENTE: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015).

REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800147 01-
No. INTERNO: 0882-2013-
ACTORA: MARTHA RUTH BEJARANO
CASTELLANOS-
INSTANCIA: AUTORIDADES NACIONALES-
SEGUNDA- DECRETO 01 DE 1984.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 22 de abril de 2014, después de surtidas a cabalidad la demás etapas procesales¹ y de establecer que no obra en el proceso

¹ Las cuales se encuentran descritas en el artículo 212 del C.C.A.

irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 4 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, que declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las súplicas de la demanda incoada por Martha Ruth Bejarano Castellanos contra la Caja de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación².

ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Martha Ruth Bejarano Castellanos, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 14131 de 24 de abril de 2007, a través de la cual el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL EICE, accedió al desistimiento de su pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, reconocer y pagar la pensión de jubilación conforme al 75% de todos los factores salariales

² Por medio del Auto de 8 de julio de 2013, proferido por esta Corporación, se tuvo como sucesor procesal de la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal de la Seguridad Social (folios 383 a 385).

devengados en el último año de servicios; indexar la primera mesada pensional; cancelar las mesadas pensionales desde el 29 de abril de 2003; actualizar las condenas en los términos que indica el artículo 178 del C.C.A.; dar aplicación a la Sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.; y, pagar las costas y agencias en derecho.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS³:

Señaló la demandante que Caja de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación le reconoció una pensión vitalicia de jubilación, a través de la Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005, la cual fue revocada por medio de la Resolución No. 14131 de 24 de abril de 2007, en virtud a que, por un error involuntario renunció su derecho prestacional.

Para subsanar lo anterior, le otorgó poder a la abogada Adriana Peñuela Guerrero, quien se limitó a presentar derechos de petición solicitando información acerca de la viabilidad de la compatibilidad de la pensión del Instituto del Seguro Social con la prestación reconocida por la Caja de Previsión Social y dejó transcurrir el tiempo sin interponer la acción judicial correspondiente.

³ Folios 144 a 152.

Agregó, que en el acto acusado, el cual fue notificado el 6 de agosto de 2007, se dispuso que en virtud del artículo 72 del C.C.A.⁴ no procedía recurso alguno, lo que indica, que se encuentra agotada la vía gubernativa.

Indicó que, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han señalado que son compatibles las pensiones del sector público y del privado, las cuales son reconocidas por la Caja de Previsión Social y el Instituto del Seguro Social, respectivamente. Al respecto destacó, por un lado, que laboraba en horas de la mañana en la citada Caja y en la tarde prestaba sus servicios en la Clínica del Bosque, y por otro, que en cada una de las Cajas de Previsión realizó los correspondientes aportes.

Citó una Sentencia de Corte Constitucional⁵ en la que se indicó que no existe incompatibilidad pensional cuando ésta tiene origen distinto, pues una se puede recibir como consecuencia de los tiempos laborados en el Estado Colombiano, mientras que la otra se puede tomar por haber prestado sus servicios laborales en otra entidad.

⁴ “(...) **ARTICULO 72. EFECTOS.** Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo. (...)”.

⁵Corte Constitucional, Sentencia T-827 de 1999.

Anotó que laboró del 16 de abril de 1970 hasta el 30 de diciembre de 1993 en la Caja de Previsión Social, y adicionalmente que, nació el 28 de abril de 1948, es decir, que se encuentra beneficiada por el régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ende, le es aplicable la Ley 33 de 1985⁶.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58 y 87; Leyes 33 de 1985; 100 de 1993; Decreto 1045 de 1978.

La demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad, por cuanto⁷:

El Instituto del Seguro Social se convirtió en un administrador de los dineros que aportan asalariados y empleadores, en tal sentido, no

⁶Consejo de Estado, Radicados Nos. 15001-23-31-000-1997-17518-01, 25000-23-25-000-2000-02990-01, 25000-23-25-1999-06877-01.

⁷ Por medio de escrito de 14 de mayo de 2009, se subsanó la demanda en el sentido de indicar el concepto de violación.

puede afirmarse que las pensiones que otorgue esta entidad provienen del tesoro público.

Destacó que, la pensión que le fue reconocida por la entidad demandada corresponde a los tiempos que laboró en el sector oficial, específicamente, cuando se desempeñó como bacterióloga en la Clínica de CAJANAL; sin embargo, al momento en que le fue reconocida, fue condicionada a la devolución de los aportes que hiciera el Instituto del Seguro Social, como si se tratara de una prestación compartida, lo cual no es lógico, pues había trabajado en tiempos opuestos y en sectores totalmente diferentes.

Dijo que, los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales están dirigidos a sus afiliados que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo, lo que indica entonces, que las incompatibilidades previstas en éste no son aplicables a los pensionados del sector oficial. Bajo este contexto, no se puede afirmar que existe una doble asignación del tesoro público, por cuanto la pensión de vejez no proviene del erario.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja Nacional de Previsión Social, a través de su apoderado, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos⁸:

Destacó que, debía tenerse en cuenta que la demandante cotizó en la Caja Nacional de Previsión Social y en el Instituto del Seguro Social durante el mismo tiempo y que mediante derecho de petición de 23 de noviembre de 2005, informó que renunciaba al derecho pensional que le fue otorgado por el ente demandado, pues, para esta fecha ya gozaba de una pensión que le otorgó el último de los entes mencionados.

A su vez señaló que, el artículo 128 de la Constitución Política, estableció que nadie podría desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni mucho menos, recibir más de una asignación que provenga del tesoro o de empresas en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Consideró que las sentencias que citó el apoderado de la demandante dentro del libelo introductorio no son procedentes, pues si bien la jurisprudencia Constitucional ha sido clara en establecer que la pensión

⁸ Folios 210 a 215.

de sobrevivientes y la jubilación son compatibles, lo cierto es que, en el presente caso se trata de un asunto totalmente distinto.

Afirmó que, el Instituto del Seguro Social mediante Resolución No. 29221 de 2004, además de que reconoció la pensión de vejez a la actora, excluyó el derecho a obtener otra pensión que provenga del Estado. Bajo ese contexto, de acceder a otorgar doble pensión de jubilación, se estaría transgrediendo el principio de la sostenibilidad presupuestal, el cual asegura el equilibrio económico del sistema.

Como excepciones propuso las siguientes:

Inepta demanda por falta de requisitos formales, pues no fueron anexados los documentos que pretende hacer valer como pruebas; falta de estimación de la cuantía, ya que no fueron precisados los factores salariales que devengó en el año inmediatamente anterior a la causación del derecho; inexistencia de la obligación, en tanto que, la actora renunció a la prestación que le había sido reconocida mediante la Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005; y, prescripción, ya que en caso de acceder a las pretensiones se deberá declarar este fenómeno.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, mediante Sentencia de 4 de septiembre de 2012, declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las súplicas de la demanda; lo anterior con fundamento en lo siguiente⁹:

Señaló que, son de recibo los argumentos propuestos por el apoderado del ente demandado, respecto de la falta de requisitos formales de la demanda, dado que se cumplieron con los presupuestos establecidos en los artículos 5, 9 y 139 del C.C.A.; tampoco se puede sostener que existió falta estimada de la cuantía, pues este requisito fue estudiado al momento de admitir la demanda, encontrando de igual modo que se ajustaba a las formalidades exigidas.

De otro lado manifestó que, valorados en su conjunto los elementos probatorios aportados al proceso, se desprende que la señora Bejarano Castellanos cotizó un total de 1043 semanas y cumplió 55 años de edad el 28 de abril de 2003, motivo por el cual el Instituto del Seguro Social le reconoció, por medio de la Resolución No. 29221 de 27 de septiembre de 2004 y de conformidad con el Decreto 758 de

⁹ Folios 329 a 352.

1990¹⁰, una pensión de vejez equivalente al 75% del ingreso base de liquidación. Así mismo encontró probado que, la Caja Nacional de Previsión Social también ordenó el pago de una pensión a la actora, a través de la Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005, con efectividad desde el 28 de abril de 2003 y equivalente al 75% del promedio devengado en el último año de servicios, atendiendo los lineamientos de la Ley 33 de 1985.

Evidenció que la demandante, mediante escrito que presentó el 23 de noviembre de 2005, renunció a la pensión de jubilación reconocida por el ente demandado, motivo por el cual, la Caja Nacional de Previsión profirió la Resolución No. 14131 de 24 de abril de 2007 accediendo al desistimiento de la prestación.

Teniendo en cuenta lo anterior afirmó que, las pensiones que le fueron reconocidas son financiadas con capitales diferentes, pues mientras la pensión de jubilación se concedió bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 involucrando tiempos de servicio en el sector público, la pensión de vejez estipulada en el Acuerdo No. 049 de 1990 se otorgó por haber trabajado en el sector privado, es decir, que reunió de manera separada los requisitos de la pensión.

¹⁰ "(...) Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. (...)".

Señaló que, de acuerdo a lo dispuesto por el Consejo de Estado¹¹ al definir el alcance de la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política, se puede concluir que la pensión de vejez reconocida por el Instituto del Seguro Social a la demandante no puede catalogarse como una asignación reconocida a favor de ésta y con erogación al tesoro público, como si podría afirmarse acerca de la pensión de jubilación que reconoció el ente demandado.

Al respecto enunció que, la Corte Constitucional al realizar un análisis interpretativo de los artículos 48 y 53 de la Carta Superior ha destacado la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos, incluyendo los vinculados a la seguridad social; además ha precisado¹² que el derecho adquirido incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo; por tal motivo, la pensión de jubilación adquiere una doble connotación, como derecho adquirido y a la vez irrenunciable.

Pese a lo anterior aseguró que, el “(...) *principio de unidad en el reconocimiento de las pensiones (...)*” aplicable a las contingencias previstas dentro del esquema de seguridad social adoptado en Colombia, impide la acumulación o duplicidad de beneficios en cabeza de una sola persona, dada la naturaleza misma de la prestación y la

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 8 de mayo de 2003, Radicado No. 1480, C. P. Dra. Susana Montes de Echeverri.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

situación de cada trabajador, esto es, la pérdida de la capacidad laboral con el paso de los años.

Bajo ese contexto, agregó, que tanto la pensión de vejez como la de jubilación reconocida a la actora, guardan un idéntico propósito, pese a que su reglamentación, financiación y administración responda a criterios distintos, razón que permite deducir la incompatibilidad entre estos 2 beneficios prestacionales.

En virtud del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹³, el principio de la unidad en el reconocimiento y pago de las prestaciones no podía ser desconocido por la entidad accionada; quiere decir entonces, que la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación no vulneró ningún derecho adquirido porque el reconocimiento de esta prestación desconoció dicho principio, en razón a que para el momento en que fue reconocida la pensión de jubilación ya estaba devengado la de vejez.

III. LA APELACIÓN

¹³ "(...) Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las mismas disposiciones contenidas en la presente ley (...)"

La parte demandante, por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos¹⁴:

Destacó que la pensión que le reconoció el Instituto del Seguro Social, fue por los servicios prestados al laboratorio de la Clínica el Bosque por el periodo que corresponde de 17 de octubre de 1983 a 31 de diciembre de 2003, mientras que la pretendida ante el ente demandado es por la labor que desempeño entre el 16 de octubre de 1970 al 30 de diciembre de 1993 en el laboratorio de la Clínica de la Caja Nacional de Previsión.

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han señalado la compatibilidad que existe entre las pensiones que son reconocidas por el Instituto del Seguro Social y las de la Caja Nacional de Previsión Social.

Reiteró los mismos argumentos que había planteado en el libelo introductorio, para destacar que no existe incompatibilidad de carácter institucional entre la pensión de jubilación reconocidas por entidades oficiales distintas.

¹⁴ Folios 354 a 359.

De otro lado señaló que, hasta la fecha no se ha efectuado el traslado del bono pensional ni la cuota parte, porque las cotizaciones fueron diferentes, unas en el sector público y otras en el privado. Ahora bien, el principio de irrenunciabilidad es un derecho que se predica respecto de todos los derechos integrantes del derecho de la seguridad social.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, mediante escrito rindió Concepto en el que solicitó revocar la Sentencia de Primera Instancia, con fundamento en lo siguiente¹⁵:

La Corte Constitucional a través de la Sentencia T-138 de 2010 ha sostenido que el derecho a obtener una pensión es irrenunciable, ya que tal atributo se predica de todos los elementos integrantes del derecho de la seguridad social.

Por lo anterior consideró que, si bien es cierto la entidad demandada obtuvo el consentimiento para revocar el acto por medio del cual se concedió un derecho prestacional a la actora, lo cierto es que no podía

¹⁵ Folios 419 a 423 Vto.

hacerlo, en atención a que se está en presencia de un derecho irrenunciable; adicionalmente, tampoco podía revocarla a *motu* propio puesto que no fue obtenida de manera ilegal. En tal sentido, lo que debió la Caja Nacional de Previsión fue demandar su propio acto mediante acción de lesividad, bajo el argumento de que el Instituto del Seguro Social le había reconocido la pensión de vejez a través de la Resolución No. 029221 de 27 de septiembre de 2004.

Arguyó que, a pesar de que las pensiones reconocidas a la señora Martha Ruth Bejarano Castellanos fueron obtenidas con fundamento en tiempos distintos, es decir, unos en el sector público y otros en el privado, debe tenerse en cuenta que ambas cubren el mismo riesgo, que no es otro de amparar la pérdida de la capacidad laboral por el paso inexorable del tiempo, garantizando un ingreso hasta la muerte, por lo que no es posible percibir las simultáneamente.

Destacó que al anularse el acto demandado se restablece el derecho de la actora, motivo por el cual, la Caja Nacional de Previsión deberá demandar su propio acto solicitando la suspensión provisional del mismo, en aras a proteger el patrimonio público.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema jurídico

Consiste en determinar si la señora Martha Ruth Bejarano Castellanos podía renunciar al derecho que le fue reconocido a través del acto acusado y, si tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión Social, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal de la Seguridad Social, UGPP, le reconozca y pague una pensión de jubilación independiente a la de vejez que le fue reconocida por el Instituto del Seguro Social en razón a que los tiempos laborados para acceder a éstas, presuntamente, son independientes.

Hechos probados.

Pensión de vejez reconocida por el I.S.S

A folios 193 a 197 se encuentra el reporte de semanas cotizadas ante el Instituto del Seguro Social, del cual se desprende que el empleador LACEB LTDA realizó los aportes desde el 17 de octubre de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2003.

Por medio de la Resolución No. 029221 de 20 de diciembre de 2004, el Jefe del Departamento Atención al Pensionado del Instituto del Seguro

Social, reconoció la pensión de vejez a la señora Bejarano Castellanos teniendo en cuenta el artículo 12 del Acuerdo No. 049 de 1990¹⁶. Para el efecto tuvo en cuenta que el último patrono fue el Laboratorio Clínico El Bosque (folios 2 y 3).

Por medio de la Resolución No. 013027 de 6 de abril de 2006, la misma autoridad administrativa, modificó el anterior acto administrativo, en el sentido de causar la prestación de vejez a favor de la demandante a partir del 1º de enero de 2006 (folios 3 y 4).

Pensión reconocida por el ente demandado

El 12 de marzo de 1999, el Jefe de División de Desarrollo del Recurso Humano de la Caja de Previsión Social, certificó que la señora Martha Ruth Bejarano Castellanos había laborado en la entidad desde el 16 de octubre de 1970 hasta el 2 de noviembre del mismo año, y luego, del 18 de noviembre de 1971 al 30 de diciembre de 1993 (folios 28 a 30).

¹⁶ "(...) **ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ.** Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:
a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.
(...)"

Mediante Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005, el Asesor de la Gerencia General de la Caja de Previsión Social E.I.C.E., reconoció a la señora Bejarano Castellanos una pensión de jubilación, con efectividad a partir del 28 de abril de 2003 (folios 5 a 8).

El 23 de noviembre de 2005, la demandante a través de un derecho de petición que presentó ante el Fondo de Pensiones de la Caja Nacional de Previsión Social, renunció a su derecho pensional, reconocido por medio de la Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005, ya que iba a iniciar “(...) *los trámites de bono pensional ante otra entidad administradora de pensiones, en virtud de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, y teniendo en cuenta que todavía no estoy disfrutando de mis mesadas pensionales (...)*” (folios 15 y 16).

En virtud de la Resolución No. 14131 de 24 de abril de 2007, el Gerente del ente demandado, accedió al desistimiento de pensión vitalicia de jubilación presentado por la actora puesto que se habían reunido los requisitos establecidos en el artículo 73 del C.C.A.¹⁷, y

¹⁷ “(...) **ARTÍCULO 73.** *Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.*

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

Procedimiento para la revocación de actos de carácter particular y concreto.

(...)”.

dispuso, que el pago de la misma se suspendió desde el mes de enero de 2006 (folios 9 a 10).

Análisis del asunto

i. Prohibición de percibir doble asignación del Tesoro Público

La Constitución Política de 1991 en el artículo 128, reiterando lo dispuesto en la Constitución de 1886, consagró la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público con el siguiente tenor literal:

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

A su vez, la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se establecieron las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados

públicos, entre otros, derogó tácitamente el artículo 1 del Decreto 1713 de 1960¹⁸, y en su lugar dispuso:

“(...) 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. Exceptúense 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 beneficien 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 (...)”¹⁹.

¹⁸ *“(...) Artículo 1º.- 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 las excepciones que se determinan a continuación: (...)”.*

De la normatividad en cita se advierte que no es posible acceder a dos asignaciones del sector público salvo en los casos excepcionales antes enunciados como por ejemplo los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales y docentes o “por sustitución pensional”.

ii. Incompatibilidad de las pensiones de vejez y de jubilación cuando ambas son pagadas con recursos del Tesoro Público

El artículo 77 del Decreto 1848 de 1969 estableció la incompatibilidad del goce de la pensión de jubilación proveniente de servicios prestados en el sector público con una asignación proveniente de entidades de Derecho Público, Establecimientos Públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio.

En el presente caso, el Instituto del Seguro Social le reconoció la pensión de vejez a la actora aplicando lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 de ese mismo año, por lo que es necesario remitirse a éste con el fin de determinar si existía o no

¹⁹ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucionalidad en Sentencia C-133 del 1º de abril de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

incompatibilidad entre las prestaciones que reconocía el Instituto y las que pagaba una entidad pública.

El artículo 1 de dicha normativa²⁰, estableció la obligatoriedad del Seguro Social para los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo, excepto en los casos dispuestos en el artículo 2, que se refiere, entre otros, al evento en el cual el empleado gozaba de una pensión a cargo de un patrono particular (no oficial).

El artículo 49 del Decreto 758 de 1990 estableció, a su turno, de manera expresa que **"Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el I.S.S."** eran incompatibles entre sí y con otras pensiones y asignaciones del sector público.

²⁰ "(...) **ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE.** Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

- a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;
- b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,
- c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.

2. En forma facultativa:

- a) Los trabajadores independientes;
- b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,
- c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.

3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios.

(...)"

No obstante, la anterior norma fue declarada nula por el Consejo de Estado en Sentencia de 3 de abril de 1995²¹, bajo el siguiente entendido:

“(...) El artículo 49 del acuerdo 049 de 1990 reitera que la prohibición allí establecida se refiere a prestaciones que cotizó un afiliado a quien no puede reconocérsele simultáneamente pensión de invalidez y pensión de vejez o alguna de ellas y una indemnización sustitutiva. Debe recordarse que el régimen de seguridad social (artículo 16, decreto 1650 de 1977), distingue entre los afiliados y los derechohabientes, porque mientras los primeros tienen un derecho subjetivo por tal condición y porque han contribuido con cotizaciones, puede ocurrir que el cónyuge sobreviviente y demás derechohabientes reciban un derecho derivado de su vinculación familiar con aquellos; en tal virtud, la prohibición que consagra la norma examinada debe comprender solamente ciertas prestaciones de los afiliados y nunca los derechos de terceros beneficiarios porque sería incongruente; en otras palabras no existe impedimento para que una persona adquiera prestaciones como afiliado del ISS y simultáneamente como derechohabiente de otra persona ya fallecida.

(...)

Se trata de dos asignaciones completamente diferente por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y

²¹ Consejo de Estado, Sentencia de 3 de abril de 1995, Referencia: Expedientes Nos. 5708, 5833, 5937 (Acumulados), Actores: Luis Velásquez Uribe, Erich Guerra Caicedo y Luis Miguel Quiñones Franco, C. P. Dr. Álvaro Lecompte Luna

la que reclame del ISS; una obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público.

(...)”.

Bajo ese contexto, es propio citar la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²², la cual se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(...) A juicio de la Corte, fue equivocado el razonamiento del Tribunal para negar la pensión de vejez al demandante, prevalido de la simple consideración de que él es beneficiario de una pensión de jubilación legal a cargo del Departamento de Antioquia, atendiendo el carácter universal y único del Sistema de Seguridad Social, que impide el pago simultáneo de dos pensiones que cubren el mismo riesgo.

Así se afirma, por cuanto en este particular asunto, no resultan aplicables las disposiciones legales que le sirvieron de marco normativo al Tribunal para obtener tal inferencia y, tampoco, los referentes jurisprudenciales que lo apoyaron, pues los mismos no corresponden a las especiales características que se debaten en el sub iudice.

En efecto, se trata de dos pensiones que tienen origen y conceptos diferentes, en tanto la de jubilación otorgada por

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 7 de septiembre de 2010, Radicación No. 35761. M. P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.

normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, se deriva por los servicios prestados a una entidad oficial (Departamento de Antioquia), y la de vejez que se pretende del Instituto de Seguros Sociales, según el Acuerdo 049 de 1990, corresponde a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo distintos y sucesivos para diversos empleadores del sector privado, supuestos que conducen a la viabilidad jurídica de su compatibilidad.

(...)

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 particulares²³.

²³ Sobre este tema en particular la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto de 8 de mayo de 2003, C. P. doctora Susana Montes de Echeverri, radicado No. 1480, sostuvo: *"(...) no se configura ninguna incompatibilidad entre la recibir sueldo en un cargo público y pensión de vejez, pues no se trata de dos asignaciones provenientes del tesoro público, pues los recursos con los cuales se pagan estas últimas a cargo del ISS, provienen o de los aportes patronales y de los aportes del trabajador efectuados antes de la vigencia de la ley 100 de 1.993, o son recursos parafiscales aportados después de su vigencia, aunque es el ISS, en calidad de administrador de pensiones o del sector privado o de los afiliados al Sistema General de Pensiones, quien reconoció y se encuentra pagando las mesadas pensionales a que tienen derecho los trabajadores, bien porque en el régimen anterior hubieren cumplido los requisitos de tiempo de cotización y edad al servicio del sector privado, o bien las semanas de cotización en cualquier sector después de la vigencia de la ley 100.*

(...)

*Pero, otra cosa muy diferente es que, como se explica ampliamente más adelante en este concepto, a partir de la vigencia de la ley 100 de 1.993, **se prohibió en el país** y, en términos generales, la vinculación laboral, tanto al sector público como al privado, de quienes tengan derecho a una pensión de vejez, salvo, desde luego, las excepciones establecidas expresamente en la ley respecto de algunos cargos públicos.*

(...)

Como se dejó explicado en el aparte 2 de este concepto, hasta la vigencia de la ley 100 de 1.993 los máximos tribunales de justicia, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, habían señalado que los aportes efectuados por los trabajadores y los patronos del sector

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.

En un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares al presente, la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación²⁴ concluyó:

“La anterior jurisprudencia es aplicable al caso concreto. En efecto, se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente: una, la que reclama el actor del Fondo de Prestaciones del Magisterio y otra la que recibe del ISS; la primera obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber cotizado como trabajador independiente, lo cual conduce a indicar que las dos pensiones son compatibles por cuanto no se opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público.”.

*privado al ISS eran de índole privada y, por lo mismo, las pensiones que con tales recursos se pagaran no provenían del tesoro público y, por ello, eran compatibles con cualquier otra asignación provenientes de éste. Se dijo, entonces, que el ISS resultaba ser un simple administrador de recursos de índole privada. Por el contrario, se entendió que las pensiones pagadas por las entidades de previsión del sector público constituían asignaciones provenientes del tesoro público.
(...)”.*

²⁴ Sentencia de 19 de octubre de 2006, C. P. doctor Jaime Moreno García, radicado interno No. 3691-05.

iii. Caso en concreto.

En el *sub – lite* la señora Bejarano Castellanos pretende la anulación del acto administrativo que accedió al desistimiento de la pensión de jubilación que le fue reconocida a través de la Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005, y en consecuencia, que se ordene el pago de la misma con el 75% de los factores que percibió en el último año de servicios, con la indexación de la primera mesada y con la aplicación de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Habrà de afirmarse, en primer lugar, que el reconocimiento de Prestaciones Económicas, especialmente las referidas a la seguridad social en pensión, comportan un derecho de rango constitucional, preceptuado en el artículo 42 de la Constitución Política, interpretado como una prerrogativa *ius fundamental* en la medida en que constituye un medio para solventar las necesidades de los ciudadanos que entran en periodo de jubilación.

Al tratarse de una prestación económica reconocida a las personas de la tercera edad, la seguridad social en pensión, adquiere la calidad de derecho subjetivo, que a la vez, presenta una doble connotación, de una parte **constituye un derecho irrenunciable** en la medida en que

con su vulneración se trasgreden o quebrantan, derechos de categoría fundamental; como la salud, mínimo vital, entre otros, y por otra parte es un “servicio público” (artículo 42 de la Constitución Política), que puede ser prestado por entidades públicas o privadas con observancia de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad.

Debe tenerse en cuenta, que la irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social, fue elevada a canon constitucional a través del artículo 53 de la Carta Superior, que si bien impone una actuación positiva por parte del Congreso de la República al expedir el estatuto del trabajo, no es óbice para que la Administración se sustraiga de su contenido en sus actuaciones frente a los administrados.

Con base en lo anterior se puede concluir, que no le era dable al ente demandado acceder al desistimiento de la pensión de jubilación que le fue reconocida a la actora, pues además de que no fue soportado eficazmente, ya que primero se ordenó el cese del pago y después se expidió el acto que fundamentaba tal actuación²⁵, se trata de **un derecho que es irrenunciable.**

²⁵ En la Resolución No. 14131 de 24 de abril de 2007 se indicó que la pensión había sido suspendida desde el mes de enero de 2006.

Entonces, es más que evidente la ilegalidad de la solicitud que realizara la actora el 23 de noviembre de 2005, en lo referente a la renuncia del derecho que le fue reconocido a través de la Resolución No. 27600 de 12 septiembre de 2005, puesto que no le era dado renunciar a lo irrenunciable.

Ahora bien, en caso tal de que la administración considerara que el reconocimiento extinguido era ilegal, el único camino jurídico - legal de que disponía, era el de demandar su propio acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por ende, tiene razón el Ministerio Público cuando sostuvo que la Caja de Previsión Social tuvo que haber demandado “(...) *en acción de lesividad su propio reconocimiento pensional (...)*”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala examinará en segundo lugar, si la demandante tiene derecho a que el ente demandado le pague una pensión de jubilación independiente a la de vejez que le fue reconocida por el Instituto del Seguro Social; por tal motivo, es necesario examinar si los tiempos cotizados en cada uno de estos fondos son independientes.

Servicios prestados al sector privado.

RAZÓN SOCIAL	TIEMPO
Laboratorio Clínico El Bosque LACEB LTDA.	Desde el 17 de octubre de 1983 hasta el 30 de noviembre de 2003

Como consecuencia de los anteriores tiempos, el Jefe del Departamento Atención al Ciudadano del Instituto del Seguro social le reconoció, mediante Resolución No. 029221 de 2004, la pensión por vejez a la actora, a partir del 1º de octubre de 2004.

Servicios prestados al sector público.

RAZÓN SOCIAL	TIEMPO
Laboratorio de la Caja Nacional de Previsión Social.	Desde el 16 de octubre de 1970 hasta el 2 de noviembre del mismo año, y luego, del 18 de noviembre de 1971 al 30 de diciembre de 1993

Al valorar el material probatorio que obra dentro del proceso se puede afirmar, que estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe la demandante del Instituto del Seguro Social

y la que reclama ahora ante la Caja Nacional de Previsión Social (hoy, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal de la Seguridad Social); lo anterior, habida cuenta que tienen un origen o concepto distinto, pues una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la otra fue por haber prestado servicios laborales a una entidad del sector privado, quiere decir entonces, que los fondos con los que se pagan esos derechos prestacionales, son igualmente opuestos, con lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.

De manera que, el *A – quo* se equivocó al concluir que en este caso no procedía el pago de la pensión reclamada, bajo el argumento de que no es posible devengar dos pensiones que tienen igual naturaleza y amparan el mismo riesgo, pues como quedó visto, tales emolumentos no se oponen a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, a percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público.

Tampoco puede afirmarse que existe incompatibilidad por la prohibición constitucional de que nadie puede recibir más de una asignación del tesoro público, por cuanto, la pensión de vejez que reconoció el Instituto de Seguros Sociales no provino del erario público, toda vez que los fondos que administraba estaban integrados por aportes privados que realizaron, en este caso, el Laboratorio Clínico El Bosque LACEB LTDA.

Así las cosas se declarará la nulidad del acto acusado, y en consecuencia, la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación (hoy, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal de la Seguridad Social) deberá pagar la pensión en los términos señalados en la Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005, que profirió la Asesora de Gerencia General del ente demandado, esto es, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios y aplicando la actualización correspondiente con el Índice de Precios al Consumidor desde el año de 1993 hasta el 2002.

En virtud de lo anterior, no habrá lugar a la indexación de la primera mesada pensional, como quiera que el citado acto administrativo ya lo había reconocido. Sin embargo, el pago de la pensión se efectuará desde enero de 2006, fecha en que fue suspendida la cancelación de la misma.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, se ajustarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por concepto de diferencias en sus mesadas pensionales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Respecto a los intereses se aplicará lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A., y se ordenará a la entidad dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 176 ibídem.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la Sentencia de 4 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, que declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las súplicas de la demanda incoada por Martha Ruth Bejarano Castellanos contra la Caja de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación; en su lugar,

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 14131 de 24 de abril de 2007, suscrita por el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social, que accedió al desistimiento de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, y en consecuencia, revocó la Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación, a pagar la pensión de jubilación de la actora a partir del mes de enero de 2006, en los términos dispuestos en la Resolución No. 27600 de 12 de septiembre de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

La presente sentencia deberá cumplirse de acuerdo con los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

**ALFONSO VARGAS RINCÓN
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

