



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

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 25000-23-42-000-2015-05405-01 (5167-2019)
Demandante: José Félix Daza Camargo
Demandada: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Temas: Reconocimiento de reintegro de mesadas pensionales desde la fecha de retiro del servicio por compatibilidad con salario derivado de contrato de trabajo de carácter privado como docente universitario de hora cátedra. Cambio jurisprudencial en materia de compatibilidad - efectividad del goce de la pensión.
CONFIRMA SENTENCIA.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ FÉLIX DAZA CAMARGO** instauró demanda en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 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,

PRETENSIONES¹

Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos, **(i)** Resolución GNR 341742 del 5 de diciembre de 2013, proferida por Colpensiones, mediante la cual se ordenó incluir en nómina de pensionados al demandante desde el 1° de diciembre de 2013 y no a partir del 3 de mayo de 2012 cuando aquel fue retirado

¹ Ver folio 26 y 27 del expediente.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05405-01 (5167-2019)

del servicio público; **(ii)** Resolución GNR 328602 del 23 de septiembre de 2014, emitida por la entidad demandada, con la que resolvió negativamente un recurso de reposición formulado por el reclamante contra la decisión inicial; **(iii)** el acto presunto derivado de la configuración del silencio administrativo negativo ocurrido por la falta de respuesta al recurso de apelación presentado por el actor el 15 de enero de 2014, contra la referida manifestación inicial; y **(iv)** Resolución 00789 del 11 de marzo de 2010, expedida por el entonces ISS a través de la cual modificó la Resolución 0026068 del 19 de junio de 2007 que había reconocido a favor del accionante una pensión de vejez.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar a favor del señor Daza Camargo el retroactivo pensional de las mesadas causadas y no abonadas a partir del 3 de mayo de 2012 cuando se produjo su retiro definitivo del servicio, y no como le fue otorgada la prestación desde el 1° de diciembre de 2013.

Que se cancelen con la debida indexación las sumas adeudadas y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

Que se condene en costas a la entidad demandada.

HECHOS²

Los hechos en que se fundamenta la demanda pueden resumirse de la siguiente manera.

Que el señor José Félix Daza Camargo nació el 8 de noviembre de 1950, y durante su vida laboral cotizó como servidor público ante el entonces ISS (hoy Colpensiones), esto por un período superior a 30 años. Por esta razón, dicha entidad reconoció una pensión de jubilación a su favor mediante la Resolución 341742 del 5 de diciembre de 2013, otorgada conforme a las previsiones de la Ley 33 de 1985 y efectiva a partir del 1° de diciembre de 2013.

Que el 15 de enero de 2014, el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el referido acto, bajo el entendido de que la decisión tal como había sido expedida lesionaba su derecho al pago del retroactivo de las mesadas causadas desde el 3 de mayo de 2012 cuando fue retirado del servicio. Por su parte, mediante la Resolución GNR 328602 del 23 de septiembre de 2014, la autoridad demandada resolvió el recurso de reposición en el sentido de mantener incólume su manifestación inicial censurada.

Que después de un año de radicación del recurso de apelación precitado,

² Ver folio 28 a 32 del expediente.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05405-01 (5167-2019)

Colpensiones no había dado respuesta a dicha impugnación, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo y su consecuente acto presunto que en síntesis confirmaba la decisión inicial con la que el reclamante se encontraba inconforme.

Que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá expidió la Resolución 0274 del 3 de mayo de 2012 con la que declaró insubsistente a partir de esta fecha, el nombramiento del actor en el cargo de jefe de oficina asesora jurídica, código 115, grado 8.

Que en virtud del artículo 93 del Decreto 080 de 1980, el actor laboró en el sector privado, vinculado laboralmente con la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, en calidad de docente de hora cátedra, razón por la cual su empleador efectuó aportes a pensión ante el entonces ISS (hoy Colpensiones).

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto del 19 de mayo de 2017 y notificada a la **Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)**, quien presentó memorial de contestación³, para lo cual manifestó que el accionante no tiene derecho a que se le reconozca el retroactivo pensional en atención a que si bien se dio un supuesto retiro definitivo del servicio el 3 de mayo de 2012, ello no fue así, puesto que hasta el 3 de diciembre de 2013, aquel se encontraba vinculado y laborando en la Universidad Autónoma de Colombia sin que se evidenciara novedad de terminación de dicha relación. Por tanto, si no existe desvinculación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no hay retroactivo alguno que reconocer.

Propuso varias excepciones que las denominó, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica o innominada.

En la audiencia inicial⁴ fueron resueltas las excepciones propuestas declarándolas no probadas, en ella se fijó el litigio estableciéndose el objeto de la demanda y las pretensiones frente a las cuales se orientaría la decisión, se señaló que no existía ánimo conciliatorio y se efectuó el decreto de pruebas conforme al artículo 180 numeral 10 de la Ley 1437 de 2011. Seguidamente, mediante auto del 14 de septiembre de 2018⁵ se ordenó correr traslado a las partes de las pruebas documentales recaudadas, y finalmente se corrió traslado para alegar de conclusión en orden de dictar sentencia escrita con posterioridad.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁶

³ Ver folios 86 a 91 de expediente.

⁴ Folio 111.

⁵ Folio 120.

⁶ Folio 132 a 138 del expediente.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05405-01 (5167-2019)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B dictó sentencia escrita el 27 de junio de 2019, a través de la cual accedió a las pretensiones de la demanda en el sentido de ordenar el reconocimiento del retroactivo pensional a favor del reclamante desde el 4 de mayo de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2013. Para ello hizo un recuento de los hechos probados en el proceso y un análisis de compatibilidad entre pensión y salario derivado del sector privado.

Al respecto adujo que al demandante se le dio un reconocimiento inicial de la pensión de jubilación, sujeta al retiro definitivo del servicio oficial, lo cual se realizó mediante la Resolución 0274 del 3 de mayo de 2012 al declararse la insubsistencia en el cargo de jefe de oficina asesora jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, acto que rigió a partir de su expedición.

Que se evidencia que el actor trabajó como profesor de cátedra (inicialmente por tiempo parcial, y posteriormente a término indefinido), en un período comprendido entre el 26 de julio de 1999 y el 5 de abril de 2017. Bajo tal contexto, no se comparte la postura de la entidad de denegar el retroactivo solicitado, por cuanto conforme al material probatorio allegado al expediente, es claro que la actividad de la docencia llevada a cabo en la Universidad Autónoma, era complementaria a la del ejercicio de labores como servidor público, pues la primera vinculación laboral inició en el año de 1996 y culminó en el año 2017, la cual podía alternarse con el cumplimiento de un empleo oficial conforme lo autoriza la Constitución Política y la ley, respecto de quienes ostentan tal condición de educadores de formación universitaria.

Que es claro que si bien la Universidad Autónoma siguió realizando las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en cumplimiento de la obligación correspondiente, de ello no se puede establecer que esa era la ocupación principal y dependía del cese de la referida actividad laboral para que Colpensiones efectuara el reconocimiento y pago de la primera mesada pensional, bajo el entendido de que la pensión ya se le había reconocido desde el año 2007, y dejando en suspenso la inclusión a nómina del accionante hasta tanto no allegase acto administrativo de retiro definitivo del servicio, circunstancia que ocurrió una vez aquel culminó su vinculación laboral como servidor público de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá el 3 de mayo de 2012.

Que en todo caso, se evidencia que en el presente caso no media doble asignación del tesoro público, sino que el demandante adquirió la pensión de vejez en virtud del tiempo laborado como servidor público, mientras que el salario que percibió de manera posterior fue en calidad de docente en una empresa privada.

Que el actor al cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio previstos en la Ley 33 de 1985, con el IBL propio de la Ley 100 de 1993 y bajo los factores dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, consolidó el derecho al pago de la pensión



efectiva a partir del 4 de mayo de 2012, y no del 1º de diciembre de 2013 como erróneamente lo decidió la entidad demandada, lo que sin duda le genera a aquel el reconocimiento del retroactivo pensional, reclamado durante ese interregno.

Que de las actuaciones que se evidencian del expediente, se observa que no se presenta el fenómeno de la prescripción trienal, y en tal sentido debe condenarse a reconocer las mesadas pensionales comprendidas entre el 4 de mayo de 2012 y el 30 de noviembre de 2013, de manera indexada y en los términos de la Resolución GNR 341742 del 5 de diciembre de 2013, más no así de los intereses, pues la entidad en su momento reconoció en tiempo la prestación, dejándola en suspenso, pero sin incurrir en reconocimiento tardío de la prerrogativa.

EL RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandada en su escrito de apelación solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia por considerar que en el caso bajo estudio se observa que al señor José Félix Daza Camargo le fue reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución 26068 del 19 de junio de 2007, expedido por el Instituto de los Seguros Sociales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 en cuantía inicial para el año 2007 de \$2.925.615, prestación que se dejó en suspenso hasta tanto aquel no allegara el acto administrativo de retiro definitivo del servicio. Posteriormente, con Resolución 341742 de 5 de diciembre de 2013, Colpensiones ordenó la inclusión en nómina del actor a partir del 1º de diciembre de 2013 cuando se demostró su desafiliación al sistema pensional.

Que en cuanto a la fecha de efectos fiscales de la prestación, en primer lugar debe tenerse en cuenta que el estatus de pensionado solo se adquiere al cumplir la totalidad de los requisitos exigidos por la norma sustancial, a saber, la edad para pensión y el tiempo mínimo de trabajo o cotización, según corresponda, por lo que en el caso concreto, el estatus lo adquirió el demandante el 8 de noviembre de 2005. En segundo lugar, la fecha de consolidación del derecho y la fecha de efectos económicos de la prerrogativa podría diferir, teniendo en cuenta lo reglado por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, normas que se aplican por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Que en el caso concreto, la última cotización se acreditó para el mes de diciembre de 2013, por lo que es improcedente el reconocimiento pretendido. En ese sentido, si bien es cierto, podría concluirse que no existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el ejercicio docente, sí existe la imposibilidad de reconocimiento pensional durante los períodos que el reclamante continuó como afiliado a la entidad demandada conforme al artículo 19 de la Ley 344 de 1996. Corolario de lo anterior, se evidencia que en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es posible ostentar el estatus de pensionado y afiliado al sistema de seguridad social en pensiones como lo insta

⁷ Folios 146 a 149.



el accionante.

Que en caso de que se quisiera aplicar la excepción prevista en la Ley 4ª de 1992, válida durante el tiempo en que el demandante ostentó la calidad de empleado público, es necesario señalar que la misma solo aplica para el ejercicio de la docencia por hora catedra, siempre que esta no supere el cómputo de 8 horas diarias, circunstancia que no se acredita en el caso concreto. Como se evidencia del reporte de semanas y como lo estableció el *a quo*, durante la última vinculación del actor, este trabajó tiempo completo, desvirtuándose la conclusión de que tal labor se efectuaba de forma complementaria al servicio público, por lo que aquel quedaba sujeto a las reglas de reconocimiento planteadas en los actos demandados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ambas partes presentaron alegatos de conclusión en los cuales ratificaron los argumentos de la demanda y la contestación.⁸

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO⁹

La referida entidad, mediante su apoderado y sin solicitar vinculación como interviniente en el proceso, radicó memorial con el que presentó sus argumentos frente al caso particular, los cuales, si bien no se ajustan a la temática en tensión, se plantearon de la siguiente forma.

Que debe negarse la liquidación o reajuste de la pensión de jubilación con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización, toda vez que el Consejo de Estado expidió la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 en la que claramente determinó que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

⁸ Memoriales allegados en archivos PDF visibles en los índices 15 y 16 de la plataforma SAMAI.

⁹ Ver índice 18 de la plataforma SAMAI.



El problema que debe resolver la Subsección es determinar si el demandante tiene derecho al pago del retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas entre el 4 de mayo de 2012 y el 30 de noviembre de 2013, período en el que este laboraba en el sector privado al servicio de la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia bajo el cargo de docente de hora cátedra.

Marco normativo y jurisprudencial

En primer lugar, se estima necesario poner de presente la regulación en materia del régimen de incompatibilidades para efectos pensionales, así como en lo referente a la efectividad de las pensiones reconocidas en virtud de la Ley 33 de 1985, ello para identificar si existe alguna disposición que se ajuste al caso del demandante en su calidad de jubilado y de docente de una institución universitaria privada que le impida devengar la prestación desde la fecha del retiro definitivo del servicio.

Sobre el punto se advierte que la Constitución Política de 1886 estableció la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones en que tuviera parte el Estado, con excepción de los casos especialmente establecidos por el legislador. Así lo dispuso en el artículo 64 *ibidem*.

«Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndase por tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios.»

Con posterioridad, el Decreto Ley 1317 de 18 de julio de 1960,⁹ en su artículo 1° reiteró la prohibición prevista en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886, y particularmente en el caso de la docencia universitaria oficial precisó lo siguiente.

«**ARTÍCULO 8º.**- Para los efectos del presente Decreto, el ejercicio de empleos en las distintas Ramas del Poder Público, es incompatible con el desempeño de direcciones, decanatos y profesorado de tiempo completo, en Facultades Universitarias del Estado.»

Como se aprecia, esta prohibición había sido contemplada desde el comienzo respecto del ejercicio de la docencia en entes universitarios públicos, es decir, no hace referencia a la misma consecuencia cuando dicha actividad se cumple en universidades privadas.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución Política de 1991 se reiteró la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público en los siguientes términos.

«Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.



Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.»

De acuerdo con lo anterior, es claro que el mencionado postulado prohibitivo impide la coexistencia de dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen los recursos públicos. En este sentido, la norma comprende los siguientes presupuestos privativos, i) **desempeñar dos empleos oficiales de forma simultánea** y ii) **recibir más de una asignación del erario**.

Bajo el panorama expuesto, se advierte que la prohibición establecida por la Constitución Política, de recibir dos o más pagos con fuente de financiación de recursos públicos, abarca también a las pensiones, en términos generales, siempre y cuando su origen provenga de aportes derivados de vinculaciones con el Estado, pues en nada se refiere a hace alusión al ejercicio de una actividad propia de un contrato de trabajo en el sector privado.

En suma, no se advierte en el ordenamiento jurídico ninguna disposición que expresamente prohíba a un pensionado con una prestación de naturaleza pública, devengar tal derecho y a la vez recibir un salario propio de una relación de trabajo con un empleador privado, pues todo el régimen de incompatibilidades se configura entre dos asignaciones del erario, más aún cuando incluso en virtud de un ejercicio de comparación, para un empleado público en servicio activo, tal situación contempla una excepción en el caso de la ejecución de horas cátedras en instituciones educativas oficiales.

Ahora bien, en materia de causación y efectividad de una pensión de jubilación derivada de aportes del sector público en virtud de la aplicación de la Ley 33 de 1989, debe precisarse que el artículo 1° de dicha norma consagró los requisitos que determinan cuándo se consolida el derecho, es decir, el momento en que el solicitante adquiere el estatus jurídico de jubilado que lo habilita para reclamar el reconocimiento de la prerrogativa. Tal precepto consagra lo siguiente,

«**ARTÍCULO 1.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. [...]»

Como se observa, la fecha de causación de una pensión como la que es objeto de estudio, será aquella en la que el reclamante acredite haber cumplido con las dos exigencias de la norma en cita, esto es, 55 años de edad y 20 de servicio. En todo caso, lo anterior no significa que desde ese preciso momento deba ser pagada la prestación, pues la fecha de efectividad depende de otro factor en el evento específico de los servidores públicos, correspondiente, en esencia, al retiro definitivo



del servicio, esto para evitar el abono concomitante de dos asignaciones del tesoro público por prohibición expresa del artículo 128 constitucional.

De hecho, lo propio fue precisado en su momento por el artículo 1° del Decreto 625 de 1988 (regulatorio en materia pensional de servidores públicos)¹⁰, norma que actualmente se encuentra compilada en el Decreto 1833 de 2016 (Único Reglamentario del Sector Sistema de Seguridad Social en Pensiones), cuyo artículo 2.2.8.3.1. prevé lo siguiente,

«[...] **ARTÍCULO 2.2.8.3.1.** *Efectividad del pago de la pensión para servidores públicos.* La pensión de jubilación una vez reconocida, se hace efectiva y debe pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio oficial. Para tal fin la entidad de previsión social comunicará al organismo donde labora el empleado, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio. Para cobrar su primera mesada el pensionado deberá acreditar su retiro, mediante copia auténtica del acto administrativo que así lo dispuso o constancia expedida por el jefe de personal de la entidad donde venía laborando. [...]». (Subrayado fuera de texto).

En tal sentido, resulta evidente que en lo que respecta a la situación jurídica de efectividad de una pensión de jubilación reconocida a un servidor público con base en los aportes derivados exclusivamente de sus vinculaciones legales y reglamentarias con el Estado, es decir, con base en los preceptos de la Ley 33 de 1985, la norma aplicable en este aspecto sería el Decreto 625 de 1988, compilado en el Decreto 1833 de 2016, por lo que solo sería exigible al reclamante la demostración del retiro definitivo del servicio, pues en el momento en que ello ocurra se configura materialmente la fecha efectiva de pago de la prestación.

Resolución del caso concreto

Como primer argumento de inconformidad de la entidad apelante, se recuerda que esta adujo que el demandante no adquirió el derecho al pago del retroactivo de mesadas pensionales desde su desvinculación del servicio público, puesto que su prestación estaba regulada por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 del mismo año), preceptos que expresamente indican que la prerrogativa en comento solo puede ser reconocida a partir del momento de la desafiliación del reclamante al sistema pensional, dado que para su liquidación debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada por el mismo riesgo.

Ahora bien, lo cierto es que a partir del acervo probatorio recaudado y practicado en el presente caso, se observa con claridad que la misma parte demandada precisó que la pensión de jubilación otorgada al reclamante en virtud de la Resolución 0026068 del 19 de junio de 2007¹¹, y posteriormente reliquidada con base en la

¹⁰ Por el cual se modifica el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969.

¹¹ Folio 65.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05405-01 (5167-2019)

Resolución GNR 341742 del 5 de diciembre de 2013¹², tuvo como fundamento normativo la Ley 33 de 1985, la cual es aplicable exclusivamente a los servidores públicos, tanto así que señaló que para el efecto, solo tuvo en cuenta los tiempos de labor oficial prestados y cotizados por el señor Daza Camargo en razón de sus vinculaciones con la Contraloría General de Bogotá y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la misma ciudad.

Lo propio se extrae de la siguiente motivación obrante en el último acto administrativo precitado.

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
Pension de Jubilacion Funcionarios y empleados de la Contraloria General de la Republica (Emp. Pub	-8 de noviembre de 2005	1 de diciembre de 2013	11,729,266.00	0.00	1	75.00	8,796,950.00	NO
20 años de servicio al Estado y 55 años de edad (Transición frente a ley 33) Legal Decreto 2527 (Tr	-8 de noviembre de 2005	1 de diciembre de 2013	11,842,524.00	5,420,256.00	1	75.00	8,881,893.00	SI
20 años de servicio y 55 o 60 años de edad con Regimen de Transición Ley 71 de 1988- Legal.	-8 de noviembre de 2010	1 de diciembre de 2013	8,028,163.00	3,528,906.00	1	75.00	6,021,122.00	NO
1050 semanas progresivas, 55 o 60 años de edad Ley 797 del 2003- Legal	-8 de noviembre de 2010	1 de diciembre de 2013	8,028,163.00	3,528,906.00	1	73.69	5,915,953.00	NO
PENSION DE VEJEZ Decreto 758 de 1990 REGIMEN DE TRANSICION HOMBRE	-8 de noviembre de 2010	1 de diciembre de 2013	8,028,163.00	3,071,454.00	1	87.00	6,984,502.00	NO

Como se aprecia de lo expuesto, la parte pasiva descartó la aplicación de la regulación especial pensional de los empleados de la Contraloría General de la República, así como la de la Ley 71 de 1988, la Ley 797 de 2003 y puntualmente la del Decreto 758 de 1990, todo por cuanto la norma realmente tenida en cuenta para conceder la prerrogativa más favorable para el demandante, fue la Ley 33 de 1985, esto por haber sido considerado como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, no halla respaldo la postura de Colpensiones sobre la aplicación en el caso del accionante de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, que condicionaban la fecha de pago de la mesada pensional a la desafiliación de la mentada entidad, pues como se advierte de lo expuesto previamente, tal regulación no fue la que determinó la prestación objeto de análisis, sino la consagrada exclusivamente para los servidores del Estado.

De hecho, es de destacar en este litigio que, incluso el artículo 9° del Decreto 1160 de 1988 que contempla la necesidad de demostrar la desafiliación del solicitante al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para que la pensión de jubilación sea efectiva, tampoco resultaría aplicable a la situación particular del demandante, pues la norma en mención es regulatoria de la Ley 71 de 1988 que consagra una pensión por acumulación de aportes del sector público y privado, lo cual no corresponde al

¹² Folios 6 a 13.



régimen de pensión que le fue aplicado al señor Daza Camargo como se adujo previamente, en la medida en que esta le fue otorgada con base exclusivamente de sus aportes del sector público. Es decir, no sería viable para la entidad acudir a dicha normativa para exigirle al accionante que se desafilie del sistema a fin de que le sea otorgado su derecho.

Por lo tanto, al actor no era viable condicionarle el goce de su prerrogativa a la desvinculación del sistema pensional, pues esta no le fue reconocida con base en los preceptos del Decreto 758 de 1990 ni de la Ley 71 de 1988, sino bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, la cual, conforme al artículo 1° del Decreto 625 de 1988 (compilado actualmente en el artículo 2.2.8.3.1. del Decreto 1833 de 2016), solo exige para su causación el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo laborado, y para su efectividad y correspondiente pago, la demostración del retiro definitivo del servicio oficial, ello con motivo de la prohibición de recibir doble asignación del erario contenida en el artículo 128 constitucional, tal como sería la pensión por aportes públicos y el salario derivado de un nombramiento en una plaza estatal.

Bajo este contexto, en el entendido de que la prestación otorgada al accionante no ha computado ni incluido los tiempos de trabajo cotizados por aquel en razón de sus contratos de trabajo, resulta claro que no era adecuado exigirle terminar su último vínculo laboral particular, y en consecuencia dejar de cotizar a Colpensiones por tal relación con el fin de recibir su prerrogativa de origen público, toda vez que los aportes que aquel realizó por la labor desarrollada en Abitbol y Bigio Vanytex S.A. y en la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, es decir, eminentemente privados, no influyeron en la liquidación y determinación del derecho concedido en virtud de la Ley 33 de 1985.

Según lo expuesto, el pago de la prerrogativa concedida al demandante en virtud de la Resolución GNR 341742 del 5 de diciembre de 2013, esto es, la consolidada por la labor oficial prestada por el señor Daza Camargo, solo podía condicionarse a la fecha de retiro definitivo del servicio público ocurrido el 3 de mayo de 2012 cuando fue declarado insubsistente su nombramiento como jefe de la oficina asesora jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, no así a la desafiliación del sistema pensional que Colpensiones estimó configurada el 1° de diciembre de 2013, ello habida cuenta de que en su caso no eran aplicables el Decreto 758 de 1990, la Ley 71 de 1988, ni el Decreto 1160 de 1988 que consagraban tal limitante, sino que su situación estaba gobernada por la Ley 33 de 1985 y el Decreto 625 de 1988 (compilado por el Decreto 1833 de 2016).

Cambio de postura jurisprudencial en casos como el presente

Sobre el particular, la Subsección considera necesario precisar que bajo el análisis desarrollado hasta este punto, se variará la línea interpretativa que en asuntos con



algunas similitudes fácticas y jurídicas se habían resuelto previamente por esta misma Sala, tales como en los procesos con números internos 4784-2016, 2306-2017 y 1075-2018.¹³

Lo anterior se justifica en la medida en que, en atención a un examen de reconsideración de postura jurídica, se evidenció el hecho de que en los asuntos en los que un ex servidor público haya adquirido su pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1985, puntualmente en lo que respecta a la efectividad de la prestación, tendrá que aplicársele el Decreto 625 de 1988 (compilado por el Decreto 1833 de 2016), pues era aquella la norma vigente que regulaba lo propio, no así el Decreto 1160 de 1988 como se aseguraba anteriormente, dado que este último es especial para quienes obtuvieron el derecho por acumulación de aportes privados y públicos en aplicación de la Ley 71 de 1988, situación que se reitera, no es la configurada en el presente litigio.

De otra parte, el segundo argumento de impugnación de la autoridad recurrente, se centra en asegurar que en lo que respecta a la situación del reclamante, resultaban aplicables los preceptos de las Leyes 30 de 1992 y 60 de 1993 en punto a la posibilidad de los servidores públicos de desempeñar la labor docente universitaria por horas cátedra, solo hasta un monto que no supere las 8 horas diarias de trabajo en diferentes entidades públicas por disposición del parágrafo del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, lo cual asegura que el actor no cumplió, pues su vinculación con el ente universitario fue de tiempo completo.¹⁴

Ahora, al respecto la Sala debe precisar que tal normativa no regía la situación particular del reclamante, no solo porque esta prevé lo propio para servidores públicos en actividad y no para pensionados como lo era aquel durante el período objeto de discusión, sino además porque las horas cátedra a que se refiere tales enunciados, hacen alusión a las prestadas en entes universitarios públicos, no privados, pues sobre estos últimos no existe ninguna prohibición o reglamentación en concreto cuando sean ejecutadas por funcionarios estatales y mucho menos para los jubilados.

Asimismo, Colpensiones aseguró que era de obligatoria observancia en el litigio bajo estudio, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996¹⁵ que contempla lo siguiente.

«ARTÍCULO 19.- Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán

¹³ Sentencias proferidas por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, el 29 de abril de 2021, Radicado 25000234200020140372601 (4784-2016); el 5 de noviembre de 2020, radicado 05001233300020140201601 (2306-2017); y el 26 de noviembre de 2020, radicado 25000234200020160103901 (1075-2018).

¹⁴ Folio 117.

¹⁵ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»



hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.»

No obstante, nuevamente la parte recurrente desconoce que el contexto de la ley precitada y puntualmente del precepto transcrito es aplicable únicamente para los docentes universitarios oficiales, pues tal marco jurídico fue desarrollado para disminuir el gasto público y en nada se refirió a los educadores de instituciones privadas de educación superior. De hecho, la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de tal norma a través de la sentencia C-584 de 1997, en la que precisó,

«[...] 8. La norma estudiada busca impedir que una persona pueda gozar, simultáneamente, del derecho a la estabilidad en un cargo público y de la pensión de jubilación. Con ello, se pretende liberar una de las dos fuentes de provisión de los recursos involucrados, a fin de destinarlos a satisfacer necesidades de terceras personas. En efecto, si el servidor público opta por continuar trabajando hasta cumplir la edad de retiro forzoso, se disminuye temporalmente la presión financiera sobre los fondos que deben orientarse al pago del pasivo laboral. Si, de otra parte, decide hacer efectiva la pensión, se libera una plaza pública que deberá ser provista por una nueva persona, en edad de trabajar.

Tanto los cargos públicos como los recursos que, hoy por hoy, se destinan al pago del pasivo pensional de los servidores públicos, constituyen bienes escasos que deben ser distribuidos con criterio de equidad y siguiendo los imperativos del principio de solidaridad. En particular, el régimen de carrera administrativa consagra una serie de disposiciones que, como la edad de retiro forzoso, definen límites al derecho de estabilidad laboral, a fin de lograr una distribución más equitativa de los cargos públicos y de patrocinar el acceso, en condiciones de igualdad, a la función pública.

[...] En las condiciones expuestas, considera la Corte que la norma estudiada persigue una finalidad legítima de especial importancia constitucional. En primer lugar, está destinada a racionalizar los recursos asignados al pago del pasivo laboral de los servidores públicos, a fin de garantizar el cumplimiento oportuno de las necesidades básicas que la seguridad social está llamada a satisfacer. Pero busca, adicionalmente, un efecto supletorio, cual es el de augmentar las oportunidades de acceso de todas las personas, en igualdad de condiciones, a los cargos públicos. [...]». (Negrilla y subrayado intencional).

En tal sentido, queda claro que el cargo público al que hace mención la Corte Constitucional es el de docente universitario que la norma indica como la plaza que podrá ocuparse hasta por 10 años más después de haber adquirido el derecho pensional, y cuya efectividad se contempló hasta tanto se demostrara el retiro de tal labor oficial. Es decir, aquel precepto no se refiere a un educador de una institución educativa de naturaleza privada, pues la ley no tuvo ese alcance ni objeto en ningún momento. Por lo tanto, resulta evidente que dicho artículo no es aplicable al demandante, en la medida en que este no se desempeñó como docente universitario oficial, sino privado al servicio de una sociedad sin ánimo de lucro como lo es la Fundación Universidad Autónoma de Colombia.¹⁶

¹⁶ Folio 23.



En todo caso, adicionalmente a lo expuesto hasta este punto, debe precisarse que tal como se expuso en el desarrollo del marco normativo del asunto bajo estudio, la percepción de una pensión de jubilación derivada exclusivamente de cotizaciones del sector público no es incompatible con el pago de un salario por el desarrollo de un contrato de trabajo privado, pues no existe ninguna norma que así lo prohíba, en la medida en que dicha restricción solo está prevista constitucionalmente para el caso de dos asignaciones del tesoro público, lo cual no ocurre en el presente litigio, en el entendido de que lo que habría recibido el accionante de manera concomitante desde el 3 de mayo de 2012, solo habría sido una prestación periódica derivada de fondos estatales y una remuneración inherente a una relación de trabajo particular, no de un vínculo legal y reglamentario que sí habría generado una imposibilidad de coexistencia.

Sobre el punto es de recordar que toda restricción en materia laboral debe estar expresamente señalada por una norma del rango suficiente para lo propio, tal como sucedería con las incompatibilidades o inhabilidades, las cuales básicamente prohíben el ejercicio simultáneo de dos actividades o condiciones para el desempeño de un empleo oficial. Pues bien, en lo atinente al desempeño de un trabajo en el sector privado bajo la calidad coetánea de pensionado del sector público, se advierte que no figura en ningún precepto del ordenamiento jurídico una interdicción para tal efecto, por lo que la entidad demandada no podía suspender el pago de la prestación que le había sido reconocida al actor desde la fecha de retiro definitivo del servicio estatal.¹⁷

Es decir, el marco jurídico aplicable al presente caso no contempla como incompatible la condición de jubilado en goce de una pensión financiada de recursos estatales, y el ejercicio de la docencia en un claustro de educación superior de naturaleza privada. Considerar lo contrario implicaría restringir de manera invasiva el derecho al trabajo de los adultos mayores que ya no se encuentren vinculados al servicio del Estado, pero que aún pueden desempeñar una labor esencial de enseñanza formativa en razón de su experiencia y conocimientos, lo cual a su vez les puede generar un ingreso adicional que no reñiría de ninguna manera con el postulado constitucional que prevé la imposibilidad de devengar simultáneamente dos asignaciones del tesoro público.

En suma, la exigencia de la parte pasiva hacia el accionante para que demostrara su desafiliación al RPMPD, en orden de que fuera efectiva la prestación que le fue reconocida en razón de la Ley 33 de 1985 y por lo tanto tuviera acceso a un pago retroactivo de mesadas causadas, se torna ilegal si se tiene en cuenta que por ser una pensión de origen público, aquel solo debía acreditar el retiro definitivo del servicio prestado al Estado y no a un empleador particular.

¹⁷ Esto es, desde el 3 de mayo de 2012 según el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de jefe de oficina asesora jurídica de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP (ver folios 20 y 24).



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05405-01 (5167-2019)

Bajo dicho contexto, la Sala encuentra acertada la decisión del tribunal de primera instancia que ordenó el abono a favor del demandante del retroactivo de mesadas pensionales adeudadas a su favor desde el 3 de mayo de 2012 y hasta el 1.º de diciembre de 2013, por lo que habrá de confirmarse el fallo apelado.

Condena en costas de segunda instancia

Esta Subsección, en sentencia del 7 de abril de dos mil dieciséis (2016),¹⁸ respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Conforme a las anteriores reglas, y en atención a que el Consejo de Estado ya ha venido analizando la conducta de las partes en el proceso y la carencia de fundamentación jurídica, en el presente asunto, se procederá a estudiar dicha situación a la luz de la normativa vigente.

En el caso bajo examen, de la revisión de la demanda y de la oposición a la misma, no se observa que sea manifiesta una carencia de fundamentación legal que dé lugar a la condena en costas. Contrario a ello, ambas partes en sus escritos manifestaron razones en defensa jurídica de sus intereses. Por tal razón, al no encontrarse acreditado tal presupuesto normativo, no se condenará 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 proferida el veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por el señor José Félix Daza Camargo contra la

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05405-01 (5167-2019)

Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada, según lo manifestado en la parte considerativa de la sentencia.

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva a los abogados Angélica Margoth Cohen Mendoza, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.709.957, portadora de la tarjeta profesional 102.786 del Consejo Superior de la Judicatura, y a Brandon Samir Vergara Jácome, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.083.027.098 con tarjeta profesional 312.933 de la misma entidad, ello como apoderados principal y sustituto de Colpensiones respectivamente, conforme al poder que les fue otorgado según memoriales visibles en el índice 24 de la plataforma SAMAI.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

Firmado electrónicamente
JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ