

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

**Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez**

Bogotá D.C., 21 de junio de 2018

**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.

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-088-2018**

**ASUNTO**

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que denegó las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

El señor Gabriel José Apreza Mendivil en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al distrito de Santa Marta.

**Pretensiones<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Folios 6, 7, y 75.

1. Declarar la nulidad de la Resolución 0243 del 8 de abril de 2013, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó:

2. Ordenar a la entidad demandada a que reconozca y pague la pensión de invalidez hasta que se realice el pago total del retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 2 de noviembre de 2011.

3. Ordenar el pago de las mesadas pensionales retroactivas, las cuales deberán ser actualizadas e indexadas al momento de ejecutoria de la sentencia, con base en la variación del IPC y a la forma actuarial trazada en la jurisprudencia administrativa para efectos de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

4. Reparar los perjuicios conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, así como bajo los cánones de la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado y de la OIT.

### **Fundamentos fácticos<sup>2</sup>**

1. El señor Gabriel José Apreza Mendivil se desempeñaba como docente en la institución educativa Distrital de Paula Santander de Santa Marta, cuando el 17 de marzo de 2010, tuvo un accidente de trabajo y a raíz de ello, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 96%, por lo que mediante Resolución 1421 del 19 de octubre de 2011, fue retirado del servicio.

2. El día 14 de diciembre de 2012, solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio la pensión de invalidez de acuerdo a su calificación de pérdida de capacidad laboral.

3. La anterior petición fue negada a través de Resolución 0243 del 08 de abril de 2013, al considerar que el demandante disfrutaba de una pensión de

---

<sup>2</sup> Folios 3 y 4.

jubilación la cual fue reconocida por medio de Resolución 01478 del 26 de diciembre de 2002.

## **DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL**

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.<sup>3</sup>

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

### **Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)**

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo<sup>4</sup>.

En el presente caso a folio 150 y cd visible a folio 153, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda. El Distrito de Santa Marta, contestó la demanda, pero no propuso excepciones previas. Al no advertirse excepciones previas que decretar en esta instancia, se entiende por agotada esta etapa procesal. [...]»

---

<sup>3</sup> Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

<sup>4</sup> Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

### **Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)**

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.<sup>5</sup>

En el *sub lite* a folio 150 y cd que obra a folio 153, se fijó el litigio respecto del problema jurídico de la siguiente forma:

### **Problema jurídico fijado en el litigio**

«[...] Corresponde al Tribunal determinar si el señor GABRIEL APREZA MEDIVIL tiene derecho al reconocimiento de pensión de invalidez, y si esta es incompatible con la pensión de jubilación de la cual es beneficiario. [...]»

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

## **SENTENCIA APELADA<sup>6</sup>**

El *a quo* profirió sentencia escrita, en la cual denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Luego de realizar un recuento de la normativa aplicable, afirmó que de conformidad con los artículos 31 del Decreto 3135 de 1968 y 88 del Decreto 1848 de 1969, las pensiones de jubilación e invalidez son incompatibles entre sí y, el empleado podrá optar por la más beneficiosa en virtud de la prohibición señalada en el artículo 128 de la Constitución Política de percibir más de dos erogaciones del tesoro público, circunstancia que ha sido reiterada en varias oportunidades por parte del Consejo de Estado.

---

<sup>5</sup> Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

<sup>6</sup> Folios 162 a 170 vuelto.

Señaló que aunque se le otorgó al demandante la posibilidad de elegir entre el disfrute de una de las 2 prestaciones, este no manifestó la voluntad de acogerse a una u otra, por lo que le estaba vedado a la administración de forma unilateral elegir qué pensión continuaría percibiendo como beneficiario el señor Gabriel José, máxime si se tiene en cuenta que la decisión de acceder a la prestación de invalidez como la más favorable, implicaría la revocatoria de la de vejez, que en tratándose de un acto administrativo de carácter particular, solo puede ser revocado con consentimiento previo, expreso y escrito del titular.

Finalmente, indicó que lo anterior no impide que el demandante pueda volver a solicitar su pensión de invalidez por considerarla más favorable, pero debe manifestar expresamente y por escrito que prescinde de la pensión de jubilación que disfruta actualmente. Por último, se abstuvo de condenar en costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>**

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones, conforme los argumentos que a continuación se exponen:

Sostuvo que se trata de un docente que cumplió con todos los requisitos para adquirir la pensión gracia y vejez y, de acuerdo a la Ley 91 de 1989 tuvo la facultad de continuar su labor y cuando faltaban más de 4 años de retiro forzoso, sufrió un accidente de trabajo por culpa del empleador, y fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 96%, situación que lo llevó a que renunciara a seguir percibiendo el salario hasta la edad de retiro forzoso, pero además, esa contingencia de invalidez lo dejó por fuera del sistema académico de continuar como docente, luego, tiene un grado de afectación que debe ser cubierta, en virtud de sus derechos fundamentales y el bloque de constitucionalidad.

De igual forma, expuso que al momento de ocurrir el accidente, el señor Gabriel José ya gozaba de una pensión de vejez, sin embargo, la infortunada

---

<sup>7</sup> Folios 186 a 193.

invalidez debe estar cubierta por el sistema, porque se trata de una nueva contingencia que aumentó los gastos que tenía previsto el pensionado, entre otros, la contratación de personal calificado para su atención, con el agravante de que no va a recibir otra contraprestación por dicho concepto, por lo que el fallo de segunda instancia deberá seguir los estándares internacionales y la Constitución para tal fin.

Afirmó que los recursos de la pensión de vejez son distintos a los de invalidez, primero, porque la primera proviene de los aportes del empleador en conjunto con los aportes del empleado y además de ello, se debe dar cumplimiento a unos requisitos de edad y tiempo de servicio para poder optar por dicha prestación. A su turno, la invalidez proviene de una cuenta distinta de imposición legal tanto en las instituciones públicas como privadas, aporte que realiza directamente el empleado en el fondo que elija, pero además, hace parte del sistema nacional de riesgos, cuyos requisitos son cincuenta semanas de cotización en los últimos cinco años y pérdida de la capacidad laboral de más del 50%, pero con la desventaja en el *sub lite* de que la patología que padece el demandante es originada por un accidente de trabajo que debe estar cubierta por salirse de la esfera de lo común y tener origen profesional.

Por otro lado, señaló que el vacío jurídico que existe y la falta de normativa respecto de casos como el del demandante, pues a pesar de ser beneficiario de las pensiones de vejez y gracia, se produjo una situación a futuro que le causó un daño y no puede asumirlo, toda vez que fue una falta de previsión por parte de la institución educativa donde laboraba, lo que hoy lo tiene con la columna destrozada, y no puede el docente asumir la carga de la negligencia administrativa, además los regímenes son diferentes, motivo por el cual existe compatibilidad entre ambas pensiones, pues los recursos con los que se cancelan tienen fuentes de financiación diferentes, dado que se cotiza separadamente por cada riesgo. Citó los artículos 1 de la Ley 776 de 2002 y 5 del Decreto 2879 de 1985.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandada**<sup>8</sup>: Si bien presentó escrito contentivo de alegatos, no será tenido en cuenta, toda vez que la apoderada no demostró facultad para actuar, pues no obstante ser requerida<sup>9</sup>, omitió aportar la Resolución 01148 del 26 de enero de 2016, mediante la cual la ministra de educación delegó a la señora Margarita María Ruíz Ortegón la representación legal del Ministerio de Educación.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal<sup>10</sup>.

## CONSIDERACIONES

### Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>11</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso<sup>12</sup>, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

---

<sup>8</sup> Folios 224 a 229.

<sup>9</sup> Folio 218 vuelto.

<sup>10</sup> Ver constancia secretarial obrante a folio 230.

<sup>11</sup> El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

<sup>12</sup> «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

## **Problemas jurídicos**

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolverse en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿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?
2. ¿Es procedente aplicar el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 1 de diciembre de 2009<sup>13</sup> que refiere la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de jubilación y la de invalidez?

### **Primer problema jurídico**

¿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?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La pensión de jubilación y la de invalidez no son compatibles, toda vez que se trata del reconocimiento de dos pensiones de jubilación de carácter ordinario y, su finalidad es la misma, esto es, proporcionarle a la persona lo necesario para subsistir, como a continuación se argumenta.

### **Compatibilidad en el reconocimiento pensional de los docentes**

En relación con las pensiones de los docentes el ordinal 2.º literal a) del artículo 14 de la Ley 91 de 1989, indicó:

«[...]

---

<sup>13</sup> Radicación 33558, Magistrado Ponente Camilo Tarquino Gallego.

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.º 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. [...]»

Se colige por tanto, tal como lo ha reiterado esta Corporación<sup>14</sup> que es improcedente el reconocimiento de dos pensiones ordinarias de jubilación, así la normativa aplicable a los docentes permita a éstos percibir simultáneamente pensión de jubilación, pensión de gracia y el salario por los servicios docentes que pueden seguir prestando, toda vez que no existe norma alguna que así lo permita. En efecto, en dicha providencia, señaló:

«[...]

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

Es decir, que los docentes pueden adquirir el estatus pensional, obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y a la vez seguir ejerciendo la actividad, toda vez que en el caso especialísimo de estos, no existe incompatibilidad entre la pensión ordinaria de jubilación y el salario, así como tampoco entre la pensión gracia, el salario y la pensión de jubilación.

**En conclusión:** 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. Dicho en otros términos, mantiene la posibilidad de que los docentes a los cuales se les ha reconocido una pensión puedan disfrutar de dicha prestación y, continuar laborado hasta su retiro definitivo.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de mayo de 2001, número interno 2841 de 2000, Consejera ponente Ana Margarita Olaya Forero.

Así mismo, la compatibilidad de pensiones para los docentes es procedente para la pensión especial de gracia y una pensión ordinaria.

## **La pensión de invalidez y su incompatibilidad con otras pensiones de carácter ordinario.**

### **1. Régimen pensional aplicable a los docentes**

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>15</sup>, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la ley en cita. Criterio que fue ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, que señala:

«[...]

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003. [...]

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto el demandante se encontraba vinculado en el servicio docente con anterioridad a la entrada en

---

<sup>15</sup> «[...] **Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, 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.

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. [...]

vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, pues su vinculación se efectuó el 16 de agosto de 1974 (folios 28 y 29), se colige que en lo correspondiente al régimen pensional de esta se rige por la Ley 91 de 1989.

Sin perjuicio de lo anterior, toda vez que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado<sup>16</sup> que el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, las prerrogativas que regulan las pensiones de invalidez y jubilación en el presente asunto se encuentran señaladas por la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

**En conclusión:** En el presente caso toda vez que el demandante ingresó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen para el reconocimiento pensional se encuentra señalado en la Ley 33 de 1985 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

## **2. La pensión de invalidez de 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 Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, advierte la Subsección 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. [...]»

---

<sup>16</sup> 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).

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. [...]» (Subraya la Sala).

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, se presenta incompatibilidad 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.

Aplicados los razonamientos normativos y jurisprudenciales al presente caso, se observa lo siguiente:

- A través de Resolución 012229 del 11 de mayo de 1998, obrante de folios 33 a 35 la extinta Caja Nacional de Previsión Social reconoció al señor Gabriel José Apreza Mendivil, pensión de jubilación gracia a partir del 15 de agosto de 1997.
- De folios 31 a 32 del expediente al señor Apreza Mendivil mediante Resolución 012229 del 11 de mayo de 1998 expedida por la Secretaría de Educación del Magdalena en representación de la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se le reconoció pensión de jubilación a partir del 16 de agosto de 2002, con base en las Leyes 71 de 1988 y 91 de 1989.
- Obra a folios 16 a 18 del expediente el concepto médico laboral expedido por Fiduprevisora S.A. contratado por la Organización Clínica General del Norte en el que se señala que el demandante presenta «1. Discopatía C3-C4, C4-C5, C5-C, C6 y C7; 2. Discopatía L5-S1; 3. Hipertensión arterial; 4. Insuficiencia renal crónica: 5. Nefropatía hipertensiva e; 6. Hipotiroidismo», y señala como pérdida de la capacidad laboral el 96%.
- Mediante Resolución 01421 del 19 de octubre de 2012 visible a folio 22 y expedida por el secretario de Educación del Distrito de Santa Marta se retiró del servicio activo al demandante de conformidad con el concepto médico mencionado.
- Acorde con lo anterior, el 14 de diciembre de 2012<sup>17</sup>el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez.
- La prestación peticionada, fue negada por medio de Resolución 0243 del 8 de abril de 2013, conforme se observa de folios 23 a 25 por parte de la Secretaría de Educación del distrito de Santa Marta en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

---

<sup>17</sup> Conforme se observa en el acto administrativo demandado visible a folio 24.

- A través de Oficio D.T.C.H. del 15 de abril de 2013 obrante a folios 49 y 50, la Secretaría de Educación del distrito de Santa Marta, dio respuesta a la petición en cuanto al estado de la solicitud de pensión de invalidez y la indemnización por retiro.
- Así mismo, acorde con el Oficio FNPS-00037 del 30 de enero de 2013 obrante a folio 15 se le informa al aquí demandante que la prestación solicitada de invalidez se encuentra “en estado negada”, toda vez que percibe pensión de jubilación, por lo tanto, debe anexar escrito en el que manifieste la suspensión de la pensión de jubilación si es que opta por la de invalidez.

Ahora 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; sin embargo, a la administración no le era posible proceder a tal reconocimiento a través del acto acusado, toda vez que conforme a los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, esta es incompatible con la pensión de jubilación de la que goza el demandante.

Por tanto, como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia<sup>18</sup>, el señor Apreza Menvidil tiene la posibilidad ante la administración de optar por la que más le convenga económicamente, siendo una actuación administrativa ajustada al ordenamiento jurídico, pues tiene la facultad de escoger cuál de esas pensiones le es más favorable tal como se lo informó la entidad demandada. Lo anterior de conformidad a lo consagrado en los artículos 31 y 88 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969,

---

<sup>18</sup> 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; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 13 de noviembre de 2014, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3008-2013; iv) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 25 de marzo de 2010, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 3058-2004; v) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de septiembre de 2010, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 1067-2009.

respectivamente y por tanto no se vulneran principios constitucionales como el de favorabilidad o derechos adquiridos.

**En conclusión:** 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.

En el presente caso, toda vez que el demandante se le reconoció pensión de jubilación, no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez de forma concurrente. No obstante, conforme en la reiterada jurisprudencia de esta Corporación el demandante puede ante la administración optar por la que más le favorezca, circunstancia que, acorde con lo expuesto en precedencia, ha sido informado el demandante por parte de entidad demandada sin obtener respuesta alguna de optar por la pensión de invalidez y renunciar a la de jubilación.

En cuanto al argumento expuesto por la parte demandante en el recurso de alzada en cuanto a que se debe reconocer la prestación deprecada, toda vez que su origen es como consecuencia de un accidente laboral, la Subsección reitera que la pensión de invalidez tiene como objetivo cubrir la pérdida de la capacidad laboral pero ya en razón de la invalidez, sea de origen común o profesional, por lo que no es de recibo dicho argumento.

Ahora bien, dado que que el *a quo* no se pronunció respecto del argumento expuesto por la parte demandante en cuanto a dar aplicación a los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que las pensiones de jubilación e invalidez son compatibles, la Subsección realizará el estudio de dicho aspecto, seguidamente.

### **Segundo problema jurídico**

¿Es procedente aplicar el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 1.º de diciembre

de 2009<sup>19</sup> que refiere la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de jubilación y la de invalidez?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No es procedente aplicar el criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con base en los siguientes argumentos.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 1.º de diciembre de 2009 dentro del proceso radicado 33558 señaló la compatibilidad entre las pensiones de jubilación y la de invalidez. Para el efecto, señaló:

«[...]

Ciertamente, si una de las bases de la línea jurisprudencial de la Corte sobre el tema de la incompatibilidad entre una pensión de invalidez y otra de vejez, ha sido la afectación de la sostenibilidad del esquema de seguridad social, diseñado sobre principios como los de la unidad y la universalidad, en el caso presente tal argumento se desvanece, dado que, se reitera, la jubilación está a cargo del empleador, y la de invalidez, será cubierta por una entidad que sí forma parte del Sistema.

Desde otra óptica, pero dentro del mismo contexto, conviene decir que la pensión de jubilación contemplada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es una obligación pura y simple, que nace a cargo del empleador, una vez concurren las exigencias allí previstas, y no se encuentra sometida a condición extintiva o resolutoria diferente a la generada en el reconocimiento de la prestación por vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando, desde luego, confluyan los requisitos establecidos por los reglamentos respectivos; de no suceder así, cuando el ISS no lo subroga por alguna circunstancia, la pensión de jubilación a cargo del empleador se torna vitalicia, y se transmite a las personas llamadas a sustituir en el goce del derecho al jubilado. Ninguna otra hipótesis consagra la ley como susceptible de enervar los efectos de la concesión de la pensión jubilatoria, ni tampoco, como impedimento de ese reconocimiento una vez se han reunido los requisitos previstos.

[...]

Las pensiones de jubilación y de invalidez son compatibles, pues el sujeto pasivo de esas obligaciones es diferente, siendo que además, la segunda no está destinada a mutar la pensión de vejez, puesto que ampara un riesgo diferente. En consecuencia, la sentencia cuestionada no incurre en la trasgresión jurídica que le enrostra la censura, sin que sobre anotar que el

---

<sup>19</sup> Radicación 33558, Magistrado Ponente Camilo Tarquino Gallego.

interés que le asiste al ente bancario accionado para solicitar la compartibilidad se ve seriamente comprometido, dado que quien eventualmente estaría interesado en la integración de las dos pensiones es la entidad de seguridad social que reconoció y actualmente paga la prestación por invalidez, dado que al momento en que asuma el pago de la pensión de vejez, será quien deba sufragar las dos prestaciones. [...]».

De lo anterior se colige que la Corte Suprema de Justicia contempla la procedencia de percibir simultáneamente esas dos pensiones toda vez que:

1.- La pensión de jubilación es una obligación pura y simple que nace a cargo del empleador una vez cumpla con las exigencias legales sin que se presente impedimento legal para que se reconozca otra pensión si ésta reúne los requisitos.

2.- El sujeto pasivo es diferente y porque la pensión de invalidez no está destinada a mutar la pensión de vejez, puesto que ampara un riesgo diferente.

En el presente caso no es aplicable la posición de la Corte Suprema de justicia, toda vez que como lo ha señalado esta Corporación<sup>20</sup>, 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, por el contrario, tal como se indicó en acápites anteriores, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 expresamente la prohíben.

---

<sup>20</sup> 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.

**En conclusión:** El criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 1.º de diciembre de 2009 que refiere la posibilidad de percibir simultáneamente la pensión de jubilación y la de invalidez no es aplicable al caso concreto toda vez que los supuestos fácticos y jurídicos son distintos. Ello, porque tratándose de los docentes, las pensiones de jubilación y de invalidez provienen de una misma causa, tienen la misma finalidad, se encuentran a cargo de una misma entidad y existe prohibición legal para su compatibilidad.

### **Decisión de segunda instancia**

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación, pues el demandante no tiene derecho a percibir pensión de invalidez dado que ya percibe pensión de jubilación, tal y como lo consideró el *a quo*.

### **De la condena en costas**

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez<sup>21</sup> sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la

---

<sup>21</sup> Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>22</sup>, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, no se condenará en costas a la parte demandante, en la medida que si bien es cierto, resulta vencida en esta instancia, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación, la parte demandada no intervino en la misma.

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

---

<sup>22</sup> «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:[...]»

## **FALLA**

**Primero:** Confirmar la sentencia del 24 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor Gabriel José Apreza Mendivil contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Distrito de Santa Marta.

**Segundo:** No hay lugar a condena en costas en esta instancia.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

### **Notifíquese y cúmplase.**

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**