



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

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00853-01 (0276-2021)
Demandante: HUGO MARÍN MEJÍA
Demandados: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS

Temas: Reconocimiento pensión de jubilación de docente oficial. Fecha de efectividad de la pensión y del retroactivo de mesadas adeudadas. **REVOCA PARCIALMENTE Y MODIFICA SENTENCIA.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor **HUGO MARÍN MEJÍA**, obrando por medio de apoderado debidamente constituido, instauró demanda en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**, 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



Radicado: 17001-23-33-000-2017-00853-01 (0276-2021)
Demandante: Hugo Marín Mejía

PRETENSIONES¹

Que se declare la nulidad de las siguientes Resoluciones, i) 3397-6 del 27 de abril de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor del actor bajo el régimen especial de los docentes oficiales; y ii) 5908-6 del 27 de julio de 2016, que resolvió negativamente el recurso de reposición presentado contra la anterior decisión.

Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al departamento de Caldas, a reconocer al demandante una pensión de jubilación con efectividad desde el 23 de mayo de 2014 cuando aquel adquirió el estatus jurídico respectivo, calculada sobre el promedio de los salarios y demás factores percibidos durante el año previo a dicha fecha, esto sin exigir la terminación de su vínculo estatal.

Que se ordene el pago retroactivo de las mesadas atrasadas desde la fecha de efectividad de la prestación, ello junto a la indexación sobre las sumas adeudadas por este concepto, así como el reconocimiento de intereses a que haya lugar.

Que la parte demandada dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Que se disponga sobre la condena en costas conforme al artículo 188 del CPACA.

HECHOS²

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

¹ Ver expediente digital obrante en el índice 2 de la plataforma SAMAI.

² *Idem*.



Que el señor Hugo Marín Mejía nació el 22 de mayo de 1959, y durante su vida laboral tuvo una serie de vinculaciones legales y reglamentarias con el departamento de Caldas de la siguiente forma, a) desde el 8 de abril hasta el 23 de noviembre de 1992 como técnico agrícola (auxiliar administrativo), y b) del 31 de diciembre de 1992 al 24 de marzo de 1998 como experto agrícola, con aportes a pensión al entonces ISS (hoy Colpensiones), a partir del 1° de septiembre de 1995 y hasta la última fecha en comento.

Que el demandante fue nombrado como docente oficial adscrito a la Secretaría de Educación del departamento de Caldas a partir del 25 de marzo de 1998, y al menos, a la fecha de presentación de la demanda (4 de diciembre de 2017), este continuaba en ejercicio de dicho cargo.

Que el reclamante solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación el 23 de julio de 2014 ante el aludido ente territorial, y para ello pretendía que le fuera aplicado el régimen especial del magisterio para consolidar el derecho con base en la Ley 33 de 1985, con efectividad desde el 23 de mayo de 2014.

Que la parte demandada expidió la Resolución 3397-6 del 27 de abril de 2015 con la que negó lo reclamado por el actor al aducir que por haber efectuado cotizaciones al entonces ISS, a aquel le era aplicable la Ley 71 de 1988, por lo que adquiriría el derecho a los 60 años de edad y 20 de servicio. Ante esta decisión, el 15 de mayo de 2015, el señor Marín Mejía interpuso recurso de reposición contra el anterior acto, el cual fue resuelto por el departamento de Caldas en representación del FNPSM a través de la Resolución 5908-6 del 27 de julio de 2016, en el sentido de no reponer el pronunciamiento inicial.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto del 23 de abril de 2018³ y notificada a las entidades demandadas. La **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM** presentó escrito de contestación con el que se opuso a las pretensiones al asegurar

³ Folio 64 del expediente.



que no es la entidad responsable de la prestación solicitada, pues el empleador del actor es la entidad territorial accionada, y en todo caso, el fondo demandado es administrado por la Fiduprevisora S.A. A su vez, **el departamento de Caldas** también contestó la demanda, y para el efecto adujo que su secretaria de educación se encarga únicamente de recibir y radicar las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenezcan a dicha autoridad, esto de acuerdo con los requisitos establecidos previamente por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del FNPSM.

El FNPSM formuló como excepciones las que denominó: omisión de requisitos de procedibilidad, falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario, ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del demandado - falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado, caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, inexistencia de la causa por inexistencia jurídica, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

En la audiencia inicial 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. Posteriormente, mediante auto del 7 de marzo de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión y luego se procedió a dictar sentencia escrita.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁴

El Tribunal Administrativo de Caldas dictó sentencia escrita el 15 de noviembre de 2019, a través de la cual declaró probada la excepción de cobro de lo no debido formulada por el FNPSM, declaró la nulidad de los actos demandados y negó las

⁴ Folios 156 a 160.



demás pretensiones de la demanda. Para ello hizo un recuento normativo y jurisprudencial sobre el régimen pensional aplicable a los docentes.

Manifestó que todos los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que fueron vinculados antes del 26 de junio de 2003, en aplicación del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en materia de jubilación conservan los beneficios del régimen anterior a la Ley 100 de 1993, lo que significa que, para reconocer estas prestaciones debe acudirse a los postulados de las normas que disponían la regulación pensional de los empleados públicos.

Que para el 22 de mayo de 2014, al accionante le era aplicable el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 (por haber laborado como empleado público por más de 20 años) y también era sujeto de los beneficios consagrados por la Ley 71 de 1988 por haber acumulado tiempos en el sector privado, sumando dichas cotizaciones con los tiempos laborados en el sector público.

Que la entidad demandada negó el reconocimiento prestacional solicitado al considerar que, al tenor de lo dispuesto por la mencionada Ley 71 de 1988, el reclamante debía cumplir con la edad de 60 años para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, esto por sumarse para su caso cotizaciones del sector privado y tiempos del sector público. Sin embargo, la parte demandada contaba con la obligación de valorar en igual medida, si el accionante cumplía con los requisitos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, la que como se dijo le resultaba igualmente aplicable, valoración que el acto administrativo omitió efectuar.

Que el docente adquirió el derecho pensional que reclama desde el 22 de mayo de 2014, en los precisos términos de los requisitos establecidos por la Ley 33 de 1985, lo cual impone la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados. En todo caso, dado que, mediante acto administrativo posterior a los censurados en esta oportunidad, le fue reconocida al demandante la pensión de jubilación objeto de litigio, era necesario analizar si existen sumas que deban ser canceladas a favor de aquel entre la advertida fecha de adquisición del estatus pensional y la fecha en que la demandada reconoció dicha prestación (25 de septiembre de 2015).



Que al respecto, no se estimó viable disponer ningún tipo de orden a modo de restablecimiento del derecho, pues si bien al actor le fue negado el reconocimiento de su prestación pensional a partir de la fecha en que adquirió su derecho (22 de mayo de 2014), para posteriormente reconocerle tal prestación el 25 de septiembre de 2015, no puede ordenarse el pago de las mesadas pensionales que se hubiesen causado dentro de dicho período, pues en este lapso, el señor Marín Mejía devengó su correspondiente salario como docente oficial, razón por la cual se configura la prohibición establecida por el artículo 128 de la Constitución Política que dispone que «Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público», desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4.^a de 1992, al disponer «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».

Que no es desconocida la compatibilidad entre el desempeño de la docencia y la percepción de las pensiones de jubilación o gracia establecida por el Decreto 224 de 1972. No obstante, en el presente caso se verificó que el demandante obtuvo su derecho pensional el 22 de mayo de 2014, fecha para la cual ya se encontraba vigente el Decreto 1278 del 19 de junio de 2002, disposición que en sus artículos 45 y 63 materializó la prohibición de devengar los referidos conceptos de forma concomitante.

Que en punto a la liquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales recibidos por el accionante, deben tenerse en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado en la sentencia del 28 de agosto de 2018, según las cuales no es procedente la inclusión de nuevos emolumentos en el IBL, toda vez que mediante la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018, la Secretaria de Educación del departamento de Caldas reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación con inclusión de los siguientes conceptos: sueldo mensual, prima de vacaciones y bonificación mensual; mientras que sobre los factores cuya inclusión se solicita, no se demostró que se hicieron aportes al SGSS, además de que se encuentran por fuera de los previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.



EL RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandante en su escrito de apelación solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y se acceda a la solicitud tendiente a que la prestación objeto de condena sea efectiva desde el 22 de mayo de 2014 con su correspondiente retroactivo, al aducir que al haber sido empleado público durante toda su vida laboral, resulta ser beneficiario de la pensión de jubilación a partir del 22 de mayo de 2014, según el tenor de lo dispuesto de la Ley 33 de 1985, esto es, una vez cumplidos los 55 años de edad y los 20 años de servicio estatal.

Adujo además que en el presente caso, el departamento de Caldas mediante la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre del 2018, le reconoció al actor la pensión de jubilación, pero solo a partir del 24 de septiembre del 2015, toda vez que no le fue tenido en cuenta todo el tiempo laborado.

Que el estatuto docente aplicable para el demandante es el Decreto 2277 de 1979, el cual sigue vigente para los docentes vinculados antes de la expedición del Decreto 1278 de 2002. Al respecto es de señalar que en el caso del magisterio colombiano existen dos regímenes prestacionales y dos estatutos para los educadores, por lo que la incompatibilidad entre sueldo y pensión solo se da para los maestros nombrados a partir del último decreto en mención.

Que contrario a la postura del Tribunal Administrativo de Caldas, en el caso particular del señor Hugo Marín Mejía, por ser este un docente nombrado antes de la entrada en vigencia del nuevo estatuto docente, debe ser cobijado por los Decretos 2277 de 1979 y 224 de 1972, y la Ley 60 de 1993, normativa que le permite percibir salario y pensión en razón a la excepcionalidad propia de los docentes vinculados antes del 19 de junio de 2002, más aún cuando el empleado público sigue activo al servicio del Estado como es su caso. En tal sentido, el reconocimiento de su pensión no puede significar un cobro de lo no debido, sino un derecho consagrado por la regulación que le es aplicable.

⁵ Folios 164 a 166.



ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante⁶ presentó alegatos de conclusión en los que reprodujo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La parte demandada⁷ con la radicación del escrito de alegatos, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, para lo cual esgrimió específicamente que al actor no le asiste derecho al pago de su pensión desde el 23 de mayo de 2014 como se afirma en la demanda, teniendo en cuenta que el docente recibió su salario hasta la fecha del reconocimiento pensional, es decir, hasta el 25 de septiembre de 2015. Considerar lo contrario atentaría contra el principio de prohibición de doble asignación por parte del Estado.

POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.⁸

INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

La mencionada 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, en el sentido de 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.

⁶ Memorial allegado en medio magnético, índice 12 de la plataforma SAMAI.

⁷ Memorial allegado en medio magnético, índice 15 de la plataforma SAMAI.

⁸ Ver índice 16 de la plataforma SAMAI.



CONSIDERACIONES DE LA SALA

Deberá resolver la Subsección si la pensión de jubilación reconocida en primera instancia a favor del demandante debe ser efectiva desde la fecha de adquisición de su estatus jurídico como jubilado por ser compatible con la percepción del salario como docente oficial, o si dicha prestación no podía devengarse de manera concomitante con la remuneración por su servicio como educador en actividad.

Cuestión previa

En el presente litigio se advierte que la parte demandante solicitó expresamente la nulidad de las Resoluciones 3397-6 del 27 de abril de 2015 y 5908-6 del 27 de julio de 2016, con las que la entidad demandada negó el reconocimiento de una pensión de jubilación bajo los preceptos de la Ley 33 de 1985.

No obstante, de las pruebas aportadas al plenario en curso de la actuación judicial, se observa que la Secretaría de Educación del departamento de Caldas expidió con posterioridad a la presentación de la demanda (4 de diciembre de 2017)⁹, la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago a favor del actor de la mentada prestación, pero en atención a los postulados de la Ley 71 de 1988 y con efectividad desde el 25 de septiembre de 2015.

Como se observa, este último acto administrativo no fue objeto de discusión al momento de fijar el litigio, pues fue de conocimiento de la parte activa y del tribunal de primera instancia con posterioridad al momento en que fue determinada la controversia. En tal sentido, en principio sería evidente que no podría generarse ningún tipo de estudio sobre la situación jurídica creada a partir de la mentada resolución, pues se desconocería el marco de acción judicial delimitado por las mismas partes en desarrollo del proceso.

⁹ Ver hoja individual de reparto obrante a folio 1 del expediente.



Sin embargo, tal postulado no significa que el juez deba pasar por alto una realidad demostrada y advertida por ambos extremos procesales e incluso por el juez de primera instancia, pues si bien la esencia de la justicia rogada que esta jurisdicción conlleva la garantía del principio de congruencia entre lo solicitado y lo decidido con la sentencia, pueden existir casos en los que se adviertan circunstancias de hecho y de derecho que no deben ser apartadas por completo del estudio general del asunto, sin que ello se entienda como una habilitación para adicionar el litigio de oficio o a solicitud de parte, con actos administrativos no demandados o con situaciones jurídicas que requieren su propio examen provocado por el directo interesado.

En el presente caso, al verificar el contenido de la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018, se extrae con claridad que la parte accionada efectivamente le reconoció al demandante una pensión de jubilación que en esencia es el derecho que se discute en esta oportunidad. Aun así, debe tenerse en cuenta que dicha prerrogativa se concedió en aplicación de la Ley 71 de 1988, es decir con unos requisitos diferentes a los de la Ley 33 de 1985 que es la norma invocada por el actor como fundamento de su reclamación, tanto así que su efectividad la condicionó desde el 25 de septiembre de 2015 y no a partir del 22 de mayo de 2014 que es la data en la que aquel asegura que adquirió el estatus jurídico respectivo.

Pues bien, dicha consideración de la autoridad demandada es diferente respecto de las condiciones y características de la prestación pretendida por el señor Marín Mejía, quien busca que su derecho sea reconocido conforme a la Ley 33 de 1985, es decir, con efectividad desde el momento en que colmó las exigencias para tal derecho, puntualmente la edad de 55 años adquirida el 22 de mayo de 2014, por ser dicha pensión compatible con el salario que actualmente percibe como docente oficial. Es precisamente por lo anterior que a pesar de tener conocimiento del mentado acto administrativo, el actor no desistió de sus pretensiones actuales e incluso interpuso el recurso de apelación que en esta oportunidad es materia de examen.

Al respecto, basta decir que la existencia de este nuevo supuesto de hecho, implicaría inicialmente una oposición respecto de las pretensiones iniciales del



accionante, pues generaría la necesidad de verificar la legalidad de un acto administrativo diferente a los realmente censurados con la demanda, y en consecuencia se cambiaría el objeto del litigio que estaba delimitado solo a la decisión de denegar el derecho pensional y no del régimen aplicado.

Por consiguiente, preliminarmente sería dable estimar que el objeto de análisis del asunto bajo examen varió hacia el cuestionamiento de una manifestación no demandada como sería la mentada Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018.

Asumir tal afirmación daría a entender en un primer acercamiento al caso, que se presenta un desconocimiento del principio procesal de la congruencia, pues la decisión de fondo en este asunto variaría hacia el estudio de legalidad de un acto expreso que resolvió la petición inicial de reconocimiento pensional formulada por el demandante, pero bajo otros criterios diferentes a los invocados por este, y no por los esbozados desde la presentación del medio de control.

Sin embargo, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se configura aquella transgresión, toda vez que el propio artículo 281 del CGP que consagra el mentado precepto, contempla la posibilidad de tener en cuenta hechos sobrevinientes probados que modifiquen la situación jurídica debatida, tal como se aprecia de la norma referida, así:

ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. (Negrilla fuera del texto).



En tal sentido, el hecho de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio hubiese resuelto una nueva petición de reconocimiento pensional del señor Marín Mejía en oposición a las Resoluciones 3397-6 del 27 de abril de 2015 y 5908-6 del 27 de julio de 2016 que habían denegado lo propio, constituye necesariamente una circunstancia sobreviniente, posterior e inesperada frente a la demanda como se había radicado, lo que jurídicamente cambia o tiene efectos en la determinación judicial de la prerrogativa en tensión.

En consecuencia, al verificar que tanto las partes como el tribunal de origen conocieron de dicho hecho posterior y no se modificó el litigio ni se desistió de los pedimentos originarios, la Sala estima que se configuran los supuestos de la norma precitada para la procedencia de estudiar situaciones modificatorias del objeto de controversia como la anterior, habida cuenta de que esta se encuentra debidamente probada y ha sido materia de aprehensión por los extremos procesales de esta causa judicial.

Ahora, es de resaltar que, al margen de lo expuesto, dicha conclusión no implica que se haya habilitado la verificación de legalidad de la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018 que resolvió la petición de reconocimiento pensional presentada por el demandante con posterioridad a la inicial, habida cuenta de que dicho acto debe conservar la presunción de sujeción a derecho que lo cobija, al no ser objeto material de demanda en esta oportunidad.

Conforme a esta intelección, lo que se pretende es analizar los actos demandados que sí fueron reprochados con la demanda, pero ahora bajo el entendido de que el reclamante en la actualidad tiene una pensión de jubilación reconocida desde el 25 de septiembre de 2015 con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988, es decir, con modificaciones respecto del marco normativo que la parte activa asegura le son aplicables para otorgar aquel derecho.

Estos lineamientos previos a definir el problema jurídico en esta instancia, implican que ante una eventual confirmación de la decisión anulatoria de los actos administrativos censurados, la entidad demandada deberá tener en cuenta los efectos que en virtud de esta recaigan sobre la eficacia y ejecutoria del acto expreso



decisorio de la petición posterior del reclamante, esto es, de la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018, ello con el fin de materializar la orden judicial, pero en todo caso, sin que por esta razón se enerve o se ponga en discusión su validez y existencia.

Al respecto se reitera, como lo estimó esta misma Subsección en sentencia del 24 de marzo de 2022 al plantear estos mismos argumentos en un caso similar al presente, que «aquella manifestación de la autoridad demandada no es objeto de litigio, sino un hecho sobreviniente relacionado directamente con la controversia planteada en esta oportunidad, el cual, por tratarse de un acto administrativo vigente en el tránsito jurídico, solo podría tener consecuencias conexas como un eventual decaimiento de sus efectos pero no una nulidad, cuyo fin y causa son diferentes al del primero.»¹⁰

Marco normativo y jurisprudencial

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 reiteró la prohibición prevista en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886. No obstante, estableció algunas excepciones a dicha regla, entre ellas la referida a las asignaciones provenientes de establecimientos educativos oficiales, **siempre y cuando no se tratara de docentes que cumplieran su labor en tiempo completo**, así,

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:

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 24 de marzo de 2022, Radicado: 05001-23-33-000-2014-00450-01 (1537-2017).



Radicado: 17001-23-33-000-2017-00853-01 (0276-2021)
Demandante: Hugo Marín Mejía

a) Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, **siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.** [Resalta la Sala]

De igual forma, el Decreto 1042 de 7 de junio de 1978,¹¹ lo reiteró en los siguientes términos,

Artículo 32. De la prohibición de recibir más de una asignación. De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ningún empleado público podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea en razón de contrato, de comisión o de honorarios.

Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan:

a) Las que provengan del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, **siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.** [Resalta la Sala].

Sin embargo, con la expedición de la Ley 91 de 1989,¹² el legislador permitió la compatibilidad de la pensión ordinaria de jubilación con la pensión gracia, esto teniendo en cuenta el carácter especial de que esta última, entendida como una recompensa por parte de la Nación a la labor docente.

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

¹¹ «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones».

¹² «Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

2. Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación».



Radicado: 17001-23-33-000-2017-00853-01 (0276-2021)
Demandante: Hugo Marín Mejía

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 la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público impide la coexistencia de dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos. En este sentido, la norma comprende dos prohibiciones, i) **desempeñar dos empleos de forma simultánea** y ii) **recibir más de una asignación del tesoro público**.

Por otro lado, el artículo 128 Constitucional fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4.^a de 1992,¹³ así,

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.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-133 de 1993 declaró la exequibilidad de la norma al indicar que tal precepto se ajusta al postulado relativo a la incompatibilidad entre dos o más asignaciones del erario, ello con base en los siguientes planteamientos,

¹³ «Por la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.»



Radicado: 17001-23-33-000-2017-00853-01 (0276-2021)
Demandante: Hugo Marín Mejía

Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. **El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.** Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo. [Resalta la Sala].

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.

De hecho, este postulado fue advertido por legislador en desarrollo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, toda vez que en el artículo 279, inciso 2° de dicha norma, se consagró expresamente la compatibilidad de las prestaciones y salarios docentes de la siguiente forma.

ARTÍCULO 279. Excepciones. (...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

En cuanto al ejercicio de la docencia, como una de las excepciones aludidas, el artículo 5 del Decreto 224 de 1972 dispone,

Artículo 5º.- El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.

Sobre el asunto, es preciso traer a colación la sentencia del 28 de marzo de 2019, a partir de la cual esta Corporación señaló,¹⁴

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 28 de marzo de 2019, radicación 250002342000201305659 01



Radicado: 17001-23-33-000-2017-00853-01 (0276-2021)
Demandante: Hugo Marín Mejía

[...] el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, es decir, permite a los docentes percibir la pensión de jubilación y el salario simultáneamente.

De la misma forma, esta Corporación ha reiterado que a los docentes le está permitido percibir simultáneamente pensión de jubilación, de gracia y, el salario por los servicios que puedan prestar; **sin embargo, resulta improcedente el reconocimiento de dos pensiones ordinarias de jubilación, toda vez que no existe norma que lo autorice.** Así se estableció en la sentencia del 3 de mayo de 2001 con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, dentro del expediente No. 2841 - 2000:

“(...) Reiteradamente esta Corporación ha, expresado que **es improcedente reconocer dos pensiones ordinarias de jubilación, así la preceptiva jurídica aplicable a los docentes permita a éstos percibir simultáneamente pensión de jubilación y el sueldo por los servicios docentes que pueden seguir prestando.** Así, en la sentencia del 10 de abril de 1997, Actora: Eunice Arias de Arias, Exp. No. 12.776, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, luego de determinar que la pensión cuyo reconocimiento requería la demandante era la pensión ordinaria de jubilación, puntualizó que la misma podría ser compatible con otras pensiones, por ejemplo, con la pensión gracia del orden nacional pero no con otra pensión ordinaria de jubilación. Se tiene entonces, que ni las normas a que se ha hecho referencia ni ninguna otra disposición superior, establece la compatibilidad de la percepción de la pensión gracia con dos pensiones ordinarias de jubilación, o la compatibilidad de percibir dos pensiones ordinarias de jubilación, categoría que se reitera, tendría la pensión cuyo reconocimiento reclama la demandante (...).” [Resalta la Sala].

Igualmente, en sentencia de 30 de marzo de 2017, se sostuvo,¹⁵

Desde ahora la Sala advierte, que los docentes al servicio de la educación del sector oficial, gozan de un régimen especial respecto del ejercicio de la profesión docente, a la administración y pago de las pensiones y de la administración y prestación del servicio médico de salud; tal como se evidencia en lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994³, pero no de un régimen pensional especial, pues conformidad con el párrafo transitorio 1º, del artículo 1 del Acto Legislativo de 2005,⁴ las Leyes 812 de 2003, 91 de 1989⁵ y 115 de 1994, en ese aspecto se rige por las normas generales consagradas en las leyes tales como el Decreto Ley 3135 de 1968, los Decretos 1848 de 1969, 1045 de 1978, Ley 33 de 1985⁶ y finalmente por la Ley 100 de 1993.

Con todo, el legislador ha dotado al personal docente al servicio de entidades oficiales de algunos beneficios especiales, entre estos: a) la pensión gracia prevista en leyes 114 de 1993, 116 de 1928 y 37 de 1933, b) disfrutar simultáneamente de pensión gracia y pensión de ordinaria de jubilación⁷ c) compatibilidad de éstas con el salario recibido por los servicios docentes que pueden continuar prestando hasta la edad de retiro forzoso.⁸

De lo transcrito se advierte que esta Corporación ha reconocido que la excepción a la prohibición prevista en la norma relativa de no recibir una pluralidad de

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de marzo de 2017, radicación 50001-23-31-000-2010-00085-01(4375-13)



asignaciones provenientes del tesoro público, para el caso de los docentes, se refiere a los siguientes eventos: i) la pensión gracia y la pensión ordinaria de jubilación; y ii) la pensión de jubilación y el salario percibido por el ejercicio de la docencia. En ese sentido, en sentencia de 14 de agosto de 2009, esta Corporación expresó,¹⁶

Lo expuesto permite concluir que la excepción consagrada en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992¹⁷ no sólo cubre a los docentes pensionados con anterioridad a su entrada en vigencia sino también a los que accedan a la pensión ordinaria y/o gracia con posterioridad, dado que es precisamente su condición de pensionados la que les permite acceder a los beneficios consagrados en normas anteriores como el contemplado por el artículo 5 del Decreto 224 según el cual **“el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación”**.

La excepción no está condicionada en el tiempo, como lo afirma la entidad demandada al manifestar que ésta sólo es aplicable a los pensionados con anterioridad a su entrada en vigencia, sino que debe entenderse con respecto a los beneficios que para la fecha de su entrada en vigencia, 18 de mayo de 1992, cubren a los docentes que adquieran la calidad de pensionados. [Resalta la Sala].

En consecuencia, el personal docente está exceptuado de la prohibición de doble asignación del tesoro público, consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, en el entendido de que de conformidad con el Decreto 224 de 1972 pueden seguir **ejerciendo la docencia** y percibir además su mesada pensional.

En el referido contexto jurídico, resulta pertinente recordar que en su momento, con la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002¹⁸, el Gobierno Nacional consideró necesario contemplar un régimen de incompatibilidades para los educadores oficiales, el cual se desarrolló a través del artículo 45 de la siguiente forma,

ARTÍCULO 45. Además de las establecidas en la Constitución y en las leyes para todos los servidores públicos, el ejercicio de cargos en el sector educativo estatal es incompatible con:

- a) El desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido;
- b) El goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 14 de agosto de 2009, radicación 050012331000200403824 01

¹⁷ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-133 de 1993

¹⁸ «Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.»



No obstante, debe recordarse que la Corte Constitucional¹⁹ mediante la sentencia C-1157 de 2003 declaró inexecutable dicha norma bajo los siguientes postulados,

[...] una norma habilitante debe conferir facultades concretas para modificar el régimen disciplinario, si el Congreso desea atribuir al Gobierno facultades extraordinarias para reformar la estructura de la falta disciplinaria o el régimen de los deberes y prohibiciones de un servidor público; pero eso no significa que la concesión de facultades para un cambio de una ley, que no tenga relación directa con el régimen disciplinario, exija igualmente que la norma habilitante prevea que el Gobierno también puede reformar el régimen disciplinario. Ahora bien, en el presente caso, el artículo 111, numeral 2 de la Ley 715 de 2001 no atribuyó competencia al Gobierno para modificar el régimen disciplinario de los educadores, y sin embargo el Ejecutivo expidió el artículo 41 del Decreto 1278 de 2002, que realmente tiene implicaciones disciplinarias específicas, pues modifica el régimen de deberes de los docentes y directivos docentes, lo cual implica una alteración del contenido particular de las posibles faltas disciplinarias de estos servidores públicos.

19- Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el artículo 45, referido a las incompatibilidades, fue también expedido excediendo las facultades que le fueron otorgadas al Gobierno. En efecto, una incompatibilidad implica una prohibición para un servidor público de realizar otros oficios u actividades, mientras se desempeña como servidor público. La violación del régimen de incompatibilidades tiene obvias consecuencias disciplinarias, por lo que el Gobierno no podía reformar dicho régimen, puesto que el Congreso no lo habilitó expresamente para tal efecto. **Por tanto, es evidente que el ejecutivo desbordó las facultades conferidas y por tanto el artículo 45 deberá ser declarado inexecutable.** [...] [Negrita fuera de texto].

Este planteamiento de la Corte Constitucional para declarar inexecutable el precepto bajo estudio, denota al margen de las consideraciones sobre la falta de competencia del Gobierno Nacional para modificar el régimen disciplinario de los maestros oficiales, que el legislador en el marco de sus potestades había contemplado una clara excepción a la prohibición del artículo 128 Superior en cabeza de los docentes estatales, la cual no podía ser modificada por el Ejecutivo, en razón a que claramente, desde la concepción de la Ley 4ª de 1992, se pretendió eliminar la incompatibilidad para tales servidores de percibir el salario y la pensión de jubilación de manera concomitante, ello para nivelar sus condiciones remunerativas y la especialidad diferenciadora de su labor dentro de la Función Pública.

En suma, efectivamente los educadores del Estado (tanto nacionales como territoriales sin distinción), a quienes les sea aplicable el régimen especial de pensiones del magisterio, están habilitados normativamente para encontrarse

¹⁹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1157 del 4 de diciembre de 2003. Expediente: D-4677.



jubilados en pleno goce de su respectiva prestación, y al mismo tiempo continuar en el ejercicio de su cargo como educadores del Estado, esto por lo menos hasta el cumplimiento de la edad de retiro forzoso equivalente a 70 años conforme a la Ley 1821 de 2016.

Resolución del caso concreto

En primer lugar se aclara que debido al margen de competencia del juez de segunda instancia, definido estrictamente por los reparos del apelante único que es el reclamante, en atención al principio de congruencia del artículo 281 del CGP, no resulta procedente verificar otros aspectos del litigio que no sean puntualmente los de la fecha de efectividad de la prestación reconocida en primera instancia y su compatibilidad con la remuneración que este percibe en su calidad de servidor del magisterio.

Al respecto, lo primero que debe destacarse sin que haya discusión ni tensión en esta oportunidad, es que conforme a los planteamientos del tribunal de origen, el marco jurídico aplicable en materia pensional para la situación del señor Marín Mejía, es el de la Ley 33 de 1985 por ser beneficiario de la transición prevista en la Ley 812 de 2003, ello por haber sido nombrado como educador del Estado antes de la expedición de esta última norma, puntualmente en la medida en que tomó posesión del referido cargo el 25 de marzo de 1998 y estar actualmente en servicio activo.

Lo anterior implica necesariamente que el recurrente, en efecto ostenta la calidad de docente oficial, la cual le permite ser titular de las condiciones y excepciones que le son propias a este tipo de servidores, debido a la especialidad del régimen laboral que les fue diseñado tanto constitucional como legalmente.

Ahora bien, es de recordar que como argumento de impugnación de la parte activa, esta adujo que, el Tribunal Administrativo de Caldas a pesar de haber accedido a la nulidad de los actos demandados que le habían negado la prestación deprecada, y adicionalmente haber determinado que la normativa aplicable a su caso era la Ley 33 de 1985, negó el retroactivo de las mesadas pensionales adeudadas al



considerar que dicha prerrogativa era incompatible con el ejercicio de un cargo público como el de la docencia oficial en virtud de la prohibición del artículo 128 constitucional.

Acerca de este punto, encuentra respaldo en la presente instancia el argumento del demandante en relación con la posibilidad legal que este tiene de continuar en ejercicio de la plaza como maestro estatal, y al mismo tiempo percibir una pensión de jubilación, toda vez que la aludida situación excepcional a la regla prohibitiva del artículo 128 superior se deriva expresamente de los cánones 19 de la Ley 4ª de 1992, 5 del Decreto 224 de 1972 y 279, inciso 2º de la Ley 100 de 1993, los cuales habilitan el anterior supuesto al menos hasta la edad de retiro forzoso, ello por lo menos bajo los supuestos fácticos y jurídicos propios del presente caso.

Según lo expuesto, resulta adecuado precisar que como se observa en el presente asunto, el demandante fue vinculado en vigencia del Estatuto Docente contenido en el Decreto 2277 de 1979 y no en el Decreto 1278 de 2002, el cual, en todo caso, así hubiese sido la norma aplicable a su situación, no sería la que regularía su petición pensional como docente oficial, dado que lo propio se ha contemplado es en virtud de la fecha de vinculación del educador en contraste con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, o bien por remisión para tales efectos a la Ley 91 de 1989, que a su vez dirigía el asunto bajo la Ley 33 de 1985, o bien en atención a la Ley 100 de 1993, normas que sí son las que contemplan preceptos específicos en materia prestacional.

Por lo tanto, no resultaría viable la tesis del tribunal de origen que negó la compatibilidad entre la pensión y el salario del educador con motivo del Decreto 1278 de 2002, pues no es esta la norma que regula la situación pensional del reclamante, sino que ello debe someterse a los postulados que sobre la materia han previsto los artículos 19 de la Ley 4ª de 1992, 5 del Decreto 224 de 1972 y 279, inciso 2º de la Ley 100 de 1993.

Bajo el referido contexto, es claro que el señor Marín Mejía al ser un maestro oficial con derecho a una pensión de vejez conforme a las reglas y condiciones del régimen de la Ley 33 de 1985, sí tiene derecho devengar la aludida prerrogativa y a la vez



continuar en ejercicio de su cargo directivo docente hasta el cumplimiento de los 70 años de edad, considerados como la edad de retiro forzoso en virtud de la Ley 1821 de 2016.

Esto es, la prestación reconocida en la presente causa judicial, no debe estar condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio del apelante, sino que tiene que ser efectiva sin restricción alguna desde la fecha de adquisición del estatus jurídico pensional de aquel, ocurrida el 22 de mayo de 2014 como lo determinó el tribunal de origen en la sentencia recurrida, y que corresponde al momento cuando el accionante cumplió 55 años de edad, que es el requisito etario previsto en la Ley 33 de 1985 aplicable a su caso, bajo el entendido de que ya tenía acumulados los 20 años de servicio público.

Por lo tanto, es evidente que, contrario a lo estimado por el tribunal de origen, el actor sí tiene derecho al pago del retroactivo de las mesadas pensionales adeudadas desde el 22 de mayo de 2014, cuando la entidad demandada ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación en virtud de la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018.

En tal sentido, deberá revocarse el ordinal primero y modificarse el tercero del fallo apelado, a fin de que se condene a la parte pasiva a reconocer y pagar a favor del señor Hugo Marín Mejía, una pensión de jubilación conforme a los preceptos de la Ley 33 de 1985, liquidada con base en los postulados de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, y efectiva desde el 22 de mayo de 2014 cuando el reclamante adquirió su estatus jurídico como jubilado, sin condicionarla a la demostración del retiro definitivo del servicio, pero en todo caso reajustada e indexada a la fecha de cumplimiento de esta providencia, junto con la cancelación del retroactivo a que haya lugar.

En todo caso, habida cuenta de que, con posterioridad a la expedición del acto demandado, la autoridad accionada profirió la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018 con la que ordenó el pago de la pensión a favor del docente con efectos fiscales desde el 25 de septiembre de 2015, se entiende que a partir de esta última fecha, aquel ha recibido pagos por concepto de la prerrogativa bajo estudio,



por lo que en virtud del inc. 2° del artículo 187 del C.P.A.C.A. habrá de declararse probada de oficio la excepción de pago parcial, y por lo tanto, del valor de la condena se autorizará al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontar las sumas de dinero que ya le ha abonado al señor Marín Mejía por concepto de pensión de jubilación, a fin de que pague la diferencia que resulte a favor de este.

Lo anterior sin perjuicio de los efectos que en cumplimiento de dicha orden se generen para el acto administrativo precitado en materia de ejecutoria, firmeza o reliquidación. Ello, en todo caso, sin suspender ni disminuir el monto de la mesada que actualmente devenga el actor.

Análisis de la prescripción

Debido a que en razón de los argumentos expuestos anteriormente se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda en punto a la fecha de efectividad de la pensión de jubilación del actor sin condicionamientos por la compatibilidad demostrada entre tal derecho y el salario que el recurrente devenga como docente oficial, se torna indispensable verificar el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas causadas y adeudadas por tal concepto.

Sobre el particular, el Consejo de Estado²⁰ ha señalado que la configuración de la mentada figura requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido las acciones correspondientes para reclamar los derechos que considera vulnerados. Ese tiempo se cuenta por 3 años desde que la obligación se haya hecho exigible, con una posibilidad de interrupción del término por un lapso igual, tal como lo indica el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 aplicable al presente caso, que reza lo siguiente:

ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.

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

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2012, número interno: 1446-2012.



empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Pues bien, para determinar la fecha de exigibilidad del derecho a restablecer a partir de la cual debe comenzar a contabilizarse el lapso referido en el presente caso, tendrá que considerarse el hecho de que esta data se concretó desde el 22 de mayo de 2014 cuando el demandante adquirió el estatus jurídico pensional por cumplimiento de la edad requerida (55 años), y en consecuencia consolidó la prerrogativa a percibir la prestación en litigio por ser compatible con el ejercicio de su cargo como docente oficial.

Ahora bien, tal como se verifica de la parte considerativa de la Resolución 3397-6 del 27 de abril de 2015, el señor Marín Mejía reclamó el derecho prestacional en mención con la aludida coexistencia de su salario el 23 de julio de 2014²¹, pero radicó la demanda el 4 de diciembre de 2017²², esto es, después del vencimiento de los 3 años siguientes a la única interrupción por la presentación de la petición inicial, por lo que en el presente caso se consolidó la figura bajo estudio respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 4 de diciembre de 2014, lo cual también será declarado en la parte resolutive del fallo.

En conclusión, la Sala considera que el señor Hugo Marín Mejía sí tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación con base en los preceptos de la Ley 33 de 1985, no obstante, contrario a lo estimado por el tribunal de primera instancia, ello es dable con efectividad desde la fecha de adquisición de su estatus jurídico respectivo, esto es, desde el 22 de mayo de 2014, sin condicionar su goce a la demostración del retiro definitivo del servicio, por lo que también consolidó la prerrogativa al pago del retroactivo causado desde esa data, pero en todo caso, con efectos fiscales desde el 4 de diciembre de 2014 por configuración de la prescripción trienal. Por lo tanto, habrá de revocarse y modificarse parcialmente el fallo impugnado.

Condena en costas de segunda instancia

²¹ Ver folio 26 del plenario.

²² Ver sello de radicación a folio 3 del expediente.



Sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, es de destacar que el Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016²³ determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de dicha carga. Bajo tal contexto, la determinación sobre este punto implica una valoración que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público²⁴.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 5 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,²⁵ la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la entidad demandada, pues, a pesar de que prosperó el recurso de apelación formulado por el reclamante y este intervino con sus alegatos de conclusión, lo cierto es que se revocará la sentencia apelada, pero solo parcialmente, pues debe confirmarse el fallo en lo no recurrido, específicamente la negativa de incluir en el IBL todos los factores salariales devengados por el demandante, por lo que se entiende que solo se accedió en parte a los pedimentos de la parte activa, lo cual autoriza a esta Corporación Judicial para evitar la referida condena.

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: REVOCAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia proferida el quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) por el Tribunal Administrativo de

²³ Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

²⁴ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]»

²⁵ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



Radicado: 17001-23-33-000-2017-00853-01 (0276-2021)
Demandante: Hugo Marín Mejía

Caldas que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por el señor Hugo Marín Mejía contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar,

«[...] **Primero: Declarar probadas de oficio** las excepciones de pago parcial y de prescripción trienal de mesadas causadas con anterioridad al 4 de diciembre de 2014. [...]».

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la providencia apelada, el cual quedará de la siguiente forma:

«[...] **Tercero: Condenar** a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a favor del señor Hugo Marín Mejía, una pensión de jubilación conforme a los preceptos de la Ley 33 de 1985, liquidada con base en los postulados de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado, y efectiva desde el 22 de mayo de 2014 cuando el reclamante adquirió su estatus jurídico como jubilado, sin condicionarla a la demostración del retiro definitivo del servicio, y en todo caso, reajustada e indexada a la fecha de cumplimiento de esta providencia, esto junto con la cancelación del retroactivo a que haya lugar desde la fecha en mención, pero con efectos fiscales a partir del 4 de diciembre de 2014 por configuración de la prescripción trienal.

En todo caso, se autoriza a la entidad demandada **descontar** del valor de la condena, el monto que por concepto de mesadas le ha sido abonado al docente desde el 25 de septiembre de 2015 cuando a través de la Resolución 9041-6 del 9 de noviembre de 2018 se ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante, ello a fin de que le sea pagada la diferencia que resulte a su favor.

Lo anterior sin perjuicio de los efectos que en cumplimiento de esta orden se generen para el acto administrativo precitado en materia de ejecutoria, firmeza o reliquidación. Esto, sin suspender ni disminuir la cuantía de la prestación que actualmente devenga el actor.

Las sumas que resulten en favor del accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice Final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el correspondiente a cada concepto causado al mes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta 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 a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse cada pago.



Radicado: 17001-23-33-000-2017-00853-01 (0276-2021)
Demandante: Hugo Marín Mejía

Se denegarán las demás pretensiones de la parte activa en lo que respecta a la forma de liquidación de la prerrogativa concedida. [...]»

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas de segunda instancia a la entidad demandada, según lo manifestado en las consideraciones que anteceden.

QUINTO: 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

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

