

San Juan de Pasto, Febrero del 2021

**HONORABLES MAGISTRADOS
CONSEJO DE ESTADO
E. S. D.**

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

**ACCIONADOS: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DE PASTO y la
SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO.**

ACCIONANTE: ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO

ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO, mayor de edad, vecino de Pasto (Nar.), identificado con C.C. N°11.427.870 de Facatativá, docente PENSIONADO y RETIRADO del servicio, que prestó sus servicios en la educación oficial en el área técnica como profesor de electricidad por un tiempo de 40 años y 8 meses, a quien mediante sentencias judiciales de Primera y Segunda instancia ejecutoriadas y en firme en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se denegaron la totalidad de las pretensiones encaminadas al reconocimiento de la PENSION POR INVALIDEZ DE ORIGEN LABORAL y se le condena en Costas en segunda instancia, para SOLICITAR respetuosamente se le brinde AMPARO TUTELAR a sus **DERECHOS FUNDAMENTALES: a la IGUALDAD, al DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, a la SEGURIDAD SOCIAL** y a los Principios Constitucionales de **FAVORABILIDAD**, al de la **CONFIANZA LEGITIMA, EL MINIMO VITAL Y MOVIL** y la **REPARACION INTEGRAL VULNERADOS EN LOS FALLOS PROFERIDOS** por los Jueces de primera y segunda instancia al **HABER INCURRIDO EN VIA DE HECHO, POR NO APLICAR UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL FUNDADO EN LA SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** en el trámite y fallos de instancia de la Acción de **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que se le negaron todas las pretensiones y se le condenó en costas a **ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO**.

La **ACCIÓN DE TUTELA** la sustento en los siguientes:

HECHOS.

UNO. Con la certeza de cumplir con los requisitos en igualdad de condiciones que otros trabajadores, que causaron el derecho para una pensión de jubilación por vejez y que simultáneamente adquirieron patologías de origen profesional, que valoradas por el medico laboral superaron el porcentaje de pérdida de capacidad laboral para tener el derecho a pensión por invalidez de origen profesional y disfrutan hoy de la compatibilidad de las dos pensiones, solicité este reconocimiento compatible ante el FOMAG.

DOS. Por ser afiliado como docente pensionado activo al FOMAG (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) al solicitar mi pensión de invalidez con fundamento en la pérdida de capacidad laboral derivada de dos patologías profesionales que fueron adquiridas con ocasión de mi trabajo, tal como lo reconoce el médico laboral en su dictamen y que al ser calificadas dieron lugar a solicitar el reconocimiento de una pensión de invalidez de origen laboral y el FOMAG me niega el reconocimiento, con el argumento de que ya estoy pensionado por vejez y que renuncie a esta pensión para que me otorguen la de origen profesional por ser más favorable dado el porcentaje de pérdida calificado en el dictamen.

TRES. Es importante señalar, que la pensión de jubilación de vejez que me paga el FOMAG la adquirí por los aportes que hice por más de 40 años hasta que fue posible reunir todos los requisitos para causar el derecho, es decir, esa prestación social la adquirí ajustada a derecho y **no la percibo como una dádiva por parte del Estado**; dicho de otra manera, la Pensión de Jubilación por Vejez la adquirí con JUSTO TÍTULO y la fuente de esta obligación para el FOMAG de pagarla, tiene su génesis en la Ley que establece que el derecho se causa con los aportes mixtos del empleador y el empleado hechos durante el tiempo legal que son veinte años más y que en mi caso lo hice por 20 años más hasta alcanzar la edad de 55 años.

CUATRO. La Pensión de Invalidez de Origen Laboral por su naturaleza y su finalidad, es diferente a la naturaleza y finalidad de la Pensión de Jubilación por Vejez y su origen igualmente es distinto, porque los conforme a la Ley deben estar a cargo únicamente del empleador y su génesis se encamina a cubrir los riesgos derivados del trabajo como lo son las enfermedades profesionales adquiridas con ocasión del trabajo o la manera en que se adelantó la labor del empleado; por ello la Seguridad Social garantiza el cubrimiento de las dos prestaciones por separado: La primera (Pensión de Jubilación por Vejez) asumida por una E.P.S. y la segunda (Pensión de Invalidez de origen Laboral) por una A.R.L.

CINCO. Valga señalar en este aspecto, que los demás servidores públicos diferentes a los docentes oficiales y los trabajadores del sector privado se les garantizan las dos prestaciones, dado que, están afiliados a una EPS (Colpensiones o a un Fondo Privado) que asumen el reconocimiento y pago de la Pensión de Jubilación por Vejez y a una ASEGURADORA DE RIESGOS LABORALES, para garantizar la prevención y cobertura de las contingencias derivadas de las enfermedades de origen laboral y dependiendo de la calificación que supere el 50% de pérdida de capacidad laboral reconocer y pagar la Pensión de Invalidez de Origen Profesional.

SEIS. En mi condición de docente del sector oficial, fui objeto de un trato discriminatorio en ese sentido, porque para efectos prestacionales estaba afiliado únicamente al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y esta entidad concentra la responsabilidad como EPS del pago de las prestaciones económicas (Pensión de Jubilación por Vejez y Cesantías) y sin ser una ARL, de la cobertura de salud para el trabajo y del pago derivado de las contingencias por riesgos laborales; claramente se presta a confusión y sirve de excusa para eludir su responsabilidad argumentando que ya paga la pensión de jubilación y no responde por la pensión por invalidez de origen laboral como si lo haría una ARL en forma separada.

SIETE. Es importante señalar en mi caso particular, que tengo Derecho a disfrutar de mi pensión de Jubilación por Vejez por haber causado el derecho ajustado a la Ley, por tener la edad exigida y por acreditar el tiempo establecido en la norma (L. 91 DE 1989) y me fue reconocida mediante acto administrativo que está debidamente ejecutoriado y en firme, lo cual se constituye en JUSTO TÍTULO y en DERECHO ADQUIRIDO PROTEGIDOS CONSTITUCIONALMENTE.

OCHO. Igualmente me asiste el Derecho a disfrutar de la PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN PROFESIONAL, por sufrir una pérdida de capacidad laboral superior al 50% según se puede constatar en la calificación que hizo el médico laboral en el dictamen de las dos patologías de origen laboral que adquirí con ocasión de mi trabajo como docente de área técnica en la especialidad de electricidad: 1.- Síndrome del Manguito Rotador y 2.- Hipoacusia Bilateral, enfermedades que adquirí a lo largo de más de 40 años de trabajo docente, enseñando electricidad en un taller sin contar durante todo ese tiempo con elementos de seguridad industrial.

NUEVE. Por ende me asiste el Derecho a disfrutar de manera compatible las dos Pensiones (**JUBILACION POR VEJEZ** y **JUBILACION INVALIDEZ DE ORIGEN LABORAL**), en igualdad de condiciones que otros trabajadores que la vienen disfrutando, en virtud de reconocimientos otorgados jurisprudencialmente, porque respecto de mi situación cuentan con una notoria ventaja, porque existe un operador diferente para cada una de ellas (EPS y ARL) lo que no sucede en mi caso, en razón de que existe un solo operador el FOMAG.

DIEZ. Para hacer Justicia y proteger mis Derechos y Principios Constitucionales invocados, debe tenerse en cuenta que es viable el reconocimiento de las dos pensiones, porque no se tratan del mismo tipo de Prestación ni su finalidad es igual, aunque aparentemente lo hace ver así el FNPSM al exigirme escoger la más favorable y renunciar a la otra; vale señalar, que cada una de estas pensiones tiene origen diferente; es así como la Pensión de Jubilación por Vejez, busca proteger al docente una vez este retirado del servicio por su edad y garantizarle su congrua subsistencia y la segunda, la Pensión de Invalidez por Enfermedad Profesional, busca cubrir la contingencia que surge por no estar apto para seguir trabajando como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral derivada de una enfermedad de tipo profesional que fue adquirida con ocasión del trabajo o en las condiciones en que lo desarrolló y que impiden continuar vinculado al servicio.

ONCE. La Doctrina Francesa Forfait se importó del Derecho Frances por el Honorable Consejo de Estado y su aplicación Jurisprudencial permitió solucionar la injusticia que se presentaba cuando el Estado se negaba a indemnizar y pagar más de una responsabilidad aludiendo ya haber asumido el pago de una de ellas y no poder asumir un solo operador dos pagos esgrimiendo un impedimento de orden constitucional; doctrina que permitió hacer justicia y que fuera posible el pago proviniendo de una misma entidad, cuando se establece que las obligaciones que dan lugar al reconocimiento, provienen de fuentes diferentes.

DOCE. Sin lugar a duda como lo han manifestado los doctrinantes, la razón de ser del Derecho es hacer prevalecer la Justicia, por ello me permito solicitar comedidamente al Juez de Tutela se aplique esa doctrina Francesa en mi caso , particular para que haciendo prevalecer la justicia se establezca doctrinalmente la compatibilidad de las dos pensiones reclamadas (Pensión de Jubilación por Vejez y Pensión por Invalidez de Origen Profesional) y se ordene en consecuencia al FOMAG, a reconocer y responder por el pago de las dos pensiones simultáneamente, habida cuenta, que la fuente de la obligación que da origen a cada reconocimiento es diferente y que como se ha sustentado que la finalidad de cada una de ellas es diferente:

- **LA PENSION DE JUBILACION POR VEJEZ** se funda en los aportes mixtos por parte del empleador y los míos, durante el tiempo legalmente establecido de 20 años de servicio incluso por más tiempo del requerido (concretamente un total de 40 años) y por contar con la edad requerida 55 años de edad para causar el derecho.
- **LA PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN PROFESIONAL**, que se origina en aportes patronales únicamente y cubre contingencias por los riesgos laborales que pueden presentarse en cualquier momento a lo largo de la vida laboral de un trabajador y que si dan lugar a una pérdida de capacidad laboral superior al 50% derivadas de patologías calificadas como de origen laboral, debe reconocerse esta Pensión.

TRECE. Al negarse las Pretensiones de mi demanda en las dos instancias, se incurre en una VIA DE HECHO POR DEFECTO SUTANCIAL al no hacer una interpretación con enfoque Constitucional y estas decisiones se me impide disfrutar mi derecho a disfrutar simultáneamente de las dos pensiones, la consagrada en la Ley 91 de 1989 y la establecida en el Sistema General de Riesgos Laborales; decisiones judiciales que afectan mi mínimo vital y móvil, porque a partir de la calificación que me dio el derecho a reclamar la Pensión de Invalidez de Origen Laboral, me retiraron forzosamente del servicio y sufrí una grave afectación económica al dejar de devengar mi salario como docente del grado 14 del escalafón nacional docente y la Pensión de Jubilación por Vejez COMPATIBLES EN MI CASO por disposiciones legales.

CATORCE. En mi caso que adquirí dos enfermedades de origen profesional, que analizadas por separado hubieran dado lugar al reconocimiento y pago por el FOMAG de las indemnizaciones y que si se pagan a los docentes pensionados activos si no superan el 50% y pueden seguir percibiendo su salario y su pensión; a mi con las decisiones se me niega el Derecho a disfrutar de la compatibilidad de la PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN LABORAL en notoria contravía del PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD, del DERECHO A LA IGUALDAD con respecto a otros trabajadores (del sector privado) que si disfrutaban las dos pensiones en forma simultánea y compatible, gracias al desarrollo jurisprudencial que lo ha permitido porque quienes las reconocen y las pagan son dos operadores diferentes (EPS y ARL).

QUINCE. No percibir la Pensión de Invalidez para cubrir la contingencia derivada de mis enfermedades profesionales, es una gran injusticia y las decisiones judiciales son contrarias a la razón de ser del Derecho que es hacer justicia; además vale recordar, que los jueces deben garantizar la prevalencia de los Derechos Fundamentales, que se respete la irrenunciabilidad de la seguridad social a la que se me obliga por VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANCIAL al no hacer prevalecer las disposiciones consagradas en nuestra Carta Política y que se apliquen los Principios del Derecho del Trabajo consagrados en el artículo 53 en especial los de Favorabilidad e Igualdad y por último el Estado debe cumplir el Principio de Confianza Legítima que debe gobernar y orientar todas las relaciones del Estado con los administrados, haciendo efectiva la superioridad y la subordinación de los demás ordenamientos legales a las normas de raigambre Constitucional.

DIECISEIS. Los Jueces de primera y segunda instancia niegan mis pretensiones aceptando en sus consideraciones que:

“las pensiones pretendidas en el presente asunto acaecen de una misma causa, esto es, los aportes a pensiones efectuados por el demandante al Sistema General de Seguridad Social y tienen la misma finalidad, es decir, cubrir la pérdida de capacidad de trabajo.

Además, dichas pensiones se encuentran a cargo de una misma entidad, esto es, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Porque contrario a lo señalado, no existe norma que consagre expresamente la compatibilidad entre la pensión de invalidez y la pensión de jubilación, por el contrario, tal como se indicó en acápites anteriores los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 expresamente lo prohíben.”

DIECISIETE. La anterior es una interpretación errónea por partes de los juzgadores de instancia, en vista de que si bien es cierto ambas pensiones pretenden proteger la pérdida de capacidad laboral, su origen y su finalidad son diferentes como ya se sustentó y por ende la fuente de las obligaciones son distintas, como sucede en aquellos asuntos donde el Consejo de Estado ha dado solución a las injusticias aplicando la Doctrina FORFAIT condenado a un solo ente al pago de más de una responsabilidad como se ha hecho en sentencias en las que se condena al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a pagar dos obligaciones 1.- Las prestaciones de Ley porque existe aportes y cotizaciones que lo permiten y a indemnizar los perjuicios ocasionados por una falla del servicio, por tener la obligación de cada uno de estos reconocimientos y pagos una fuente diferente.

DIECIOCHO. Aplicar la doctrina FORFAIT por parte del Juez Constitucional para brindar el amparo tutelar, pondrá fin a la injusticia y la desigualdad que históricamente se ha mantenido con los educadores del sector oficial, de lo que soy víctima y del trato discriminatorio que se me da por parte del único operador (FNPSM) encargado de asumir estas prestaciones y que dada la confusión da lugar a que se menoscaben mis Derechos y Principios Constitucionales que invoco para ser amparados tutelarmente; además, LA VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANCIAL se presenta en razón de que en los Fallos de las dos instancias, hacen prevalecer normas inferiores, anteriores a la Carta Política de 1991 (decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969), disposiciones que al interpretarse y aplicarse deben armonizarse y subordinarse a las disposiciones

Constitucionales y no desconocerlas como sucede en mi caso para negarme mi derecho a la compatibilidad pensional.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL APLICABLE.

Sentencia SU659/15

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS

JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS

JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECÍFICA

DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de Jurisprudencia

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que el defecto material o sustantivo se presenta cuando “la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto.

De igual forma ha señalado que la construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela, parte del reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. En este sentido ha señalado que por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-

..... “A la Corte le correspondió definir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando realizó control abstracto a varias disposiciones del decreto 2591 de 1991. En la sentencia C-543 de 1992 se declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 reglamentario de la acción de amparo, y precisó que existe la posibilidad excepcional de controvertir decisiones judiciales, a través de la mencionada acción pública cuando ellas la autoridad judicial, en lugar de actuar en derecho, lo hace a través de vías de hecho.

Esta Corporación acudió así, al concepto de *vía de hecho* para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando una decisión viola de forma flagrante y grosera la Constitución y por tanto, al ser caprichosa y arbitraria, ya no se encuentra en el ámbito de lo jurídico, sino en el campo de las vía de hecho judicial.

La jurisprudencia constitucional determinó que el concepto de vía de hecho hace parte de un esquema más amplio de requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, unos de carácter general (referidos a la procedibilidad de la acción de tutela) y otros específicos (relativos a la tipificación de las situaciones que conducen al desconocimiento de derechos fundamentales, principalmente el derecho al debido proceso). De este modo, la posibilidad de adelantar el examen en sede de tutela de la providencia judicial señalada de quebrantar derechos fundamentales, conforme lo ha establecido de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia constitucional, en particular desde la Sentencia C-590 de 2005, se encuentra supeditada al cumplimiento de unos *requisitos generales* que esencialmente se concretan en: Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional, es decir, que plantee una confrontación de la situación suscitada por la parte accionada con derechos de carácter constitucional fundamental, por cuanto los debates de orden exclusivamente legal son ajenos a esta acción pública.

Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad; Que en el evento de fundamentarse la solicitud de tutela en una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales del actor; Que el ciudadano identifique en forma razonable los hechos que generan la vulneración de sus derechos y que, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso judicial; y Que el fallo censurado no sea de tutela.”

.....“PROCEDENCIA POR INCURRIR EN DEFECTO SUSTANTIVO POR NO HABER APLICADO UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL FUNDADO EN LA SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EN ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA. (resaltados míos)

La providencia del Consejo de Estado, en la cual declaró probada la excepción de caducidad de la acción de reparación directa en relación a la accionante y sus demás familiares, incurrió en una causal Específica de procedencia del amparo contra sentencias, cual es, el defecto sustantivo por no haber aplicado un enfoque constitucional fundado en la salvaguardia de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodearon el caso concreto.

.....(vi) Por aplicación de normas abiertamente Inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este evento, la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

De igual manera, se incurre en un defecto sustantivo, cuando las normas legales no son interpretadas con un enfoque constitucional, fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto.

En relación con el imperativo de preferir siempre una interpretación conforme con la Constitución, la Corte en sentencia en sentencia C-067 de 2012 consideró que: *“la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política”.*

De igual manera, ha expresado esta Corporación que *“cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista”.*

A decir verdad, en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha considerado que, en virtud del artículo 4 de la Carta Política, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de *interpretación conforme*, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política.

Cabe asimismo señalar que la Corte Constitucional, en sentencia C- 426 de 2002, consideró que el principio de interpretación conforme debía ser armonizado con otros, como aquel del antiformalismo:

“Integrar los conceptos de antiformalismo e interpretación conforme a la garantía consagrada en el artículo 229 de la Carta, en manera alguna busca desconocer o debilitar el papel protagónico que cumplen las reglas de procedimiento en la ordenación y preservación del derecho de acceso a la justicia, ni contrariar el amplio margen de

interpretación que el propio orden jurídico le reconoce a las autoridades judiciales para el logro de sus funciones públicas.

La Corte, estima que es necesario exponer el contenido esencial del derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 superior, y determinar, si efectivamente existió la violación a esta garantía fundamental.

Desde muy temprano la jurisprudencia de la Corte, reconoció que el artículo 13 de la constitución contiene dos garantías fundamentales diferentes. En el primer inciso está contenida el denominado derecho a la igualdad formal. Esto es, el derecho a recibir el mismo trato ante una ley general, impersonal y abstracta. La obligación constitucional busca que las personas en condiciones iguales, reciban un trato igual ante la ley, en tanto que, las personas en condiciones desiguales, reciban un trato diferenciado.

El inciso segundo del artículo 13, en contraste, prevé la obligación estatal de tratar de manera diferente, a quienes históricamente han sufrido formas de diferenciación, todo con el fin de lograr igualdad material. Este derecho se suele denominar igualdad material o sustantiva.

Estas dos obligaciones imponen a todas las autoridades públicas del país, incluidas las judiciales, que al momento de tomar una decisión entre dos personas, grupos de personas, o situaciones, deban, si van a establecer un trato diferenciado, explicar, con una razón suficiente, el motivo o finalidad que persiguen, así como si el trato es adecuado, necesario, y estrictamente proporcional.

Solo será constitucional aquel trato diferenciado que supere estas exigencias. Se puede resumir el criterio de este Tribunal en el siguiente fragmento de la Sentencia C-748 de 2009:

“La Corte Constitucional ha diseñado un test o juicio de igualdad, cuya importancia radica en que otorga objetividad y transparencia a los exámenes de igualdad que realizan los jueces sobre las normas y su fin no es otro que el de analizar si una norma trasgrede el principio de igualdad. La estructura analítica básica del juicio de igualdad puede reseñarse de la siguiente forma:

(i) Lo primero que debe advertir el juez constitucional es si, en relación con un criterio de comparación, o tertium comparationis, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de que encuentre que son claramente distintas, no procede el test de igualdad; (ii) Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines”.

El primer requisito para establecer si un trato diferenciado es o no violatorio del derecho fundamental a la igualdad, se relaciona con que la autoridad pública explicita si está tratando a dos personas, grupos de personas o situaciones jurídicamente iguales. Solo será procedente un trato igual, cuando el *tertium comparationis* indica que son eventos iguales. Y procederá un trato diferente, cuando son situaciones diferentes.

Así, cuando el criterio de comparación lleva a la autoridad a determinar que jurídicamente, se encuentra ante sucesos iguales, se presume, que la consecuencia deba ser la misma. Únicamente es constitucional un trato diferenciado ante sujetos en iguales condiciones, cuando se supera el juicio de ponderación.

La primera tarea, a la hora de aplicar el juicio de ponderación, consiste en determinar si las personas están en la misma situación jurídica o no.

Estima la Corte, que en el caso del padre, frente a la madre y los restantes familiares, se encontraban frente al mismo desconocimiento. Ignoraban el agente responsable de la muerte de Sandra Catalina, en esa medida, el Consejo de Estado debía aplicar la misma

consecuencia jurídica. Si eventualmente, se defiende un trato diferenciado, debió argumentar porque este cumplía una finalidad constitucional, porque era adecuado, necesario y estrictamente proporcional. Dicha argumentación se echa de menos en la providencia de 15 de febrero de 2012.

8. Resolución del caso concreto

La Sala determinará si, en el caso examinado se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, y si se configura el defecto sustantivo.

8.1 Análisis del cumplimiento de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales en el presente caso

El asunto debatido reviste relevancia constitucional a la luz de los derechos fundamentales de las partes

En relación con el primero de los requisitos generales encuentra la Sala que, en efecto, la decisión del Consejo de Estado compromete garantías de carácter *iusfundamental* de los accionantes, en particular el derecho de acceso a la administración de justicia, a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Así, como obligaciones internacionales relacionadas con la violencia contra mujeres, niñas y adolescentes. “

JURISPRUDENCIA APLICABLE SOBRE COMPATIBILIDAD PENSIONAL ENTRE PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN PROFESIONAL Y PENSION DE JUBILACION DE VEJEZ.

COMPATIBILIDAD PENSIONAL.

*“(…) Dado que el ad quem consideró incompatibles la pensión de invalidez de origen profesional con la de vejez, postura que, ciertamente, esta Sala prohijaba en calendas recientes, como lo acreditó el colegiado con las sentencias que transcribió, pero que fue precisada al ahora admitirse la compatibilidad entre ellas, al extenderse a dicho caso la argumentación propia de la compatibilidad entre pensiones de invalidez por riesgo común y profesional, tal como se adoctrinó en las sentencias 33558 de 1º de diciembre de 2009 y 33265 de 23 de febrero de 2010, **Compatibilidad pensional. Pensión de invalidez por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, son compatibles con la de vejez***

(…) Al respecto, baste, entonces reiterar acá lo dicho en la sentencia 33265 de 23 de febrero de 2010: (...) Si el artículo 13 del Decreto 1295 de 1994 y el artículo 2º del Decreto 1772 del mismo año, que lo reglamenta, establecen expresamente que son afiliados obligatorios al Sistema General de Riesgos Profesionales, los jubilados o pensionados que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, como sucedió en este caso, es dable entender, que dicha afiliación conlleva todas las prerrogativas inherentes a dicha afiliación, esto es, el reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales o económicas a que hubiere lugar, toda vez que no tiene razón de ser que se permita una afiliación al sistema de riesgos profesionales si el asegurado no puede acceder a los correspondientes beneficios. Si una entidad administradora de riesgos profesionales recibe la afiliación de un trabajador subordinado, de un independiente o de un asociado, no puede sostener que no le cabe ninguna responsabilidad cuando se presenta un infortunio laboral, alegando una presunta incompatibilidad entre pensiones de diferentes regímenes que no contempla la ley, de modo que queda esa entidad obligada a cubrir las prestaciones por el riesgo ocasionado. Igualmente, debe señalarse que, según el literal K del artículo 4 del Decreto 1295 de 1994, la cobertura del Sistema General de Riesgos Profesionales, se inicia desde el día calendario siguiente de la afiliación. Así las cosas, dicha afiliación produce efectos desde el momento en que se cumplió la anterior condición, sin que le sea posible a la ARP sustraerse de las obligaciones derivadas de la correspondiente afiliación, apoyándose en una presunta incompatibilidad que no establece la normatividad que regula la materia, tal como se indicó anteriormente. (...) De otra parte, en lo relativo al literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, valga recordar, la reciente sentencia de esta Sala del 1º de diciembre de 2009, radicación No 33558, donde se dijo que éste prohíbe la concurrencia de las pensiones de invalidez y vejez en un mismo afiliado; sin embargo, al encontrarse ubicada dicha normativa en el libro primero de dicho ordenamiento, debe entenderse que no comprende lo concerniente a riesgos profesionales, que tiene su propia regulación en el libro tercero de tal estatuto. En ese orden, aún con el vigor jurídico que cobró la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de abril de 1994, las pensiones de invalidez por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, son compatibles con la de vejez o con la de invalidez de origen común, entre otras cosas, por la potísima razón de que los recursos con que se pagan, tienen fuentes de financiación independientes, toda vez que se cotiza separadamente para cada riesgo. De otro lado, si bien es cierto, el parágrafo segundo del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, establece la incompatibilidad entre dos pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional, solo habrá lugar a ello cuando tengan origen “en el mismo evento”, lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa, toda vez que se trata de una pensión adquirida por el causante con base a un tiempo de servicio y una edad determinada en la ley y una pensión de sobreviviente originada en un accidente de trabajo ocurrido con

posterioridad al estado de pensionado por vejez del fallecido. ASÍ LAS COSAS, CONSIDERA LA SALA, QUE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR CAUSA DE ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL O, EN SU DEFECTO, LA DE SOBREVIVIENTES DE ORIGEN PROFESIONAL, SON COMPATIBLES CON LA DE VEJEZ O CON LA DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN O CON ÉSTAS SUSTITUIDAS EN SUS CAUSAHABIENTES-, POR CUANTO LAS PRIMERAS PROVIENEN DE UN INFORTUNIO LABORAL DEL ASEGURADO A CAUSA DE SU ACTIVIDAD PROFESIONAL, Y LAS SEGUNDAS SE DERIVAN DE UN RIESGO COMÚN, LA CUAL COMO LO HA SOSTENIDO ESTA SALA, NO ES CONSECUENCIA OBLIGADA DE LA CLASE DE TRABAJO O DEL MEDIO EN QUE LABORA EL TRABAJADOR; ADEMÁS, ÉSTAS CUBREN CONTINGENCIAS DISTINTAS, TIENEN REGLAMENTACIÓN DIFERENTE; LOS RECURSOS CON QUE SE PAGAN, TIENEN FUENTES DE FINANCIACIÓN AUTÓNOMAS; Y, SE COTIZA SEPARADAMENTE PARA CADA RIESGO. (...)" (resaltados y mayúsculas míos)

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Fundamento la ACCIÓN DE TUTELA interpuesta en las disposiciones jurídicas.

**CONSTITUCION NACIONAL DE 1991. ARTICULOS: 13, 25, 48, 53 y 86.
LEY 91 DE 1989.**

ARTICULO 13.- Con la negación a concederme la compatibilidad de la Pensión de Jubilación con la Pensión de Invalidez de Origen Laboral por parte del FOMAG y los fallos que me negaron la totalidad de mis pretensiones, se desconoce flagrantemente que he sido víctima de una doble discriminación, una por parte del Estado – Ministerio de Educación en materia salarial y por otra del FNPSM en materia prestacional con la excusa de ser un solo operador y ya estar pagándome la Pensión de Jubilación por vejez, arguyendo un formalismo legal en notoria contradicción con las disposiciones Constitucionales invocadas y que tienen primacía por su valor jerárquico y por ser posteriores.

Además, se desconoce la diferente fuente de las dos obligaciones y la diferente finalidad que persiguen las dos pensiones que permiten por esa razón ser reconocidas y pagadas simultáneamente por ser compatibles por tratarse se una invalidez de origen profesional.

ARTICULO 25.- El **DERECHO AL TRABAJO** no es una dadiva, es un Derecho Fundamental de toda persona y su ejercicio debe garantizarse en condiciones dignas y justas sin limitaciones. Uno de los principales Derechos derivados del ejercicio de la relación laboral, sin duda lo constituye, el Derecho a acceder y a disfrutar de la Seguridad Social como **DERECHO CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER IRRENUNCIABLE** en igualdad de condiciones que otros trabajadores que disfrutaban la compatibilidad de las dos pensiones por su reconocimiento jurisprudencial.

ARTICULO 48. El Derecho a la Seguridad Social tal como lo establece la Constitución Nacional es de carácter **IRRENUNCIABLE**, sin embargo por vías de hecho por defecto sustancial se me esta negando el acceso y el disfrute pleno de este Derecho que al tenor de las Disposiciones Constitucionales es irrenunciable, fundando esas decisiones en normas que son contrarias y de inferior jerarquía.

ARTÍCULO 53.- Los **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES** allí consagrados en materia laboral, aplican en el presente asunto en mi condición de trabajador como docente oficial al servicio del Estado y en los derechos derivados durante mi relación laboral y a la culminación de esta; momento

en que nace el derecho para reclamar lo que en forma injusta e irregular se me niega **la FAVORABILIDAD y la IGUALDAD** Principios de Raigambre Constitucional que deben respetarse en materia prestacional.

ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

- **DECRETO 2591 DE 1991.**

“Artículo 1o. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES Y EL DECRETO REGLAMENTARIO PARA EL SECTOR DOCENTE OFICIAL 1655 DE 2015.

PRETENSIONES.

Por las razones anteriormente expuestas solicito respetuosamente al Juez de Tutela se PROFIERA FALLO FAVORABLE en lo siguiente.

PRIMERO: Se brinde Amparo Tutelar a favor del señor **ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO** para que se le garanticen el ejercicio pleno de sus **DERECHOS CONSTITUCIONALES** a la **IGUALDAD**, a la **SEGURIDAD SOCIAL** y la correcta aplicación de los **PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES** de la **FAVORABILIDAD**, de la **IGUALDAD** y de **CONFIANZA LEGITIMA** y que en consecuencia se ordene al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO y al JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DE PASTO que en término prudencial, se profiera nueva Sentencia que revoque en su totalidad las sentencias de primera y segunda instancia proferidas y en consecuencia, se acepten la totalidad de las pretensiones presentadas en la demanda.

SEGUNDO: Que en consecuencia, al amparo tutelar se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor de **ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO**, la **PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN LABORAL** en las condiciones solicitadas en la demanda y que a futuro se pague simultáneamente con la Pensión de Jubilación por Vejez, por ser estas compatibles.

SEGUNDO: Que en consecuencia, brindado el amparo tutelar se ordene **revocar las costas** a las que fue condenado en la segunda instancia el señor **ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO**.

PRUEBAS.

Me permito allegar los siguientes documentos para ser tenidos como medios probatorios:

- Copia de la sentencia de segunda instancia que confirma el fallo de primera instancia, para que se verifique que el argumento que sustenta la decisión de los jueces en ambas instancias, es el aspecto de considerar que las dos pensiones tienen la misma finalidad y que la responsabilidad de pagarlas se concentra en un solo operador el FNPSM y que tienen pleno vigor disposiciones legales que son anteriores a la expedición de la Carta Política de 1991, inferiores jerárquicamente, que están en notoria contradicción con las disposiciones Constitucionales invocadas y su interpretación no se hace con enfoque constitucional.
- Solicito respetuosamente que el Juez de Tutela, solicite copia del expediente completo, para verificar la demanda, sus anexos para demostrar que acredito todos los requisitos para disfrutar las dos pensiones, que son compatibles por tener una fuente y un origen diferente y que es viable su reconocimiento y pago simultaneo por parte del encargado de pagarlas el FNPSM.

ANEXOS:

- Copia de la cédula.
- Documentos relacionados en el acápite de pruebas

JURAMENTO.

Bajo la Gravedad del Juramento, manifiesto que no he interpuesto acción de tutela alegando los mismos hechos y pretensiones.

NOTIFICACIÓN.

Para efectos de notificación téngase en cuenta los siguientes Datos personales.

Dirección de Correspondencia: Carrera 24 N° 20 – 58 Oficina 218 edificio Centro de Negocios Cristo Rey, teléfonos Celular: 3045625581 - 3148883290.

Para efectos de notificación de los accionados téngase en cuenta las siguientes direcciones Electrónica:

Des01tanarino@sendoc.ramajudicial.gov.co

Adm05pas@cenoc.ramajudicial.gov.co

Atentamente


ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO
C.C. N°11.427.870 DE FACATATIVA

Anexo: Lo anunciado.

REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO **11.427.870**
CORREDOR OUIJANO

APELLIDOS
ALVARO YESID

NOMBRES





FECHA DE NACIMIENTO **10-AGO-1957**
FACATATIVA
(CUNDINAMARCA)

LUGAR DE NACIMIENTO
1.70 **A+** **M**
 ESTATURA D.S. RH SEXO

11-MAR-1977 FACATATIVA
 FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

REGISTRADOR NACIONAL
 CAROLINA GARCIA TORRES



A: 0300103-00060284 M: 0011427870-00089935 0003026853A 1 6800003383



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Sala Primera de Decisión

MAGISTRADO PONENTE EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

San Juan de Pasto, miércoles, cinco (05) de agosto de dos mil veinte (2020)

REF.: ACCIÓN : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO - LABORAL

RADICACIÓN N° : 2017-00335 (7738)

DEMANDANTE : ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO

DEMANDADOS : NACIÓN – MIN EDUCACIÓN – FOMAG

SENTENCIA

En aplicación de lo dispuesto por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Nariño mediante Acuerdo N° 016 del 27 de julio de 2017 “*Por el cual se aprueba la modificación de turnos para la elaboración y estudio preferente de algunos proyectos de sentencia*”, con fines de descongestión, se decide el *recurso de apelación* interpuesto por el demandante contra la Sentencia proferida el 06 de marzo de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Pasto, mediante la cual declaró probada la excepción denominada “*aplicación indebida de la legislación vigente y la jurisprudencia*” propuesta por la entidad demandada, y en consecuencia, se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

A.- ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

1. Síntesis de la demanda¹

La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la declaratoria de nulidad de las Resoluciones N° 1172 del 15 de mayo de 2017 y N° 2138 del 25 de agosto de 2017, mediante las cuales la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a favor del docente ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar la referida prestación a partir del 19 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

¹ Folios 1 - 12

Así mismo, solicita que se ordene a la demandada, reconocer todas la mesadas pensionales dejadas de pagar desde la fecha en que se constituyó el derecho hasta el día en que se haga el pago efectivo, incluidas las primas consagradas en la Ley 91 de 1989 y los aumentos automáticos anuales previstos en la Ley 71 de 1988.

Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al pago de los intereses moratorios conforme lo dispone el artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.

Finalmente, solicita que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA, y se condene en costas a la entidad demandada.

2. La Sentencia de primera instancia²

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Pasto declaró probada la excepción denominada “*aplicación indebida de la legislación vigente y la jurisprudencia*”, propuesta por la entidad demandada, y como consecuencia de ello, negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Hace un recuento normativo y jurisprudencial relacionado con el régimen prestacional y pensional aplicable a los docentes, para concluir que, con sustento en lo probado en el proceso y en lo dispuesto por la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 1° de febrero de 2018 dentro del proceso radicado bajo el N° 25000-23-42-000-2013-06884-01 (3857-14), no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, dada su incompatibilidad con el reconocimiento en fecha anterior de una pensión de jubilación a favor del demandante.

En lo demás, se abstiene de condenar en costas a la parte demandante, por no observarse conducta de mala fe o temeridad.

3. El recurso de apelación³

Inconforme con lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, la parte demandante acude ante esta instancia, alegando en concreto, “*que cuando un derecho propio del régimen excepcional establezca requisitos más onerosos o sea inexistente frente al régimen general de seguridad social, en aras de materializar el derecho a la igualdad de manera especial se deberían trasladar al régimen excepcional, vg, la mesada 14 y la pensión de sobrevivientes, propias de la Ley 100 de 1993, han sido trasladadas al régimen de prestaciones de los docentes afiliados al FNPSM que se rigen por la Ley 91 de 1989. Idéntica suerte debe correr la pensión de invalidez por enfermedad profesional o riesgos profesionales creada a partir de la implementación de la Ley 100 de 1993*”.

² Folios 134 - 139

³ Folios 145 - 148

En el mismo sentido, indica que no puede predicarse incompatibilidad de la pensión de invalidez con la de jubilación que devenga el accionante, por tratarse de causas pensionales que surgen de orígenes distintos, siendo posible además, aplicar el régimen general de riesgos profesionales establecido en las Leyes 100 de 1993, 776 de 2002 y 1562 de 2012, así como el Decreto 1295 de 1994, al régimen excepcional de prestaciones del magisterio.

Finalmente, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda considerando especialmente las sentencias proferidas por esta Corporación el 15 de julio de 2016 en el proceso N° 2014-00384 y el 17 de junio de 2017 en el proceso N° 2015-00107 con ponencia del Magistrado Álvaro Montenegro Calvachy.

B. ACTUACION EN SEGUNDA INSTANCIA

1. Admisión del recurso y traslado de alegatos de conclusión

Mediante auto del 29 de agosto de 2019⁴, se admite el recurso de apelación por haber sido sustentado en término y el 12 de septiembre de 2019⁵ se ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emita su concepto, oportunidad en la cual únicamente se pronunció la parte demandante, reiterando los argumentos planteados en el recurso de apelación⁶.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal Administrativo es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto en contra de la Sentencia proferida el 06 de marzo de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Pasto.

Ahora bien, los presupuestos procesales de capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma se encuentran cumplidos.

De otra parte, no se observa irregularidad alguna en el trámite del proceso como tampoco la configuración de causal de nulidad procesal.

En cuanto a la oportunidad de la acción se advierte que la presentación de la demanda se puede hacer en cualquier tiempo, de acuerdo a lo señalado por el literal c y d del numeral 1º del artículo 164 del C.P.A.C.A., como quiera que se está contravirtiendo la legalidad de un acto administrativo que reconoce prestaciones periódicas.

⁴ Folio 159

⁵ Folio 162

⁶ Folios 164 - 167

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si,

¿El demandante en calidad de docente oficial a quien le fue reconocida la pensión de jubilación, tiene derecho al reconocimiento y pago simultáneo de la pensión de invalidez?

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes tópicos: i) inaplicación de la prohibición de doble asignación del tesoro público para los docentes oficiales, ii) régimen jurídico aplicable en materia de pensión de invalidez a los docentes oficiales y, iii) el caso concreto.

(i) Inaplicación de la prohibición de doble asignación del tesoro público para los docentes oficiales

En relación con las pensiones de los docentes el ordinal segundo del literal a) del artículo 14 de la Ley 91 de 1989, indicó:

“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 hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión 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”.

Por su parte, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993, señaló:

“El régimen prestacional y aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial”.

A su vez, el párrafo 2° del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, trae como excepciones a la aplicación del régimen de seguridad social, entre otros, a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *“cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*

Finalmente, el artículo 128 de la Constitución Política señala:

“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 la 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”.

Las normas en cita, permiten inferir que *“a los docentes no los cobija la prohibición de no recibir doble asignación del tesoro público por disposición de la ley, en el entendido que el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dejó a salvo la compatibilidad entre la pensión de jubilación, la pensión gracia y el salario”*, sin embargo, no es posible que devenguen de manera simultánea otro tipo de reconocimiento pensional a su favor, toda vez que no existe norma alguna que así lo permita, como se explicará más adelante.

(ii) Régimen jurídico aplicable en materia de pensión de invalidez para el caso de docentes oficiales

La pensión de invalidez es una prestación que tiene como finalidad la protección del trabajador que se encuentra disminuido por una contingencia física o mental que le impide el correcto desempeño en sus labores.

Al respecto, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 estableció el régimen prestacional para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales; haciendo una distinción entre el personal docente vinculado con anterioridad y con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2003), lo anterior, para efectos de determinar las normas aplicables a cada uno de ellos.

En tal sentido, es preciso señalar que cuando el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 hace referencia al régimen prestacional anterior, es necesario verificar el contenido de los artículos 115 de la Ley 115 de 1994 y 6° de la Ley 60 de 1993, que en material prestacional nos remiten a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que a su turno indica que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de nuestro Órgano de Cierre⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el demandante en el presente asunto se vinculó a la docencia oficial en el año 1977, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, le son aplicables las disposiciones normativas que regulan el Régimen Pensional General en el orden nacional, que para el caso de la pensión de invalidez que reclama, son las contenidas en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Determinado que en el presente asunto el régimen pensional del demandante, en particular lo concerniente a la pensión de invalidez, es regulado por los

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13).

Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, advierte la Sala que dichas normas señalan la incompatibilidad entre la pensión de invalidez y la de jubilación. Al respecto, el artículo 31 del Decreto 3135 de 1968 indicó que las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, son incompatibles entre sí y el empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas en los siguientes términos:

“Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia de ellas”.

Ello tiene su razón de ser en la prohibición consagrada desde la Constitución anterior de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público conforme el artículo 128 de la Constitución Política, disposición ratificada por el artículo 88 del Decreto 1848 de 1969, así:

“ARTICULO 88. INCOMPATIBILIDAD. Las pensiones de invalidez, jubilación y retiro por vejez, son incompatibles entre sí. En caso de concurrencia del derecho a ellas, el beneficiario optará por la que más le convenga económicamente”.

Por su parte la Ley 100 de 1993 al consagrar las características del Sistema General de Pensiones en el artículo 13, literal j) señala: *“Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”.*

En las anteriores condiciones, la Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 21 de junio de 2018⁸, destacó la incompatibilidad que se presenta *“entre las pensiones de jubilación e invalidez bien sea de origen común o profesional, pues el ordenamiento jurídico restringe dicha posibilidad y no pueden ser disfrutadas conjuntamente por las siguientes razones: 1.- Tienen su origen en una misma relación laboral; 2.- Están condicionadas a los aportes que el demandante haga al Sistema General de Seguridad Social; 3.- Su finalidad es la misma, es decir, mientras la pensión de vejez tiene como objeto cubrir la pérdida de la capacidad de trabajo por haber llegado la persona a la vejez, la pensión de invalidez se encamina a cubrir la pérdida de la capacidad laboral pero ya en razón de la invalidez, es decir cumplen la misma función protectora para permitir la subsistencia de la persona sea por su condición de vejez o invalidez”.* (Destaca la Sala)

En similares términos y en reciente pronunciamiento⁹, la Sección Segunda - Subsección B, reiteró el citado argumento, indicando:

⁸ Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Radicación: 47001-23-33-000-2014-00148-01 Número interno: 1038-2016. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Gabriel José Apreza Mendivil Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.

⁹ Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Sentencia proferida el veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicado: 250002342000201305659 01. No. Interno: 1154 – 2018. Demandante: María Del Rosario Huertas De Bustamante. Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

“Así las cosas, se concluye que cuando se percibe una pensión sea de invalidez o jubilación en consideración a los aportes efectuados, no es posible acceder simultáneamente a gozar de otra, en cuanto se estaría reconociendo dos prestaciones previstas en el mismo régimen por una misma relación laboral”.

En este orden de ideas, conforme a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y con base en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, normativa aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, existe incompatibilidad entre las pensiones de jubilación e invalidez toda vez que cumplen con la misma finalidad, es decir la pérdida de capacidad de trabajo.

(iii) Caso Concreto

En el caso bajo estudio, se tiene que el actor se vinculó como docente a la Secretaria de Educación del Departamento de Nariño, el 04 de febrero de 1977¹⁰, esto es, con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en consecuencia, le es aplicable lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, la cual se remite a los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en los aspectos pensionales, particularmente en lo que se refiere a la pensión de invalidez que ahora reclama el demandante.

Así mismo, se encuentra probado que a través de la Resolución N° 2430 del 30 de noviembre de 2012 la entidad demandada reconoció y pagó una pensión de jubilación a favor del señor ALVARO YESID CORREDOR QUIJANO, que fue reajusta mediante Resolución N° 3445 del 30 de diciembre de 2015¹¹.

Según se extrae de la Resolución N° 1172 del 15 de mayo de 2017, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del demandante¹², *“de acuerdo al Formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de Capacidad Laboral y Determinación de Invalidez de la Fiduprevisora S.A., expedido por el doctor GERARDO ANTONIO CIFUENTES MAYA, en calidad de Médico Laboral adscrito a PROINSALUD de fecha 25 de octubre de 2016, entidad que presta el servicio Médico Asistencial, se determinó que la pérdida de capacidad laboral del docente es del 100%”*, situación que lo hace acreedor a una pensión de invalidez.

No obstante, si bien una consecuencia lógica de la invalidez absoluta es que al funcionario impedido se le reconozcan las prestaciones económicas y asistenciales a que haya lugar, entre ellas la pensión de invalidez; lo cierto es que a la administración no le era posible proceder a tal reconocimiento a través de los actos acusados, toda vez que conforme a los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, ésta es incompatible con la pensión de jubilación de la que goza el demandante.

¹⁰ Folios 75 a 77

¹¹ Folios 67 y 68

¹² Folios 31 y 32

En el caso concreto, toda vez que al demandante se le reconoció una pensión de jubilación, no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez de forma concurrente. No obstante, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, el demandante puede optar por la que más le favorezca, circunstancia que ha sido puesta en conocimiento del accionante por parte de entidad demandada a través de los actos administrativos cuya nulidad pretende, sin que exista manifestación alguna, o al menos no se probó en este proceso, la intención de elegir la pensión de invalidez y renunciar a la de jubilación.

De otra parte, se observa que a través del recurso de apelación el accionante pretende que este asunto se resuelva bajo los mismos parámetros sobre los cuales se desataron en el Tribunal Administrativo de Nariño, los procesos radicados bajo los números 2014-00384 y 2015-00107, por medio de las sentencias proferidas el 15 de julio de 2016 y el 17 de junio de 2017, respectivamente¹³, sin embargo, a juicio de la Sala no es posible dar aplicación a los mismos argumentos jurisprudenciales en los que se soportaron las referidas providencias, si se tiene en cuenta que el criterio del Órgano de Cierre ha variado en las últimas anualidades, como se indicó líneas atrás, en el entendido que no hay lugar al reconocimiento pensional deprecado cuando el docente se encuentra percibiendo una pensión de jubilación.

Así lo ha definido el Consejo de Estado en casos similares al presente, exponiendo de manera categórica las razones por las cuales no es aplicable la posición de la Corte Suprema de Justicia cuando en sus providencias contempla la posibilidad de percibir simultáneamente las dos pensiones a las que hemos hecho referencia:

“Toda vez que como lo ha señalado esta Corporación¹⁴, los supuestos fácticos y jurídicos son distintos, en la medida que las pensiones pretendidas en el presente asunto acaecen de una misma causa, esto es, los aportes a pensiones efectuados por el demandante al Sistema General de Seguridad Social y tienen la misma finalidad, es decir, cubrir la pérdida de capacidad de trabajo.

Además, dichas pensiones se encuentran a cargo de una misma entidad, esto es, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Porque contrario a lo señalado, no existe norma que consagre expresamente la compatibilidad entre la pensión de invalidez y la pensión de jubilación,

¹³ Magistrado Ponente: Doctor Álvaro Montenegro Calvachy

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 21 de julio de 2016, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno 1793-2015 ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A sentencia de 18 de febrero de 2016, número interno: 2415-2013, Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández.

por el contrario, tal como se indicó en acápite anteriores, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 expresamente la prohíben”¹⁵.

Posición la anterior que se reafirma en la sentencia proferida el 28 de marzo de 2019¹⁶, por la Sección Segunda - Subsección B de la misma Corporación, cuando indica:

“Ahora bien, respecto al argumento presentado en el recurso de apelación, relativo a aplicar el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia de 1 de diciembre de 2009, con ponencia del doctor Camilo Tarquina Gallego, en cuanto la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de invalidez y jubilación, por considerar que ampara riesgos diferentes, la Sala ha de manifestar que acoge los planteamientos al respecto ya decantados por esta Corporación, en cuanto se tratan de supuestos fácticos y jurídicos distintos a los analizados en este caso, en la medida que las pensiones que se reclaman se originan en una misma causa, esto es, que los aportes efectuados tienen la finalidad de cubrir la pérdida de la capacidad de trabajo y se encuentran a cargo de una misma entidad, FONPREMAG, motivo suficiente para no acceder a aplicar dicha providencia.

Unido a lo anterior, se advierte que no existe norma expresa que consagre la compatibilidad entre la pensión de invalidez y la de jubilación, por el contrario, como ya se anotó, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, expresamente lo prohíben”.

Lo expuesto, impone a este Tribunal confirmar la sentencia de primera instancia mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

3. Costas

De conformidad con los artículos 188 del CPACA, 365 numeral 4° y 366 del CGP, y en atención a que la sentencia de primera instancia se confirmará en su totalidad, la Corporación condenará a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente asunto, a pagar las costas de la segunda instancia, las cuales serán liquidadas por la Secretaría del Juzgado de origen.

¹⁵ Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 21 de junio de 2018. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Radicación: 47001-23-33-000-2014-00148-01 Número interno: 1038-2016. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Gabriel José Apreza Mendivil Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.

¹⁶ Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Radicado: 250002342000201305659 01. No. Interno: 1154 – 2018. Demandante: María Del Rosario Huertas De Bustamante. Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Sala Primera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Pasto, el 06 de marzo de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales a la parte demandante, según lo establecido en la presente providencia.

TERCERO: EJECUTORIADO este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión virtual celebrada en la fecha.



EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado



BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN
Magistrada



ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY
Magistrado