

SUSTITUCIÓN PENSIONAL / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / COMPATIBILIDAD PENSIONAL / PROHIBICION DE DOBLE ASIGNACIÓN DEL ERARIO

[E]sta Sección ha manifestado que «la Constitución Política establece la prohibición de recibir más de una asignación proveniente de varios empleos públicos y de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, situación que configura la incompatibilidad de salarios y pensiones, reconocida pacíficamente en el ordenamiento jurídico.» [...] [S]e concluye que no se pueden reconocer dos pensiones provenientes del tesoro público pues existe incompatibilidad por cuanto las dos provienen de la misma fuente, salvo las excepciones legales, a propósito de las cuales encontramos la consagrada en el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992: «c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;» [...] En concordancia con lo anterior, a una persona se le puede reconocer la sustitución pensional y en forma concomitante la pensión de sobrevivientes, aun cuando las dos provengan del tesoro público, puesto que (i) constituye una excepción al artículo 128 de la Constitución que se encuentra expresamente consagrada en el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, y (ii) dentro de las características del Sistema General de Pensiones no está prevista dicha incompatibilidad en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. [...] La UGPP le reconoció la sustitución pensional (...) aún cuando la beneficiaria percibe otra pensión de sobrevivientes con cargo a recursos público [...] La sustitución pensional reconocida por la UGPP (...) se ajustó al ordenamiento legal, toda vez que la señora (...) demostró ser beneficiaria del causante, en la medida que (i) acreditó su calidad de compañera permanente a través de la sentencia judicial que así lo determinó, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Girardot, el 3 de agosto de 2011 (...) y (ii) probó que convivió de forma permanente y continúa en unión marital de hecho con el señor (...) los cinco años anteriores a su muerte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

FUENTE FORMAL: CP – ARTÍCULO 128 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 19 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 13 LITERAL J

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00330-01(0335-18)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

Demandado: MARGARITA ROJAS HERRERA

Referencia: EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE ASIGNACIÓN. COMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN SUSTITUTIVA Y LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE.

ASUNTO

Conoce la Sala de Subsección del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la adhesión presentada por la entidad demandante contra la sentencia del 6 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, (en la modalidad de lesividad) demandó a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, en procura de obtener el reconocimiento y pago de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones¹

(i). La nulidad de la **Resolución No. RDP 025108 del 14 de agosto de 2014** a través de la cual le reconoció la sustitución pensional² a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, en calidad de compañera permanente del señor WADITH KURE NIÑO, desde el 15 de febrero de 2010, pero con efectos fiscales a partir del 6 de junio de 2011.

(ii). A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la demandada a lo siguiente:

- ✓ Restituir la suma correspondiente a los valores pagados debidamente actualizados o indexados, con ocasión del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, desde el momento en el que se causó hasta la fecha de

¹ Folio 93 del expediente.

² Si bien en el acto administrativo demandado la UGPP indica que se trata del reconocimiento de una pensión de sobreviviente, lo cierto es que su naturaleza es la de una sustitución pensional por cuanto el causante al momento de su muerte, en el año 2010, ya se le había reconocido el derecho pensional a través de la Resolución No. 00858 del 19 de julio de 2004 expedida por el INCORA (fols.69 a 70).

ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso, prorrogable hasta el momento del pago efectivo del reajuste y la retroactividad.

- ✓ Efectuar el pago en forma oportuna, o de lo contrario, liquidar los intereses comerciales y moratorios.

(iii). Condenar a la parte demandada en costas y agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos³

La UGPP fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

(i). Mediante Resolución No. 00858 del 19 de julio de 2004, el Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora en Liquidación, le reconoció la pensión de vejez al señor WADITH KURE NIÑO, en cuantía de \$798.586 m/cte., a partir del 9 de septiembre de 1997.

(ii). El señor WADITH KURE NIÑO falleció el 14 de febrero de 2010.

(iii). A través de sentencia del 3 de agosto de 2011 proferida dentro del radicado 25307318400120100168, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia, declaró la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre la señora MARGARITA ROJAS HERRERA y el señor WADITH KURE NIÑO, desde el 1 de febrero de 1989 hasta el 14 de febrero de 2010.

(iv). Mediante Resolución No. RDP 025108 del 14 de agosto de 2014, la UGPP le reconoció la sustitución pensional a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, en calidad de compañera permanente del señor WADITH KURE NIÑO, equivalente al 100% de la cuantía que devengaba el causante, a partir del 15 de febrero de 2010, con efectos fiscales a partir de 6 de junio de 2011.

(v). El 22 de agosto de 2013, el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció una pensión de sobrevivientes a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, con ocasión del fallecimiento del señor WADITH KURE NIÑO, quien en vida tuvo el número de afiliación 917075211.

(vi). La señora MARGARITA ROJAS HERRERA en la actualidad devenga simultáneamente dos prestaciones de sobrevivientes(sic) por el fallecimiento del

³ Folios 91 a 93 del expediente.

señor WADITH KURE NIÑO, una concedida por el ISS hoy COLPENSIONES y la otra por la UGPP.

1.3. Normas violadas y concepto de violación⁴

En la demanda se invocaron como disposiciones vulneradas las siguientes:

De orden constitucional: artículo 128.

De orden legal: artículo 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 1 de la Ley 33 de 1985, artículo 6 del Decreto 1158 de 1994 y artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Al desarrollar el **concepto de violación** la entidad demandante adujo que el acto administrativo demandado es ilegal por infracción de las normas en que debería fundarse y por falsa motivación toda vez que el ISS ya le había reconocido una pensión a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA por los mismos hechos y con cargo a recursos públicos, provenientes de las cotizaciones realizadas por el causante en la Universidad de Cundinamarca, circunstancia que contraviene la prohibición constitucional de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, interdicción que está desarrollada en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

1.4. Solicitud de medida cautelar

En escrito separado (fs. 103 a 109) la UGPP solicitó como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo reprochado con sustento en la vulneración del artículo 128 de la Constitución Política, sin embargo, el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante auto del 10 de octubre de 2016 (fs. 156 a 164), decidió negarla por considerar que el asunto requería un análisis de fondo.

Contra la providencia anterior, la parte demandante presentó recurso de reposición (fs. 165 a 168) el cual fue resuelto por el Tribunal precitado a través de auto del 23 de noviembre de 2016, en el sentido de confirmarla (fs. 170 a 172).

2.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

⁴ Folios 93 a 100 del expediente.

La señora **MARGARITA ROJAS HERRERA**⁵ a través de apoderado se opuso a las pretensiones del medio de control pues manifestó que la Resolución No. RDP 025108 del 14 de agosto de 2014, se expidió conforme a derecho.

De acuerdo con lo anterior resaltó que la pensión de sobreviviente **reconocida por el ISS** hoy COLPENSIONES es producto de las cotizaciones al sector privado que hizo el causante cuando trabajó en la Universidad Piloto de Colombia, la Cooperativa COMUNA y la Universidad de Cundinamarca, en consecuencia, no le es aplicable la prohibición del artículo 128 constitucional.

De igual forma advirtió que la norma citada, según el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se refiere es a los servidores públicos que devenguen doble asignación del erario, no a los pensionados.

En ese sentido, precisó que la persona pensionada en el sector público no tiene la calidad de servidor público razón por la cual no tiene una relación laboral con el Estado y por ese motivo no le son aplicables las previsiones que regulan la doble asignación.

Adicionalmente, aclaró que, si bien COLPENSIONES tiene carácter público, lo cierto es que solo es una administradora de los aportes realizados a seguridad social, de tal manera que no todas las prestaciones sociales que reconoce provienen del tesoro público, como en su caso, en el que las cotizaciones procedieron del sector privado.

Por otra parte, sobre la devolución o reintegro de las sumas giradas, afirmó que las recibió de buena fe, nunca ocultó o falsificó información, no hubo maniobras fraudulentas orientadas a engañar a la entidad y siempre actuó bajo la convicción que tenía derecho a dicha sustitución pensional.

3. AUDIENCIA INICIAL

El 8 de marzo 2017, el Tribunal Administrativo del Tolima celebró audiencia inicial⁶ en la que resolvió (i) declarar saneado el proceso (ii) advertir que no se formuló ninguna excepción previa que decidir y (iii) fijar el litigio en los siguientes términos:

«[...] establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad del acto

⁵ Folios 139 a 147 del expediente.

⁶ Folios 193 a 202 del expediente.

administrativo emitido por la UGPP mediante el cual le reconoció una pensión de sobrevivientes a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, cuando presuntamente la demandada percibía simultáneamente una pensión de sobrevivientes por parte de COLPENSIONES o si por el contrario el acto administrativo atacado está revestido de legalidad.»⁷

De igual forma decidió (iv) declarar fallida la conciliación, (v) incorporar como pruebas los documentos aportados por las partes y (vi) fijar fecha para audiencia de pruebas.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 6 de octubre de 2017, el Tribunal Administrativo del Tolima⁸ profirió sentencia de primera instancia mediante la cual **accedió a la nulidad de la Resolución No. RDP 025108 del 14 de agosto de 2014**, negó las demás pretensiones del medio de control y condenó en costas a la demandada.

Como sustento de la decisión, aseguró que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente la sentencia del 1 de marzo de 2012 proferida en el radicado 0375-11⁹, la pensión proveniente de aportes realizados por patronos estatales y la pensión procedente de aportes efectuados por empleadores privados, son compatibles, siempre y cuando en la pensión reconocida del sector privado no se hayan tenido en cuenta semanas de cotización de entidades estatales.

En ese sentido, indicó que, una vez verificado el material probatorio recaudado en el expediente, evidenció que COLPENSIONES le reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA por el fallecimiento del señor WADITH KURE NIÑO, mediante Resolución No. GNR 211114 del 22 de agosto de 2013, para lo cual consideró los tiempos de servicios que el causante prestó en las siguientes entidades:

- Corporación Universitaria Piloto de Colombia
(sector privado)
- Inversiones Wagor L.T (sector privado)
- Cooperativa de Trabajo Asociado La Comuna
(sector privado)
- Corporación Universitaria Minuto de Dios (sector

⁷ Folio 230 a 237 del expediente.

⁸ Folios 281 a 301 del expediente

⁹ C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

privado)

–

Universidad de Cundinamarca (sector público)

Por otra parte, advirtió que la UGPP le reconoció la sustitución pensional a la demandada, mediante **Resolución No. RDP 025108 del 14 de agosto de 2014**, en razón de la muerte de su compañero permanente, WADITH KURE NIÑO, por las cotizaciones que efectuó el causante durante su labor ante el Instituto Colombiano de Reforma Agraria – INCORA en Liquidación desde el 23 de junio de 1964 hasta el 5 de julio de 1985.

De acuerdo con lo anterior, aseguró que las dos pensiones reconocidas son incompatibles por cuanto COLPENSIONES tuvo en cuenta cotizaciones que efectuó el causante al sector público, de tal manera que, según la jurisprudencia referida, le es aplicable la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política y, en consecuencia, el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo.

Adicionalmente, resaltó que esta prohibición fue ratificada por el Consejo de Estado en fallo del 30 de marzo de 2017, en el radicado 4375-13, en el que expresó que los emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos, son incompatibles.

Por otra parte, en relación con la devolución de las sumas pagadas a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, expresó que no había lugar a ello porque el reconocimiento otorgado por la UGPP se fundamentó en una sentencia judicial que la reconoció como compañera permanente del causante, de tal manera que no observó mala fe en su actuación.

Finalmente, explicó que no condenaría en costas a la parte demandada quien resultó vencida en el proceso, de conformidad con el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP.

5.

EL RECURSO DE APELACIÓN

5.1. La señora **MARGARITA ROJAS HERRERA**¹⁰ interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que se revocaran los numerales primero y tercero pues aseguró que la pensión reconocida por la UGPP se

¹⁰ Folios 245 a 248 del expediente.

enmarca dentro del supuesto jurídico del literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que señala las asignaciones percibidas por concepto de sustitución pensional como una excepción al artículo 128 de la Constitución Política.

Además, reiteró que, aun cuando COLPENSIONES tiene carácter público, solo es la administradora de las cotizaciones que realizó el causante a la seguridad social en pensiones, de tal manera que, en su caso, al provenir los aportes del sector privado, la pensión que le reconoció es compatible con la concedida por la UGPP.

Asimismo, indicó que la sentencia citada por el Tribunal, proferida por el Consejo de Estado en el radicado 4375-13, no es aplicable a su caso porque se trató de un asunto donde se debatía la compatibilidad entre una pensión gracia y dos pensiones de jubilación, la primera otorgada por el Ministerio de Defensa y la segunda respecto de la cual se deprecaba su reconocimiento ante el Ministerio de Educación.

5.2. La **UGPP**¹¹ presentó adhesión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el cual sustentó en que se debió acceder a la pretensión de devolución de las sumas percibidas porque la demandada sí tenía conocimiento que percibía otra pensión que era incompatible con la prestación que le reconoció la Entidad.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

6.1. La **parte demandante**¹² guardó silencio.

6.2. La **parte demandada**¹³ ratificó las razones que fundamentaron el recurso de apelación, relacionadas con la compatibilidad entre las dos pensiones de sobrevivientes que le fueron reconocidas.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación se abstuvo de presentar concepto como consta en el informe secretarial en folio 288 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

¹¹ Folios 255 a 257 del expediente.

¹² Folio 288 del expediente.

¹³ Folios 280 a 283 del expediente.

1.

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto y según lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

En ese orden de ideas, se advierte que en el presente asunto la señora MARGARITA ROJAS HERRERA apeló la decisión de primera instancia y la UGPP se adhirió a ese recurso. En cuanto a los efectos de la adhesión sobre la competencia de la Sala de Subsección, esta Corporación ha precisado:

«En relación con el instituto de la apelación por adhesión, anteriormente regulado por el artículo 353 CPC, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

Dicho precepto autoriza a la parte que no apeló, en la oportunidad procesal contemplada en el artículo 352 de la citada codificación, adherirse a la alzada interpuesta por su contendor en los aspectos que le son desfavorables, acto que puede ejercitar hasta antes del vencimiento del término para alegar en segunda instancia.

Ese medio impugnativo fue instituido, entonces, a favor de la contraparte del apelante, la que podrá acudir al mismo sólo cuando la providencia de primera instancia le haya sido parcialmente favorable, esto es, contenga decisiones que le causan un agravio.

Confirma que el adversario de quien propuso la alzada es el legitimado para adherirse a ella, el hecho de que la competencia del fallador ad quem es amplia cuando existe apelación adhesiva, pues según lo dispone el artículo 357 del estatuto procesal civil “cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”.

Por supuesto que la adhesión de un litigante al recurso presentado por su contrario comporta que los dos están en desacuerdo con la providencia atacada, por ser desfavorable a sus pretensiones y, por ello, ambas solicitan al juzgador que la modifique o revoque en lo que a cada uno le interesa, lo cual le permite resolver sin límite alguno.

Tal mecanismo no es autónomo, en cuanto se subordina a la actuación de la contraparte en el pleito, puesto que si ésta no apela no puede haber adhesión. Incluso, está sujeto a los efectos del trámite de la alzada principal como expresamente lo señala la norma transcrita, lo cual implica que si se desiste de

la primigenia por cualquier razón o por otro motivo no puede ventilarse correrá igual suerte la adhesiva.

En la actualidad esta figura es regulada por el parágrafo del artículo 322 del Código General del Proceso (en adelante CGP), de acuerdo con el cual:

PARÁGRAFO. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo.

De este precepto se deriva que la apelación adhesiva (i) constituye un **mecanismo excepcional** para que **la parte que no apeló oportunamente el fallo se sume al recurso interpuesto por su contraparte** en lo que la providencia le fuere desfavorable; (ii) supone la presentación de **un escrito de adhesión** ante el juez que profirió el fallo o ante su superior; (iii) tiene una exigencia de oportunidad, pues el escrito en comento **deberá radicarse antes de que quede ejecutoriado el auto que admite la apelación** del fallo impugnado; y que además, por virtud de la remisión al numeral 3º del artículo 322 del CGP, (iv) implica **un deber de motivación** breve y precisa de las razones de inconformidad con la decisión impugnada, **so pena de que sea declarado desierto** por el ad quem.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que según lo previsto por el inciso 2º del artículo 328 CGP la adhesión de una parte al recurso interpuesto por su contraparte **tiene como efecto ampliar la competencia del fallador de segunda instancia, que en virtud de tal adhesión queda habilitado para decidir el asunto “sin limitaciones”**. En caso contrario aplican las restricciones a su competencia fijadas por el mismo artículo 328, que le impone pronunciarse “solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante” (art. 328 inc. 1º CGP) y le impide “hacer más desfavorable la situación del apelante único” (art. 328 inc. 4º CGP).»¹⁴

En ese orden de ideas, como quiera que en el presente asunto apeló la parte demandada y la parte demandante se adhirió a ese recurso, los cuales fueron admitidos por el despacho sustanciador mediante auto del 28 de febrero de 2018 (fol. 267), la Sala de Subsección conocerá del *sub examine* sin limitaciones.

2. Problema jurídico

De acuerdo con lo expuesto en el numeral anterior, le corresponde a la Sala determinar ¿si existe incompatibilidad entre la sustitución pensional reconocida a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA por Resolución No. RDP 025108 del

¹⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayalo. Bogotá, D.C., 7 de mayo de 2015. Radicación Número: 85001-23-33-000-2014-00216-01(Ac). Actor: Jeiner Noel Zorro Bohórquez y otros.

14 de agosto de 2014, expedida por la UGPP, y la pensión de sobreviviente reconocida por COLPENSIONES a través de Resolución Número GNR 211114 del 22 de agosto de 2013, al tenor del artículo 128 de la C.P.?

De ser resuelto positivamente el interrogante anterior, se responderá si ¿hay lugar a ordenar la devolución de los dineros percibidos por la demandada en razón de la sustitución pensional reconocida?

Para resolver el asunto, la Sala de subsección desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco normativo y jurisprudencial sobre la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público, y (ii) análisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial.

3.1. Sobre la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público y sus excepciones.

El artículo 128 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

«Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. [...]».

De conformidad con el anterior precepto normativo, nadie podrá devengar dos o más asignaciones provenientes del tesoro público que tengan como origen el ejercicio de empleos o cargos públicos de tal manera que son dos las prohibiciones: a) laborar simultáneamente en dos empleos públicos y b) percibir más de una asignación del erario.

En desarrollo de lo expuesto, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, consagró una serie de excepciones, así:

«Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. **Exceptúense las siguientes asignaciones:**

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa.
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados. [...]» **Destacado fuera del texto.**

La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de este artículo en sentencia C-133 del 1 de abril de 1993, se refirió al precepto constitucional arriba citado, de la siguiente forma:

«[...] El artículo 128 de la Constitución Nacional.

Este mandato constitucional consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar simultáneamente **dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado**, además de autorizar a la ley para fijar los casos en que no opera dicha prohibición.

[...]

Esta disposición apareció por primera vez en la Constitución Política de 1886 cuando el constituyente de esa época prescribió: "Nadie podrá recibir dos sueldos del tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes" (art. 64). Este precepto, como se lee en los antecedentes legislativos obedeció al deseo del constituyente de evitar posibles abusos por parte de los empleados públicos, al permitírseles la acumulación de cargos y por ende de sueldos.

Posteriormente se expidió el acto legislativo No. 1 de 1936 cuyo artículo 23 modificó el 64 de la Carta de 1886 en el sentido de cambiar el término "sueldo" por el de **"asignación" con el fin de incluir allí toda clase de remuneraciones, emolumentos, honorarios, etc., que pudieren percibirse del erario público**; amplió el campo de cobertura de la disposición al extender su aplicación a las empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, y precisó el significado y alcance de la expresión "tesoro público" en el sentido de comprender "el de la nación, los departamentos y los municipios", dejando incólume la parte de la norma que autorizaba a la ley para señalar excepciones a dicha regla general.

La citada norma, que rigió hasta la expedición de la nueva Carta Política, dispuso:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y los municipios".

Como se puede apreciar, **en la Constitución de 1991 se conserva el precepto antes vigente en su integridad, agregándole la prohibición que tiene toda persona de desempeñar más de un cargo público, y**

adecuando su texto a la nueva normatividad, al extenderse la definición de tesoro público, también al patrimonio correspondiente a las entidades descentralizadas.

[...]» **Destacado fuera del texto.**

Particularmente sobre el concepto de asignación, la Alta Corte en la providencia referida, advirtió que este «comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.»¹⁵

En orden a lo anterior esta Sección ha manifestado que «la Constitución Política establece la prohibición de recibir más de una asignación proveniente de varios empleos públicos y de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, situación que configura la incompatibilidad de salarios y pensiones, reconocida pacíficamente en el ordenamiento jurídico.»¹⁶

Sobre la incompatibilidad de dos pensiones que provengan del tesoro público, esta Corporación precisó que:

«[...] es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares.

No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el ISS incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del “tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado” y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público.»¹⁷ .

Bajo el contexto jurídico y jurisprudencial anterior, se concluye que no se pueden reconocer dos pensiones provenientes del tesoro público pues existe incompatibilidad por cuanto las dos provienen de la misma fuente, **salvo las excepciones legales**, a propósito de las cuales encontramos la consagrada en el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992: «c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;»

Sobre este supuesto jurídico en específico, la Corte Constitucional en sentencia

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 1993.

¹⁶ Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 3 de mayo de 2018. Expediente N°: 08001-23-33-000-2014-00016-01.

¹⁷ Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 1 de marzo de 2012. Expediente N°: 170012331000200900102-01.

T-427 de 2011¹⁸, precisó:

«[...] se vislumbra que **dentro del sistema de seguridad social no se encuentra prohibición alguna que establezca que una persona no pueda recibir más de una pensión sustitutiva.** Por tanto, bajo el aforismo del derecho público que establece que el particular puede hacer todo aquello que no le esté prohibido, mientras que el servidor público únicamente puede realizar lo que le esté específicamente permitido, se entiende que en este caso no hay motivo alguno para que la accionante no pueda recibir la pensión sustitutiva del señor Quintana Padilla. **Más aún, si se tiene en cuenta el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que establece como excepción a la prohibición respecto de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público la pensión sustitutiva.** Excepción que se debe aplicar en este caso, teniendo en cuenta que la primera pensión sustitutiva de la que es acreedora la accionante, proviene de la Alcaldía de Montería y la que se encuentra en discusión es de CAJANAL.»

En concordancia con lo anterior, a una persona se le puede reconocer la sustitución pensional y en forma concomitante la pensión de sobrevivientes, aun cuando las dos provengan del tesoro público, puesto que (i) constituye una excepción al artículo 128 de la Constitución que se encuentra expresamente consagrada en el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, y (ii) dentro de las características del Sistema General de Pensiones no está prevista dicha incompatibilidad en el literal j) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

4. Análisis del caso concreto.

Como motivo de censura, la parte demandada considera que deben ser revocados los numerales primero y tercero de la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto administrativo objeto de control y la condenó a pagar las costas del proceso, respectivamente, con fundamento en que la pensión reconocida por la UGPP se encuentra dentro de la excepción a la prohibición de doble asignación dispuesta en el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y que la pensión de COLPENSIONES tiene origen en aportes realizados por el causante provenientes del sector privado.

Adicionalmente, señaló que el Tribunal se refirió a una sentencia del Consejo de Estado proferida en el radicado 4375-13, que no es aplicable al *sub examine* por cuanto se trata de la incompatibilidad entre una pensión gracia y dos pensiones de jubilación.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 17 de mayo de 2011.M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

Por su parte, la UGPP en la adhesión presentada, manifestó encontrarse en desacuerdo con el numeral segundo del fallo que negó la pretensión de devolución de las sumas percibidas por la pensionada, toda vez que, en su criterio, está demostrado que la demandada las percibió a pesar de tener conocimiento que esta prestación era incompatible con la que ya le había sido reconocida.

El Tribunal Administrativo del Tolima accedió a la nulidad solicitada y negó la devolución de las sumas percibidas por la demandada con sustento en que se demostró que, tanto la pensión sustituida a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA por la UGPP, como la pensión de sobreviviente reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES, eran pagadas con recursos del sector público, razón por la cual se encontraba dentro de la prohibición del artículo 128 constitucional. En lo concerniente a la devolución de los dineros pagados, consideró que no se acreditó la mala fe de la demandada al recibirlos porque existía una sentencia judicial que la declaró beneficiaria del causante.

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya autenticidad no fue controvertida por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:

4.1. Hechos probados.

A). Pensión de vejez reconocida al señor WADITH KURE NIÑO por parte de la UGPP.

Mediante Resolución No. 00858 del 19 de julio de 2004, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA en Liquidación, con sustento en la Ley 33 de 1985, le reconoció la pensión de jubilación al señor WADITH KURE NIÑO en un monto de \$798.586.00 a partir del 9 de septiembre de 1997, momento en el que adquirió 55 años de edad, pues los 20 años de servicio los cumplió entre el 23 de junio de 1964 y el 5 de julio de 1997. (fols.65 a 66).

(i). Fallecimiento del señor WADITH KURE NIÑO. De acuerdo con el registro civil de defunción que consta en el expediente administrativo en folio 206 del expediente, el señor WADITH KURE NIÑO falleció el 14 de febrero de 2010.

(ii). Sentencia judicial que declaró a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA como compañera permanente del señor WADITH KURE NIÑO. El 3

de agosto de 2011, dentro del proceso identificado con el radicado 25307318400120100168, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Girardot (Cundinamarca), resolvió declarar la existencia de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial de hecho entre los señores WADITH KURE NIÑO y MARGARITA ROJAS HERRERA (CD. fol. 206)

(iii) Acto administrativo proferido por la UGPP que reconoció la sustitución pensional a favor de la señora MARGARITA ROJAS HERRERA. A través de la **Resolución Número RDP 025108 del 14 de agosto de 2014**, la UGPP, sustituyó la pensión percibida en vida por el señor WADITH KURE NIÑO a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, en su calidad de compañera permanente y de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, así (fs. 67 a 68 del expediente):

«ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer y ordenar el pago de una pensión de sobrevivientes(sic) con ocasión del fallecimiento de KURE NIÑO WADITH, a partir del 15 de febrero de 2010 día siguiente al fallecimiento en la misma cuantía devengada por el causante, conforme la siguiente distribución:

ROJAS HERRERA MARGARITA ya identificado(a), en calidad de Cónyuge o Compañera(o) con un porcentaje de 100.00%. La pensión reconocida es de carácter vitalicio.

Con efectos fiscales a partir del 6 de junio de 2011.

[...]»¹⁹

B). Pensión de sobreviviente reconocida a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA por parte de COLPENSIONES.

Luego de proferir la Resolución No. 11574 del 4 de abril de 2011, mediante la cual negó la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por la señora PARRA GODOY BEATRIZ por no acreditar los requisitos para acceder a ella, la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES mediante **Resolución Número GNR 211114 del 22 de agosto de 2013**, resolvió el recurso de reposición que interpuso la señora MARGARITA ROJAS HERRERA contra ese acto administrativo, en el sentido de acceder a su solicitud de reconocimiento

¹⁹ Folio 68 del expediente.

prestacional en su calidad de compañera permanente del señor WADITH KURE NIÑO, así (CD. fol. 206):

«ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocer y ordenar el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de KURE NIÑO WADITH, a partir del 14 de febrero de 2010, en los siguientes términos y cuantías:

2011	3.765.059.00
2012	3.905.496.00
2013	4.000.790.00

Valor mesada actual= \$4000790.00

ROJAS HERRERA MARGARITA ya identificado (a), en calidad de Cónyuge o Compañera (o) con un porcentaje de 50.00%. La pensión reconocida es de carácter vitalicio, en los siguientes términos y cuantías:

Valor Mesada Beneficiario (a): \$2000395.00

SON: DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE.»

Lo anterior con sustento en el **artículo 13 de la Ley 797 de 2003** y en que el causante acreditó un total de 1178 semanas en las entidades privadas y públicas que se detallan a continuación:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA	19820802	19821220	TIEMPO SERVICIO	139
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA	19830215	19830624	TIEMPO SERVICIO	130
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA	19830801	19831215	TIEMPO SERVICIO	135
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA	19840206	19840622	TIEMPO SERVICIO	137
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA	19840801	19841220	TIEMPO SERVICIO	140

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA	19850204	19850620	TIEMPO SERVICIO	137
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA	19850805	19851216	TIEMPO SERVICIO	132
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA	19870701	19950228	TIEMPO SERVICIO	2760
SIN NOMBRE NP 1308226074	19901011	19901130	TIEMPO SERVICIO	51
UNI CUNDINAMARCA	19951201	19981111	TIEMPO SERVICIO	1061
UNI CUNDINAMARCA	19991101	19991119	TIEMPO SERVICIO	19
UNI CUNDINAMARCA	20000201	20000326	TIEMPO SERVICIO	56
UNI CUNDINAMARCA	20000401	20000918	TIEMPO SERVICIO	168
UNI CUNDINAMARCA	20001001	20001117	TIEMPO SERVICIO	47
UNI CUNDINAMARCA	20001201	20001224	TIEMPO SERVICIO	24
UNI CUNDINAMARCA	20010101	20010324	TIEMPO SERVICIO	84
UNI CUNDINAMARCA	20010401	20010423	TIEMPO SERVICIO	23
UNI CUNDINAMARCA	20010501	20010724	TIEMPO SERVICIO	84
UNI CUNDINAMARCA	20010801	20010930	TIEMPO SERVICIO	60
UNI CUNDINAMARCA	20011101	20020630	TIEMPO SERVICIO	240
UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA	20020701	20020731	TIEMPO SERVICIO	30

UNI CUNDINAMARCA	20020801	20021031	TIEMPO SERVICIO	90
UNI CUNDINAMARCA	20021201	20030228	TIEMPO SERVICIO	90
1 UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA	20030301	20030331	TIEMPO SERVICIO	30
UNI CUNDINAMARCA	20030401	20030725	TIEMPO SERVICIO	115
UNI CUNDINAMARCA	20030801	20040227	TIEMPO SERVICIO	207
UNI CUNDINAMARCA	20040301	20040329	TIEMPO SERVICIO	29
UNI CUNDINAMARCA	20040401	20040429	TIEMPO SERVICIO	29
UNI CUNDINAMARCA	20040501	20040827	TIEMPO SERVICIO	117
CORPORACION UNIVERSITARIA MINU	20040901	20041219	TIEMPO SERVICIO	109
UNI CUNDINAMARCA	20040901	20051231	TIEMPO SERVICIO	480
CORPORACION UNIVERSITARIA MINU	20050401	20050630	TIEMPO SERVICIO	90
UNI CUNDINAMARCA	20060201	20100214	TIEMPO SERVICIO	1454
COOP. TRAB. ASOC. LA COMUNA	20090801	20090828	TIEMPO SERVICIO	28
COOP. TRAB. ASOC. LA COMUNA	20090901	20091130	TIEMPO SERVICIO	90
COOP. TRAB. ASOC. LA COMUNA	20100101	20100113	TIEMPO SERVICIO	13
COOP. TRAB. ASOC. LA COMUNA	20100201	20100214	TIEMPO SERVICIO	14

4.2. Análisis sustancial.

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto y del análisis del acervo probatorio, la Sala de Subsección evidencia que:

(i). Al señor WADITH KURE NIÑO le fue reconocida una pensión de vejez mediante Resolución No. 00858 del 19 de julio de 2004, expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA en Liquidación y falleció el día 14 de febrero de 2010 (fs. 65 a 66).

(ii). COLPENSIONES, a través de Resolución Número GNR 211114 del 22 de agosto de 2013, le reconoció a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, la pensión de sobreviviente en su calidad de compañera permanente del señor WADITH KURE NIÑO (CD. fol. 206).

(iii). Posteriormente, la UGPP por medio de Resolución Número RDP 025108 del 14 de agosto de 2014 (fs. 67 a 68), le reconoció la sustitución pensional a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, como única beneficiaria del señor WADITH KURE NIÑO, quien en vida gozó de la pensión de jubilación que le fue concedida por el INCORA mediante Resolución No. 00858 del 19 de julio de 2004 (fs. 65 a 66).

(iv). Tanto la sustitución pensional como la pensión de sobrevivientes son pagadas con recursos públicos, esta última por las cotizaciones que realizó el causante cuando laboró en la Universidad de Cundinamarca cuya naturaleza es la de una Institución Estatal de Educación Superior del orden territorial, creada a través de la Ordenanza Número 045 del 19 de diciembre de 1969 expedido por la Asamblea de Cundinamarca.

(v). De acuerdo con el literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, las asignaciones percibidas por concepto de sustitución pensional están exceptuadas expresamente de la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Política.

(vi) La UGPP le reconoció la sustitución pensional a la señora MARGARITA ROJAS HERRERA, en consecuencia, aun cuando la beneficiaria percibe otra pensión de sobrevivientes con cargo a recursos públicos, no hay lugar a declarar la nulidad la **Resolución Número RDP 025108 del 14 de agosto de 2014** por cuanto la naturaleza del reconocimiento allí dispuesto se constituye en una de las excepciones contempladas por la ley, específicamente la del literal c) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

(vii) La sustitución pensional reconocida por la UGPP mediante Resolución Número RDP 025108 del 14 de agosto de 2014, se ajustó al ordenamiento legal, toda vez que la señora MARGARITA ROJAS HERRERA demostró ser beneficiaria del causante, en la medida que (i) acreditó su calidad de compañera permanente a través de la sentencia judicial que así lo determinó, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Girardot, el 3 de agosto de 2011 (CD. fol. 106), y (ii) probó que convivió de forma permanente y continúa en unión marital de hecho con el señor WADITH KURE NIÑO los cinco años anteriores a su muerte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (fol. 67 a 68).

En ese orden, si lo que se trata es de cuestionar el reconocimiento de la pensión de vejez del señor WADITH KURE NIÑO, la UGPP ha debido dirigir la demanda contra el acto administrativo que así lo ordenó, pero no contra el acto de sustitución pensional, toda vez que como quedó expuesto, dicha Resolución no tiene ningún vicio de ilegalidad dado que la ley le otorga a los beneficiarios el derecho a continuar percibiendo la pensión de vejez que en vida disfrutaba el causante y en el caso *sub examine* se acreditaron los requisitos para acceder a la prestación.

Bajo dicho hilo argumentativo, la Sala de Subsección revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar negará las pretensiones de la demanda, lo cual incluye la condena en costas impuesta por el *a quo*, en el entendido que la sustitución pensional reconocida por la UGPP no vulnera la prohibición de doble asignación porque está expresamente exceptuada por la ley y por lo tanto la parte demandada no fue vencida en el proceso.

Por último, en relación con la pensión de sobreviviente reconocida por COLPENSIONES a la demandada con ocasión del fallecimiento de causante WADITH KURE NIÑO por los tiempos de servicios laborados en entidades públicas, como la Universidad de Cundinamarca, dirá la Sala que concierne a una decisión ajena al proceso por cuanto no fue objeto de demanda, razón que impide emitir un pronunciamiento sobre la legalidad de dicho acto, lo que no obsta para que, en caso de que la entidad demandante así lo considere, acuda a un nuevo medio de control de legalidad en donde puedan debatir los argumentos de ilegalidad que estime necesarios contra el aludido acto administrativo de reconocimiento pensional.

En ese orden, se revocará la sentencia apelada en cuanto accedió parcialmente a las pretensiones, para en su lugar, negar todas las súplicas de la demanda, toda vez que: (i) no hay lugar a la devolución de las sumas recibidas, y (ii) porque al tenor del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en asuntos en donde se ventile un interés general, como se trata del presente caso, en donde la entidad pública demandante pretende la protección del erario, no procede condena en costas.

5. Condena en costas

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En ese sentido, la Sala considera que en este caso no hay lugar a condena en

costas en virtud del artículo 188 del CPACA puesto que se trata de una demanda en las que se persigue el interés general.

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 y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 6 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en su lugar,

SEGUNDO. NEGAR todas las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, por los motivos señalados en la parte considerativa de este fallo.

TERCERO. Sin condena en costas.

CUARTO. En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen y efectúese las anotaciones en el programa SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080> , en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



