

ACTO QUE NIEGA PRESTACIONES PERIODICAS – Puede demandarse en cualquier tiempo / CADUCIDAD DE LA ACCION – No opera frente a actos que niegan prestaciones periódicas

Del texto del numeral 2, artículo 136 del C.C.A., se advierte, en principio, que no existe término de caducidad para demandar los actos que reconocen prestaciones periódicas porque ésta puede presentarse en cualquier tiempo, sin embargo los que la niegan sí están sometidos a dicho término. En relación con esta diferenciación que hace la norma citada, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 2 de octubre de 2008, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente No. 363-08, sostuvo que los actos que niegan prestaciones periódicas también pueden ser demandados en cualquier tiempo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 136

PENSION DE JUBILACION POR SERVICIOS EN EL SECTOR PUBLICO – Compatibilidad con pensión de vejez del Instituto del Seguro Social por servicios prestados a patronos particulares / PENSION DE JUBILACION DEL SECTOR PUBLICO – Incompatibilidad con pensión de vejez del seguro social por servicios prestados en el sector público y privado / PENSION DE VEJEZ DEL INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL DEL SECTOR PUBLICO Y PRIVADO – Incompatibilidad con pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público. Doble asignación del tesoro público

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 ISS 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 el sub lite se encuentra demostrado que el actor disfrutaba de una pensión de vejez reconocida por el ISS que incluyó los tiempos laborados por éste como trabajador independiente, empleado público del Municipio de Manizales y Médico del Instituto de Seguros Sociales, es decir, que su pago incluye dineros de entidades públicas que actuaron como “patronos”. Teniendo en cuenta lo anterior no es posible acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación que pretende el actor con cargo a la Universidad de Caldas porque en el caso específico violaría lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política que prohíbe la recepción de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público. La Ley 100 de 1993 establece que los afiliados que cumplan la edad de pensión pero no reúnan los demás requisitos tendrán derecho a la devolución de saldos, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, o a la indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 128 / DECRETO 758 DE 1990 – ARTICULO 49 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 77

NOTA DE RELATORIA: Sobre la nulidad del artículo 49 del Decreto 758 de 1990, sentencia de 3 de abril de 1995, Consejo de Estado.

DEVOLUCION DE COTIZACIONES A PENSION – Procede cuando no se haya alcanzado a generar pensión

La finalidad de la devolución de saldos y de la indemnización sustitutiva es el reintegro de los ahorros o cotizaciones hechas por quienes no hayan alcanzado a generar la pensión mínima establecida para cada régimen. En este caso se encuentra demostrado que el señor Mario Orozco Hoyos disfruta de una pensión de vejez reconocida por el ISS a partir del 6 de diciembre de 1996. Así, no se configura el supuesto fáctico que establece la Ley 100 de 1993 para que proceda la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva en razón a que el demandante sí causó un derecho pensional que le fue efectivamente reconocido.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 37

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 17001-23-31-000-2009-00102-01(0375-11)

Actor: MARIO OROZCO HOYOS

Demandado: UNIVERSIDAD DE CALDAS

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 21 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las súplicas de la demanda incoada por Mario Orozco Hoyos contra la Universidad de Caldas.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de los actos por medio de los cuales la Universidad de Caldas negó las peticiones presentadas el 19 de julio de 2007 y el 9 de julio de 2008 que confirmaron las Resoluciones Nos. 000119 de 25 de mayo

de 2001 y 085 de 3 de mayo de 2005 por medio de las cuales la entidad negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor del demandante.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación desde el 7 de septiembre de 1995 con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los incrementos legales y la indexación o actualización de las sumas que resulten adeudadas.

Como pretensión subsidiaria solicitó condenar a la entidad demandada a la devolución indexada de los dineros cotizados por concepto de pensión durante el tiempo que estuvo vinculado laboralmente a la Universidad de Caldas.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El señor Mario Orozco Hoyos laboró para la Universidad de Caldas en forma continua e ininterrumpida durante 24 años, 7 meses y 14 días, en los siguientes cargos:

- Jefe del Departamento de Consulta Externa de la Facultad de Medicina del 1 de julio de 1959 al 30 de abril de 1963.
- Profesor adscrito al Departamento de Medicina Interna de la Facultad de Medicina de la Universidad de Caldas desde el 1 de abril de 1967 hasta el 14 de julio de 1976.
- Profesor adscrito al Departamento de Medicina Interna, Área de Gastronomía (sic) en la Facultad de Medicina desde el 1 de octubre de 1977 hasta el 6 de julio de 1986 fecha en que se retiró definitivamente del servicio.

El tiempo laborado por el demandante en la Universidad de Caldas es suficiente para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación una vez cumplió la edad exigida en la ley y no puede ser excusa el hecho de que la Institución Educativa haya omitido hacer los aportes a la Caja de Previsión.

El demandante tiene 75 años de edad pues nació el 7 de septiembre de 1930.

El Instituto de Seguro Social reconoció a favor del señor Orozco Hoyos una pensión de vejez teniendo en cuenta las cotizaciones que realizó durante su vida profesional como médico gastroenterólogo de manera independiente o para empresas distintas a la Universidad de Caldas.

Dicha prestación le fue reconocida a través de la Resolución No. 003088 de 23 de junio de 1997, a partir del 1 diciembre 1996. Para el efecto tuvo en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, incluyendo únicamente las cotizaciones hechas al ISS como trabajador particular.

El demandante le solicitó a la Universidad de Caldas el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, entidad que se la negó a través de la Resolución No. 000119 de 25 de mayo de 2001 argumentando incompatibilidad de las pensiones de vejez y jubilación.

El 9 de marzo de 2005 presentó nueva petición para el reconocimiento de la pensión de jubilación que le fue negada a través de la Resolución No. 085 del 3 de mayo de 2005 argumentando que la entidad encargada del reconocimiento pensional es el ISS porque fue allí donde realizó los últimos aportes luego de su retiro de la Universidad de Caldas.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha manifestado en múltiples sentencias que es posible el reconocimiento de dos pensiones siempre que éstas no provengan del tesoro público. En este punto es del caso aclarar que si bien el ISS es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, los aportes que recibe por concepto de pensiones no provienen del erario.

Si bien es cierto el ISS presentó un proyecto de liquidación de cuota parte ante la Universidad de Caldas, este trámite fue suspendido en razón a que el demandante optó por solicitar la pensión del ente universitario y en tal sentido el ISS nunca realizó la reliquidación de la pensión.

El 19 de julio de 2007 el demandante solicitó nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación ante la Universidad de Caldas que le fue negada mediante acto de 17 de julio de 2008 aduciendo la incompatibilidad en el goce de la pensión de vejez y de jubilación.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58; Ley 33 de 1985 y Decreto 3135 de 1968.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado de la Universidad de Caldas se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de integración del litis consorcio necesario, prescripción, cobro de lo no debido y la genérica (fl.108).

El Instituto de Seguro Social debe ser vinculado a la demanda porque fue éste el que reconoció la pensión de vejez y en caso de que prosperen las pretensiones es dicha entidad la encargada de reliquidar la pensión de vejez del señor Orozco Hoyos incluyendo los aportes efectuados a la Universidad de Caldas.

La pensión de jubilación del demandante está regida por lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 que permite acumular cotizaciones realizadas en el sector público y el sector privado. La prestación así reconocida debe liquidarse conforme a lo dispuesto en el Decreto 2709 de 1994.

El ISS a través de la Resolución No. 003088 de 1997 reconoció a favor del demandante una pensión de vejez "en calidad de trabajador independiente" sin embargo, no es factible que la Universidad de Caldas le reconozca otra pensión porque existiría incompatibilidad en el goce de las mismas, tal como lo señala el artículo 77 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Caldas declaró no probadas las excepciones y negó las pretensiones de la demanda (fls.225 a 236). No se configura la excepción de ineptitud sustantiva de la demandada por falta de integración del litis consorcio necesario porque el problema jurídico planteado no involucra al ISS. Lo pretendido es el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por parte de la Universidad de Caldas independiente a la reconocida por el ISS.

Luego de transcribir el artículo 128 de la Constitución Política y los artículos 75 y 77 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, citó apartes de una sentencia del Consejo de Estado en la que se estudió la prohibición constitucional de percibir doble asignación del Tesoro Público y las excepciones a dicha regla.

Concluyó que la pensión del actor fue reconocida incluyendo aportes y tiempos del sector público y privado razón por la cual "es incompatible el reconocimiento de una nueva pensión de jubilación por parte de la Universidad de Caldas".

La pretensión subsidiaria encaminada a la devolución de los aportes para pensión hechos a la Universidad de Caldas tampoco prospera porque el demandante en cualquier momento puede solicitar la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo esas sumas de dinero y así obtener la cuota parte del ente universitario.

"Si el aportante no reclama la reliquidación, como es el caso del doctor Orozco Hoyos, ello no le confiere el derecho para reclamar la devolución de los aportes ya hechos".

La pensión del demandante fue reconocida por el ISS incluyendo aportes realizados como trabajador independiente y servidor público del Municipio de Manizales, es decir, que la situación fáctica no se identifica con los asuntos que han sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia.

EL RECURSO

El demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fl.240). Durante el tiempo que el señor Orozco Hoyos estuvo vinculado a la Universidad de Caldas realizó aportes para pensión diferente es que la Universidad nunca los haya enviado a una entidad de previsión social.

El ISS le reconoció la pensión de vejez teniendo en cuenta única y exclusivamente las cotizaciones realizadas como empleado del sector privado y por tal razón aplicó lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año 1990; normas éstas que no permiten la inclusión de aportes del sector público.

El ente universitario demandado no participó de ninguna forma en el pago de la pensión de vejez reconocida por el ISS al demandante y en tal sentido los 24 años de servicio prestados en dicho ente universitario no han generado ningún reconocimiento pensional.

Si el Instituto de Seguro Social hubiera incluido aportes realizados en el sector público hubiera denominado la prestación como "pensión por aportes de que trata la ley 71 de 1988", que permite la sumatoria de servicios públicos y privados y no habría reconocido la pensión "de vejez" de que trata el Decreto 758 de 1990.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado al rendir Concepto visible a folio 254 solicitó confirmar la sentencia que negó las súplicas de la demanda. La pensión de jubilación o vejez tienen el mismo origen y se causan al cumplir la edad y el tiempo de servicios determinados en el régimen pensional aplicable.

El demandante pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de la Universidad de Caldas cuando su situación evidencia que lo procedente es la "compartibilidad de pensiones", en la que cada una de las entidades entra a responder por el pago de la prestación a prorrata del tiempo servido.

Luego de citar apartes de una sentencia en la que se trató el tema de la compartibilidad de la pensión de jubilación entre el ISS y el SENA, concluyó que en este caso se presenta un supuesto fáctico parecido y en tal sentido lo que procede es que las dos entidades concurren al pago de la pensión y no que cada una reconozca una prestación.

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

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Debe la Sala determinar si el señor Mario Orozco Hoyos tiene derecho a que la Universidad de Caldas le reconozca y pague una pensión de jubilación independiente a la de vejez que le fue reconocida por el ISS en razón a que los tiempos laborados para acceder a éstas son independientes.

Actos acusados

1. Acto administrativo proferido por la Jefe de la Oficina de Gestión Humana de la Universidad de Caldas el 17 de julio de 2008, que **"niega la solicitud de pensión de jubilación y la devolución indexada de los dineros cotizados por concepto de pensiones"** presentada por el señor Orozco Hoyos, argumentando que existe incompatibilidad en el goce de las pensiones tal como lo establece el artículo 77 Decreto Reglamentario 1848 de 1969 (fl.58).
2. Acto administrativo proferido el 10 agosto 2007 por el rector de la Universidad de Caldas donde reconoció el pago de una pensión de jubilación **"por estar los mismos hechos y pretensiones decididos"** (fl.43).
3. Resolución No. 085 de 3 de mayo de 2005 proferida por la Vicerrectoría Administrativa de la Universidad de Caldas a través de la cual le negó al actor el reconocimiento de una pensión de jubilación porque es el ISS la entidad que debe asumir el pago y presentar el proyecto de cuota parte a la Universidad de Caldas (fl. 35).
4. Resolución No. 00019 de 25 de mayo de 2001, proferida por la Vicerrectoría Administrativa de la Universidad que le negó al actor el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación **"por existir incompatibilidad entre pensiones de conformidad con la ley"** (fl.11).

Cuestión previa

Teniendo en cuenta que los actos demandados que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación fueron proferidos en los años 2001, 2005, 2007 y 2008 y la demanda fue interpuesta el 24 de julio de 2008 (fl. 87), procede la Sala a hacer las siguientes precisiones:

El término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, está contemplado en el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A, de la siguiente manera:

“La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”

Del texto de la norma se advierte, en principio, que no existe término de caducidad para demandar los actos que reconocen prestaciones periódicas porque ésta puede presentarse en cualquier tiempo, sin embargo los que la niegan sí están sometidos a dicho término.

En relación con esta diferenciación que hace la norma citada, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 2 de octubre de 2008, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente No. 363-08, sostuvo que los actos que niegan prestaciones periódicas también pueden ser demandados en cualquier tiempo por las siguientes razones:

“(...) De lo analizado, resulta en síntesis, la diferencia de trato en materia de caducidad entre la decisión que reconoce una prestación social periódica y la que la niega, y que consiste en que para esta última, el interesado debe reiniciar toda la actuación gubernativa bajo la perspectiva del acceso a la justicia, cuestión que en el fondo es de naturaleza estrictamente procesal y no responde a una garantía sustancial pues el objeto de debate en uno y otro caso es el mismo: UN DERECHO PRESTACIONAL, DE CARACTER IRRENUNCIABLE E IMPRESCRIPTIBLE.

Se evidencia entonces cómo la discriminación que aplica la caducidad al acto que niega el reconocimiento de una prestación periódica implica una razón susceptible de evaluar en el contexto del absurdo, por cuanto conduce a la repetición estéril de una conducta ya descrita tanto por la administración como por el usuario y desde luego por la administración de justicia, lo que por supuesto significa un desgaste que conspira en forma simultánea contra los derechos esenciales implicados en esta problemática, y respecto de la economía y eficiencia como principios seculares en la actividad de la Administración Pública y de la Administración de Justicia.

Con este pensamiento, la premisa que la Sala sienta, se distancia de la interpretación que ha sostenido la Sección en las referencias jurisprudenciales anotadas homogéneamente en los últimos años; por consiguiente, la excepción de caducidad respecto de los actos que

reconozcan prestaciones periódicas, se aplica indiscutiblemente también a los actos que las niegan (...)"

Siguiendo la línea jurisprudencial transcrita¹, la Sala hará el estudio de legalidad de todos los actos demandados por tratarse de aquellos que niegan una prestación periódica como lo es "la pensión de jubilación".

De lo probado en el proceso

Pensión de vejez reconocida por el ISS

Por Resolución No. 003088 de 23 de junio de 1997 el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, reconoció a favor del señor Mario Orozco Hoyos una pensión por vejez a partir del 6 de diciembre de 1996, en cuantía de \$1,357,000, teniendo en cuenta para el efecto 1140 semanas cotizadas. Como normas aplicables citó el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 (fl.5).

A folio 201 del cuaderno número 3 obra el informe rendido por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Manizales, fechado el 6 de octubre de 2009, en respuesta al oficio enviado por el A quo en septiembre de 2009, en el que se indicó lo siguiente:

"(...) Al señor Orozco Hoyos se le reconoció una pensión de vejez a partir del año 1997 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año teniendo en cuenta únicamente el tiempo cotizado al ISS y de acuerdo con la historia laboral los aportes fueron realizados por el señor Mario como independiente y otros como dependiente del Municipio de Manizales (...)".

Y concluyó aclarando que "el Acuerdo 049 de 1990, permite tener en cuenta el tiempo laborado como servidor público, siempre y cuando las cotizaciones se realicen al ISS".

¹ Subsección "B" de la Sección Segunda de esta Corporación acogió ese criterio jurisprudencial en auto de 16 de julio de 2009, expediente No. 0888-2009, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y en sentencia de 3 de diciembre de 2009, Radicado Interno 2417-2007, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

De acuerdo con la constancia de periodos de afiliación al régimen de pensiones expedido por el ISS el 23 de mayo de 1996, el señor Mario Orozco Hoyos cotizó un total de 1049.57 semanas desde el 1 de abril de 1967 hasta el 1 de diciembre de 1994, en forma interrumpida (fl.135).

A folio 129 obra certificación expedida por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del ISS, Caldas, el 15 de abril de 2005, en la que consta que el actor prestó sus servicios como Médico Especialista en ese Establecimiento por períodos interrumpidos comprendidos entre marzo de 1967 y junio de 1995, con afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensión.

Según constancia expedida por el Jefe de Archivo General del Municipio de Manizales el 6 de octubre de 2004, el señor Mario Orozco Hoyos prestó sus servicios en ese ente territorial de la siguiente manera (fl. 19):

- Médico de la Secretaría de Higiene y Educación Municipal del 1 de abril de 1956 al 30 de abril de 1960.
- Secretario de Higiene y Educación Municipal del 10 de septiembre de 1982 al 3 de octubre de 1983 y del 29 de octubre de 1983 al 14 de junio de 1984.
- Secretario de Salud Municipal del 11 de agosto de 1995 al 26 de septiembre del mismo año.

Tiempo de servicio laborado en la Universidad de Caldas

Según certificado No. 1029 sin fecha, expedido por el Jefe de la Sección de Personal de la Universidad de Caldas, el demandante prestó sus servicios en esa Institución de la siguiente manera:

- Del 1 de julio de 1956 al 30 de abril de 1963, para un total de 6 años, 10 meses
- Del 1 de abril de 1967 al 14 de julio de 1976, para un total de 9 años, 3 meses y 14 días
- Del 1 de octubre de 1977 al 6 de julio de 1986, para un total de 8 años, 9 meses y 6 días

El tiempo efectivamente laborado luego de descontar las licencias e interrupciones es de 24 años, 7 meses y 14 días (fl.24).

A través de oficio de 20 de junio de 2003, el Jefe de la Sección de Personal de la Universidad de Caldas negó el reconocimiento pensional solicitado por el actor porque si bien laboró para esa Institución durante 24 años, 7 meses y 14 días, se presenta una **“incompatibilidad de conformidad con la ley y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992”** en razón a que percibe una pensión de vejez pagada por el ISS.

ANÁLISIS DE LA SALA

Los actos demandados en el sub lite negaron el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor del actor por existir “incompatibilidad entre la pensión reconocida y pagada por el Instituto de Seguros Sociales y la que se pretendía obtener por parte de la Universidad”.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio del caso concreto así:

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, consagra la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público y 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.

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

A su vez, la Ley 4 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 1960, antes transcrito, 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. Exceptuáanse 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.²”

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”.

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 establecía 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 ISS le reconoció la pensión de vejez al actor aplicando lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 por lo que

² Artículo declarado exequible por la Corte Constitucionalidad en Sentencia C-133 del 1º de abril de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa,

es necesario remitirse a éste con el fin de determinar si existía o no incompatibilidad entre las prestaciones que reconocía el Instituto y las que pagaba una entidad pública.

El artículo 1 de dicha normativa establece 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 establecía 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.

La norma anterior fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia de 3 de abril de 1995 en la parte que textualmente decía: "a) Entre sí; b) con las demás pensiones y asignaciones del sector público" remitiéndose para el efecto a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que citó de la siguiente manera:

"(...) estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles (...)."³

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 ISS 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

³ [Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 27 de enero de 1995, rad. 7109, M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.](#)

parte mayoritaria el Estado” y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público.

En el sub lite se encuentra demostrado que el actor disfruta de una pensión de vejez reconocida por el ISS que incluyó los tiempos laborados por éste como trabajador independiente, empleado público del Municipio de Manizales y Médico del Instituto de Seguros Sociales, es decir, que su pago incluye dineros de entidades públicas que actuaron como “patronos”.

Teniendo en cuenta lo anterior no es posible acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación que pretende el actor con cargo a la Universidad de Caldas porque en el caso específico violaría lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política que prohíbe la recepción de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público.

La pretensión subsidiaria dirigida a la devolución de los dineros cotizados a la Universidad de Caldas por concepto de pensión tampoco es procedente por las siguientes razones:

La Ley 100 de 1993 establece que los afiliados que cumplan la edad de pensión pero no reúnan los demás requisitos tendrán derecho a la devolución de saldos, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, o a la indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida.

En el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión dispuesta para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece que la misma será reconocida cuando la persona cumpla la edad para obtener la pensión de vejez sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas y declare su imposibilidad de continuar cotizando.

Por otra parte, la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual será devuelto a los afiliados que cumplan 62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres, cuando no hayan alcanzado la pensión mínima de vejez en dicho régimen o no hayan acumulado el capital necesario para financiar

una pensión por lo menos igual al salario mínimo en los términos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior evidencia que la finalidad de la devolución de saldos y de la indemnización sustitutiva es el reintegro de los ahorros o cotizaciones hechas por quienes no hayan alcanzado a generar la pensión mínima establecida para cada régimen.

En este caso se encuentra demostrado que el señor Mario Orozco Hoyos disfruta de una pensión de vejez reconocida por el ISS a partir del 6 de diciembre de 1996.

Así, no se configura el supuesto fáctico que establece la Ley 100 de 1993 para que proceda la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva en razón a que el demandante sí causó un derecho pensional que le fue efectivamente reconocido.

Si el demandante lo considera pertinente puede solicitar la reliquidación de su pensión de vejez con el fin de que los aportes para pensión realizados a la Universidad de Caldas se destinen al pago de la prestación y, si es viable en el régimen pensional que le fue aplicado, aumenten la mesada pensional.

Por las razones expuestas el fallo apelado que negó las súplicas de la demanda deberá ser confirmado.

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

FALLA

Confírmase la providencia de 21 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas que negó las súplicas de la demanda incoada por el señor MARIO OROZCO HOYOS.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ