



**Rama Judicial del Poder Publico  
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del  
Atlántico**

**JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

Barranquilla, nueve (09) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

|                  |                                                     |
|------------------|-----------------------------------------------------|
| Radicado         | 08001333300620170017500                             |
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO              |
| Demandante       | CARLOS EMILIO NARVAEZ ORDOÑEZ                       |
| Demandado        | NACION, MEN, FOMAG, DEIP BARRANQUILLA, COLPENSIONES |
| Juez (a)         | MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO                  |

**I.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por CARLOS EMILIO NARVAEZ ORDOÑES, contra el NACION- MEM- FOMAG- DEIP BARRANQUILLA, COLPENSIONES, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

**II.- ANTECEDENTES**

**- DEMANDA**

Las súplicas de la demanda fueron expuestas de la siguiente forma:

-. **PRIMERA:** Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones 09101del 25 de julio de 2016 y 15256 del 10 de noviembre de 2016, emanadas del **DISTRITO DE BARRANQUILLA**, por medio de las cuales, se NIEGA en primera y segunda instancia, la solicitud de PENSIÓN DE JUBILACIÓN, al docente CARLOS EMILIO NARVAEZ ORDOÑEZ, de vinculación distrital de recursos propios.

**SEGUNDO:** Que como con consecuencia de la declaratoria de nulidad los actos administrativos precedentes, se ordene; A reconocer y pagar la PENSIÓN DE JUBILACIÓN Definida en el art. 1° de la Ley 33 de 1.985 y demás normas concordantes, a mi mandante, a partir del día que adquirió el status de pensionado del estado, es decir, el 24 de Abril de 2016. Al pago del retroactivo, de las mesadas presentes y futuras, junto con los incrementos de ley, que debe ser liquidados con base en todos los ingresos que recibía mi defendido, en el último año de servicio, la indexación y los intereses moratorios. Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

**II. HECHOS**

El Despacho se permite sintetizar los hechos de la demanda así:

- El demandante laboró para la institución educativa privada, COMUNIDAD SAN JOSE — COMPAÑÍA DE JESUS de Barranquilla, desde el 18 de abril de 1.977 hasta el 30 de noviembre de 2015, en el horario de la mañana, para un total de 10.274 días, correspondientes a 1,467 semanas.
- El demandante nació el 20 de enero de 1.954, y para el 1 de Abril de 1.994 tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicio, laborados y cotizados al antiguo ISS., razones por la cual es beneficiario de la transición establecida en el art. 36 de la ley 100 de 1.993 y de la ampliación de la misma, hasta el 31 de diciembre de 2014.
- Para el 24 de enero de 2014 al cumplir los 60 años de edad y más de 1000 semanas de cotizaciones para pensión al ISS hoy COLPENSIONES adquirió el status de pensionado, razón por la cual, solicitó a COLPENSIONES la pensión de vejez, solicitud que este fondo de pensiones, encontró ajustada a derecho y la resolvió ordenando reconocer y pagar PENSION DE VEJEZ a mi mandante, por intermedio de la resolución No. GNR 269793 del 28 de julio de 2014.
- El señor CARLOS EMILIO NARVAEZ ORDOÑEZ, estaba vinculado al DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, por intermedio de su Secretaria de Educación lo nombró como docente tiempo completo del INSTITUTO EDUCATIVO DISTRITAL BARRIO SIMÓN BOLÍVAR con dependencia de la Nación, Ministerio de Educación — Fondo de Prestaciones Sociales del Ministerio, en horas de la tarde, a partir del 24 de abril de 1.996, laborando sin interrupción por más de 20 años.
- Para el 24 de abril de 2016, cumplió el tiempo y la edad requeridas para adquirir el status de pensionado como docente oficial, por tanto quedó habilitado para solicitar legalmente una pensión mensual vitalicia de jubilación, conforme a lo ordenado en el art. 1° de la ley 33 de 1.985 y demás normas concordantes, la cual fue solicitada al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DISTRITO DE BARRANQUILLA, el día 23 de Mayo de 2014.
- La solicitud de pensión fue NEGADA, mediante la resolución No. 09101 del 25 de Julio de 2016, argumentando "que no es posible dar trámite a la prestación, toda vez que el docente cuenta con pensión reconocida por colpensiones, motivo por el cual no es posible aprobar otra prestación", y hacen referencia al contenido del art. 68 del Decreto 1848 de 1.969, *incompatibilidad*.
- Presentó recurso de reposición el cual fue resuelto mediante resolución No. 15256 del 10 de noviembre de 2016, expedida del Distrito de Barranquilla, confirmando la respuesta de la Resolución No. 09101 del 25 de Julio de 2016.

#### **- CONCEPTO DE VIOLACION**

El concepto de violación la parte actora, lo sustenta en los siguientes cargos:

Manifiesta que los fundamentos de derecho que explican la violación y su concepto, están dirigidos a demostrar que la Ley 33 de 1985, es el aplicable a la situación laboral del actor y no el decreto 1848 de 1968. La pensión de jubilación, que se demanda está soportada en el art. 10 de la ley 33 de 1965, ley 91 de 1.989, art. 81, ley 812 de 2003 — Arts. 35 y 97 ley 100 de 1993. y concordantes, además del principio de la favorabilidad y especialmente en la constitución dado que esta pensión jubilación, entra hacer parte del patrimonio esencial de mí mandante, es una compensación de años de esfuerzo y trabajo, que al cumplir los

requisitos y consolidar su status de inmediato es inherente a su patrimonio y se torna en fundamental y hacer parte de la seguridad social del estado que regula los derechos CIERTOS e INDISCUTIBLES, como los PENSIONALES Y DE JUBILACION, INALIENABLES, por tanto, no pueden ser enajenados, ni negociados, ni cedidos, y mucho menos, se pueden quitar involuntariamente a su titular, son intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, son de servicio público a cargo del Estado. Arts. 14, 15 y 142 del C.S.T., 1,4,5,13,23,25,48, 53,55 y 58 de la Constitución Política.- Por tanto, su protección proviene por vía de excepción, toda vez que su sustento deriva de la misma constitución en cabeza del art. 4° y 5° Texto: Art. 4° C.P. "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

#### **PENSIÓN, COMPATIBILIDAD PENSIONAL, TIEMPOS PRIVADOS Y PÚBLICOS**

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C. P. Victor Hernando Alvarado Ardila Sentencia del 22 de Octubre de 2009. Expediente. 050012331000200100423 01. Número interno 0262-2008.

*Síntesis: De la compatibilidad pensiona' entre la pensión de vejez reconocida por el ISS en virtud de tiempos privados y la pensión de jubilación reconocida por una entidad de previsión social derivada de tiempos públicos. No es acertada la decisión de la Administración relativa a la negativa del derecho pensional reclamado, fundada en la incompatibilidad pensional, máxime si, como en el presente asunto, la pensión reconocida por el ISS es resultado de aportes eminentemente privados, efectuados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.*

Así las cosas tenemos que el cargo invocado contra los actos demandada, es que van en violación a normas legales y principios constitucionales

#### **- CONTESTACIÓN**

La Nación- Ministerio Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opone a todas y cada uno de las pretensiones, por carecer de fundamento de hecho y de derecho, necesarios para su prosperidad. La parte accionante no acredita siquiera sumariamente que los actos administrativos hayan sido expedido con la infracción la norma en que debían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa o mediante falsa motivación o con desviación de poder, que pudieran desvirtuar la presunción de legalidad que los acoge.

Presenta como excepciones: i. Legitimidad en la causa por pasiva, ii. Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, iii. Inexistencia del derecho, iv. Prescripción.

Solicitando se vincule a la Fiduciaria La previsora S.A.

El D.E.I.P Barranquilla.

Manifiesta que la subsección A del alto tribunal de lo contencioso administrativo, ha sostenido reiteradamente que entidad encargada del reconocimiento y pago de las

prestaciones docente y directivos docentes es el Fondo nacional de prestaciones Sociales del magisterio.

Presento como excepciones: i. Inexistencia de la obligación a cargo de Distrito de barranquilla. ii. Falta de legitimación en la causa por pasiva iii. Buena fe.

Administradora Colombia de Pensiones- COLPENSIONES-

Se opone a todas y a cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de sustento legal y lógico por lo que debe ser absuelta la totalidad de las pretensiones esbozadas en la demanda, toda vez, que lo exigido carece de causa.

Constituyen un exceso, una indebida acumulación de pretensiones y en caso de así aceptarse se causaría grave perjuicio a las arcas del Estado y a los recursos destinados a cubrir el pago de pensiones de los colombianos.

Manifiesta que como entidad administradora de pensiones debe actuar con responsabilidad en el reconocimiento de las prestaciones definidas ajustada a la ley, y sin aplicar indebidamente el principio de favorabilidad. Siendo así, con base a las normas vigentes no es procedente por parte de esta entidad el reconocimiento y pago de la pensión de la jubilación del actor con base en la ley 33 de 1985 a cargo de Colpensiones.

Propone como excepciones i. Falta de legitimación en la causa por pasiva ii. Cobro de lo no debido iii. Buena fe iv. Prescripción v. falta de legitimación en la causa por pasiva.

#### **- ACTUACION PROCESAL**

La demanda fue presentada el 13 junio de 2017, correspondió por reparto a este Despacho el conocimiento del presente proceso, siendo admitida mediante auto de 1 de agosto de 2017, ordenándose y realizándose las notificaciones correspondientes.

Los demandados, la Nación, MEN, FOMAG, DEIP Barranquilla y Colpensiones contestaron demanda dentro del término otorgado para ello; presentando excepciones de fondo, las cuales una vez vencido el término otorgado para ello, se dio traslado<sup>1</sup> de las excepciones presentadas. Una vez vencido el anterior término se celebró audiencia inicial<sup>2</sup>, y atendiendo que solo estaba pendiente pruebas documentales, se prescindió de la audiencia de prueba y se dispuso que una vez se allegaran las pruebas documentales pendientes, se incorporarían al expediente corriendo traslado a la parte contraria por el término de 3 días la cual fue fijada en lista el 14 de agosto de 2018. Así mismo. Mediante auto de 2 de agosto de 2018, se ordenó dar traslado para alegar.

#### **- ALEGACIONES**

El apoderado del actor, manifiesta que el derecho a la pensión de vejez que actualmente disfruta el demandante, reconocida por Colpensiones, proviene de fondo y la pensión de vejez pretendida proviene en su totalidad de Estado, nación Distrito de barranquilla.

---

<sup>1</sup> Fl. 222 del expediente

<sup>2</sup> Acta de 29 de junio de 2018

Que el señor es beneficiario de los dos regímenes de transición el de artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el del artículo de 81 de la ley 812 de 2003. Cumple a cabalidad con los requisitos exigidos 1 de ley 33 de 1985 para acceder de pensión de vejez. Así mismo, la ley más beneficiosa del artículo 21 del CST y artículo 53 de favorabilidad, y solicita que sea un fallo ultra y extra petita.

La apoderada del DEIP Barranquilla, presentó alegatos reiterando que a quien corresponde el reconocimiento y pago de un eventual prestaciones es FOMAG, por lo tanto sin duda alguna se configura la excepción formulada,

Por su parte la apoderada de Nación, MEN; FOMAG, afirma que los factores salariales a tener en cuenta, para la jubilación son los determinados en el decreto 3752 de 2003, Por lo tanto las prestación sobre los cuales realiza aporte se reliquidan con base a los factores allí señalados y que la base es determinada por lo establecido por la ley como el tiempo de servicio y cotizaciones correspondientes a la pensión.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora judicial delegada para este despacho no rindió concepto alguno.

### **III.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente este despacho observa que la demandada DEIP BARRANQUILLA, propuso como excepción falta de legitimidad en la causa por pasiva, a lo cual este despacho guardó silencio, sin embargo las partes no advirtieron dicha irregularidad, encontrándose saneada para esta etapa procesal, no obstante, es menester para el despacho en razón al control de legalidad, indicar que conforme al artículo 56 de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales de los docentes oficiales son reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual, en todo caso, debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Recientemente el Consejo de Estado a través de Auto de 26 de abril de 2018, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez, radicado interno: 0743-2016, ha manifestado que:

*“(…) En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el a quo no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales.*

*Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadado por la entidad fiduciaria y es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane.*

*Así pues, el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017,<sup>3</sup> y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>4</sup>, consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.”*

Siendo ello así, la obligación de reconocimiento y pago de las prestaciones que aquí se reclaman, corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales. En caso de prosperar las pretensiones es FOMAG, el llamado a responder.

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

#### **IV.- CONSIDERACIONES**

##### **- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS**

Las excepciones propuestas por Colpensiones y Fomag, serán estudiadas al momento de decidir el fondo del asunto

#### **PROBLEMA JURIDICO**

Los problemas jurídicos se centran en determinar si:

¿Debe declararse la nulidad de las resoluciones 09101 de 25 de julio de 2016 y 15256 de 10 de noviembre de 2016 expedida por el DEIP Barranquilla, en las cuales se niega la solicitud de pensión de jubilación del señor CARLOS EMILIO NARVAEZ ORODOÑEZ, por ser violatoria de normas legales y constitucionales?

Es compatible el reconocimiento pensional de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio FOMAG, solicitada por el actor con la pensión de vejez ya reconocida por Colpensiones?

---

<sup>3</sup> Dentro del proceso con radicación 66-001-23-33-000-2014-00114-01, número interno: 2587-2015

<sup>4</sup> En las sentencias del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo (i) de la **Subsección “A”**: Consejero ponente Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO del 2 de julio de 2015, Expediente: 25000-23-25-000-2012-00262-01(0836-13) Actor: Abel Rodríguez Céspedes, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio. Consejero ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del 12 de julio de 2017 Expediente: 08001-23-33-000-2012-00400-01(1874-14) Actor: Víctor Manuel Solano Ospina Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. (ii) de la **Subsección “B”** con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE del 5 de diciembre de 2013 Expediente: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12) Actor: Hugo Guerrero Cáceres, Demandado: Ministerio de Educación Nacional. Otra del mismo Ponente del 10 de julio de 2014, Expediente: 05001233100020050421801 (2713-2013) Actor: Gustavo de Jesús García Rua. Adicionalmente y más recientes, dos con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del 8 de septiembre de 2016 Expediente: 15001-23-33-000-2013-00082-01(1530-14) Actor: Julio Bonilla Briceño Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del 15 de noviembre de 2017. Expediente: 41001-23-33-000-2015-00686-01(4155-16) Actor: Adriana Murcia Villaneda, Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Neiva - Departamento del Huila.

**- TESIS**

Para este Despacho, de conformidad con el pronunciamiento reiterado del Consejo de Estado, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe la demandante de Colpensiones y la que reclama ahora ante el Distrito de Barranquilla, Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio FOMAG, lo anterior, en razón que obedece a un origen o concepto distinto, pues es consecuencia de los servicios prestados al Estado Colombiano y la otra fue por haber prestado servicios laborales a una entidad del sector privado, esto quiere decir que los fondos con los que se pagan esos derechos prestacionales, son igualmente opuestos, con lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.

**MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

La Constitución Política de 1991, estableció en el artículo 128 lo siguiente:

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

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

La disposición constitucional contiene la prohibición de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

A su vez, la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se establecieron las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros, derogó tácitamente el artículo 1 del Decreto 1713 de 1960<sup>5</sup>, y en su lugar dispuso:

"(...) Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

---

<sup>5</sup> "(...) **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: (...)".

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 benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades (...)”<sup>6</sup>.

De dicha normatividad, se puede establecer que no es posible acceder a dos asignaciones del sector público salvo en los casos excepcionales allí enunciados.

### COMPATIBILIDAD PENSIONAL

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia en Sentencia de 3 de abril de 1995<sup>7</sup>, declaró la nulidad del artículo 49 del Decreto 758 de 1990 que estableció, a su turno, de manera expresa que **"Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el I.S.S."** eran incompatibles entre sí y con otras pensiones y asignaciones del sector público.

Bajo el siguiente entendido:

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

*(...)*

*Se trata de dos asignaciones completamente diferente por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; una obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se*

<sup>6</sup> Artículo declarado exequible por la Corte Constitucionalidad en Sentencia C-133 del 1º de abril de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sentencia de 3 de abril de 1995, Referencia: Expedientes Nos. 5708, 5833, 5937 (Acumulados), Actores: Luis Velásquez Uribe, Erich Guerra Caicedo y Luis Miguel Quiñones Franco, C. P. Dr. Álvaro Lecompte Luna

*opone a lo señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público.*

*(...)"*.

Se puede concluir entonces que es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS ahora Colpensiones, siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares.

En un asunto con contornos fácticos y jurídicos similares al presente, la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación<sup>8</sup> concluyó:

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

Así mismo, en sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado<sup>9</sup> de fecha 19 de febrero de 2015, se decidió en igual sentido y se adujo:

*"Al valorar el material probatorio que obra dentro del proceso se puede afirmar, que estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe la demandante del Instituto del Seguro Social y la que reclama ahora ante la Caja Nacional de Previsión Social (hoy, Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal de la Seguridad Social); lo anterior, habida cuenta que tienen un origen o concepto distinto, pues una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la otra fue por haber prestado servicios laborales a una entidad del sector privado, quiere decir entonces, que los fondos con los que se pagan esos derechos prestacionales, son igualmente opuestos, con lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.*

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

*Tampoco puede afirmarse que existe incompatibilidad por la prohibición constitucional de que nadie puede recibir más de una asignación del tesoro público, por cuanto, la pensión de vejez que reconoció el Instituto de Seguros Sociales no provino del erario público, toda vez que los fondos que administraba estaban*

<sup>8</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2006, C. P. doctor Jaime Moreno García, radicado interno No. 3691-05.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B **Consejera ponente:** SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Bogotá D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00147-01(0882-13)

*integrados por aportes privados que realizaron, en este caso, el Laboratorio Clínico El Bosque LACEB LTDA".*

## RECONOCIMIENTO PENSIONAL DE DOCENTE- REGIMEN DE TRANCISION

Inicialmente habrá que traer a colación lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, sobre prestaciones sociales, que en su artículo 17 señalaba que los *empleados y obreros nacionales de carácter gozarían de la pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo.*

Esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, para luego extenderse a aquellos del nivel territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968 que dispuso en su art. 27, que el *empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio;* y en el caso de los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985, es decir, los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Exceptuando de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

La Ley 33 de 1985, que entró en vigencia desde el 13 de febrero de 1985, que estableció que el *empleado oficial que haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*No quedando sujetos a esta regla general los empleados oficiales por ley se justifica su excepción, ni aquellos que disfruten de un régimen especial de pensiones.*

En cuanto a la transición señaló: *.- que empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

*.- con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*

Con posterioridad, a la Ley 33 de 1985, se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando que para efecto de dicha ley los siguientes términos tendrán el alcance indicado:

*Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

*Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.*

*PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

*(...)*

*El Artículo 15, indicó: A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.”*

Teniendo en cuenta los anteriores términos, la Ley 60 de 1993, dispuso en su artículo 6, que *el régimen prestacional 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 cualesquiera 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. ...”*

Seguidamente, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluye a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, por lo tanto, el Consejo de Estado, manifestó que si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez creado por la ley 100 de 1993, que reemplazó a la antigua pensión de jubilación no se aplicaba a los afiliados al FOMAG, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior, es decir el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

Por último, con la ley 812 de 2003 que aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en sus dos primeros incisos se reguló lo concerniente al régimen pensional de los docentes oficiales, indicando que *aquellos docentes que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley; y los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes*

*100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.*

Esta ley entró en vigencia a partir del 27 de junio del 2003, prorrogándose en algunas disposiciones, entre ellas la citada, mediante la Ley 1151 de 2007.

Según toda la normatividad precedente se puede colegir que para determinar el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se toma como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así:

- i) Si la vinculación fue anterior al 27 de junio de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular y,
- ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a después del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

#### **- CASO CONCRETO**

En el caso bajo estudio, el actor fue posesionado<sup>10</sup> en la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla el 24 de abril de 1996, cuyo nombramiento se hizo con decreto 00090 de 17 abril de 1996, y solicitó el reconocimiento de pensión de jubilación por aportes el 24 de mayo de 2016, radicado bajo el número 2016PQR18750, manifestando cumplir con los requisitos mínimos para acceder a esta prestación.

El Distrito de Barranquilla, da respuesta negativa mediante el acto aquí acusado, teniendo en consideración el hecho que el docente se encuentra pensionado por Colpensiones según resolución GNR 26973 del 28 de julio de 2014 y la pensión de vejez es incompatible con la pensión de jubilación que el docente reclama.

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

Al observar, las pruebas obrantes en el proceso, se tiene que el señor cumplió el tiempo de servicio requerido el día 17 de abril de 2016, a edad de 62 años según se puede inferir del registro civil de nacimiento que señala la fecha de nacimiento 20 de enero de 1954. Cumpliendo los con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación como docente vinculado al Distrito de Barranquilla.

Ahora bien con respecto a la negativa de reconocimiento de pensión de jubilación por incompatibilidad pensional, con la pensión de vejez, de conformidad con la jurisprudencia previamente citada, se puede establecer en el reporte de semanas cotizadas en pensiones obrantes en el expediente del folio 28 a 31, el origen de los aportes es particular, ya que los realiza la institución educativa comunidad de José – Compañía de Jesús de Barranquilla,

---

<sup>10</sup> Acta de posesión No. 1281, folio 26 del cuaderno 2 del expediente

desde 11 de febrero de 1995 hasta diciembre de 2015. Como consecuencia de ello, Colpensiones procede a reconocer y a pagar pensión de vejez, tomado los aportes de su servicio prestado a un particular.

Siendo así, es dable afirmar que estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe la demandante de Colpensiones y la que reclama ahora ante el Distrito de Barranquilla, lo anterior, en razón que obedece a un origen o concepto distinto, pues es consecuencia de los servicios prestados al Estado Colombiano y la otra fue por haber prestado servicios laborales a una entidad del sector privado, esto quiere decir que los fondos con los que se pagan esos derechos prestacionales, son igualmente opuestos, con lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.

Por consiguiente, el llamado a responder únicamente es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, adoleciendo de legitimación en causa por pasivo Colpensiones para este caso en concreto, lo cual se declarará.

#### **-Hechos Probados**

- El señor CARLOS EMILIO NARVAEZ nació el 20 de enero de 1954, como se evidencia en el registro civil de nacimiento que obra a folio 19.
- Certificado de salarios consecutivo 13280 folio 20-23
- Resolución GNR 269793 del 28 de julio de 2014, por medio del cual se le reconoció la pensión vitalicia de vejez al señor CARLOS EMILIO NARVAEZ ORDOÑEZ. FI. 25-27
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones expedida por Colpensiones. Folio 28 -31
- Resolución 09101 de 2016 que negó la solicitud de pensión de jubilación por aportes de docente.
- Resolución 15256 de 2016 expedida por el DEIP Barranquilla, que resuelve el recurso de reposición confirmando la decisión.

Expediente administrativo: folio 1-250 del cuaderno 2

En el cual consta:

Hoja de servicio folio 1 del cuaderno 2

Acta de posesión No. 1281 de 24 de abril de 1996 folio 26

#### **Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

- El despacho encontró probado que para el actor es compatible el reconocimiento pensional de jubilación, con la ya reconocida pensión de vejez, realizada por Colpensiones, toda vez que el mismo, fue hecho tomando los aportes realizados por el sector privado y el reconocimiento solicitado el DEIP Barranquilla, FOMAG, entidades demandadas, fueron realizados con aporte del sector publico.

Así las cosas se declararán la nulidad de los actos acusados y en consecuencia el Fondo de Prestaciones del Magisterio FOMAG, deberá reconocer la pensión de jubilación solicitada el 24 de mayo de 2016, radicado bajo el número 2016PQR18750, toda vez que

el presente caso la pensión de vejez ya reconocida es compatible con la que se pretende en esta demanda.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, se ajustarán en su valor de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

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

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

#### **- COSTAS**

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **V.- FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRESE** la falta de legitimidad en la causa por pasiva del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

**SEGUNDO: DECLÁRESE** la falta de legitimidad en la causa por pasiva de Colpesiones, por no ser la entidad correspondiente al cumplimiento de la condena.

**TERCERO: DECLÁRESE** no probada las excepciones de fondo propuesta por la entidad demandada.

**CUARTO: DECLÁRESE** la Nulidad del oficio No. 09101 de 25 de julio de 2016 y 15256 del 10 de noviembre de 2016, expedido por la Secretaria de Educación Distrital de Barranquilla, mediante el cual se negó la solicitud de pensión de jubilación del señor CARLOS EMILIO NARVAEZ ORDOÑEZ, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO FOMAG, al reconocimiento y pago de pensión de

jubilación solicitada por el actor el 24 de abril de 2016, toda vez que esta es compatible con la ya reconocida por Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO:** Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

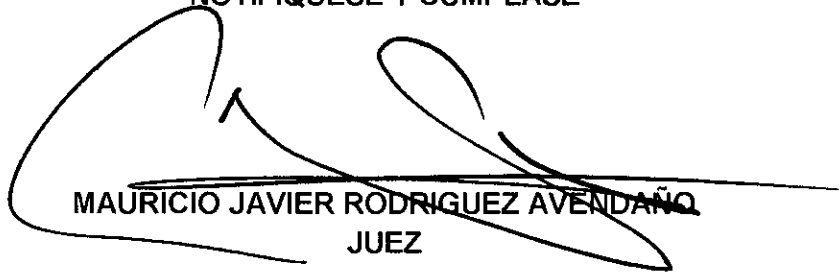
**QUINTO:** Desele, cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 192 a 195 del CPACA

**SEXTO:** Sin costas en esta instancia.

**SÉPTIMO:** NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo al señor Procurador Delegado ante este Despacho

**OCTAVO:** Ejecutoriada esta sentencia ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO  
JUEZ

KS

