



## Sentencia 2014-00318 de 2020 Consejo de Estado

RÉGIMEN PENSIONAL ESPECIAL PARA LOS FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL – Beneficiarios

Los únicos servidores del otrora Instituto de Seguros Sociales que conservaron el régimen prestacional y salarial como funcionarios de la seguridad social eran los que adquirieron la condición de empleados públicos según el Decreto 416 de 1997, mientras que, de acuerdo con el Decreto 604 de 1997, antes trascrito, quienes ingresen a la entidad gozarán del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1651 DE 1977 / DECRETO 1653 DE 1977 – ARTÍCULO 19 / DECRETO 416 DE 1997 / DECRETO 604 DE 1997

COMPARTIBILIDAD PENSIONAL – Concepto

La compatibilidad pensional implica que el empleador le reconozca a su empleado una pensión de jubilación (convencional, legal o extralegal, según sus condiciones particulares), pero pacta que esta prestación será compartida con la que otorgue el ISS por vejez, caso en el cual aquél continúa con los aportes de seguridad social en pensiones ante este último hasta cuando el trabajador cumpla los requisitos de ley, momento en el que el Instituto otorga la pensión a su cargo, empero no en forma integral, porque ya estaba pactada la compatibilidad, razón por la que entre uno y otro pago se garantiza el derecho prestacional al pensionado.

FUENTE FORMAL: LEY 171 DE 1961 / DECRETO 758 DE 1990

PENSION DE JUBILACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS EN EL SECTOR PÚBLICO Y PENSIÓN DE VEJEZ – Compatibilidad / PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y PENSIÓN COMPARTIDA – Incompatibilidad / PROHIBICIÓN DE RECIBIR DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / PENSIÓN COMPARTIDA – Es más favorable

Es dable devengar simultáneamente una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y una pensión de vejez pagada por el ISS, siempre y cuando la segunda de ellas se obtenga por servicios laborados en el sector privado. Pero no ocurre lo mismo cuando la pensión que se reconoce proviene de otra entidad de índole pública, debido a que los dineros allí involucrados proceden del tesoro público, lo que comporta una incompatibilidad pensional, situación frente a la cual la normativa da la posibilidad al interesado de escoger la pensión que le resulte más favorable. (...). Para la Sala no hay duda de que, tal como lo determinó el *a quo* y la actora, ambas pensiones son pagadas con dineros del tesoro público, por lo que en virtud de lo preceptuado en los artículos 128 de la Constitución Política, 31 del Decreto 3135 de 1968 y 88 del Decreto 1848 de 1969, son incompatibles; además, se destaca que tanto la Resolución 1244 de 2 de noviembre de 1999 (que reconoció pensión compartida de vejez) como la 7125 de 1º de septiembre de 2004 (que otorgó la ordinaria de jubilación) fueron claras en establecer que resultaban incompatibles con otra asignación que proviniera del erario. No obstante, también resulta relevante advertir que en el presente caso es dable anular el acto acusado, sin que por ello se desconozca el derecho del beneficiario a optar por la más beneficiosa económicamente. Al respecto, se tiene que la pensión compartida (no demandada en este proceso) fue concedida en el valor de \$4.635.838, a partir del 1º de noviembre de 1999, mientras que la reconocida por Cajanal (cuya anulación se pretende) lo fue en cuantía de \$615.083,25, a partir del 9 de marzo de 1999, esto es, en un monto evidentemente menor a la otorgada por el ISS.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 128 / DECRETO 3135 DE 1968 – ARTÍCULO 31 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTÍCULO 77 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTÍCULO 88 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 19 / DECRETO 2013 DE 2012 – ARTÍCULO 27

RESTITUCIÓN DE SUMAS DE DINERO PAGADAS SIN JUSTO TÍTULO – Improcedencia / FALTA DE PRUEBA DE LA MALA FAZAÑA DEL PARTICULAR

En lo que se refiere al reintegro de los valores recibidos por el demandado, la Sala concluye que le asiste razón al *a quo* al negar tal pretensión, pues en el proceso no se encuentra acreditada la mala fe con que pudo actuar este para obtener el reconocimiento pensional otorgado, toda vez que no existe prueba que demuestre fraude, maniobras o actos ilegales tendientes a obtenerlo, es decir, la UGPP no acreditó una aptitud immoral o ilegal del pensionado. Lo anterior, dado que no basta que la entidad exponga la falta de legalidad del reconocimiento pensional, sino que resulta necesario que aporte todo el material probatorio tendiente a demostrar que la conducta del accionado se apartó del postulado de buena fe, en atención a que este mandato constitucional está estrechamente ligado a los derechos al buen nombre y la dignidad humana, lo cual se echa de menos dentro del expediente, *contrario sensu*, se colige que el demandado, al presentar la petición con el fin de obtener el reconocimiento de su pensión, actuó con la convicción de que le asistía el derecho a ello.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 83 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 164

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00318-01(0113-18)

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

Demandado: JOSÉ FRANCISCO LEÓN ESMERAL

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)

Expediente: 08001-23-33-000-2014-00318-01 (113-2018)

Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

Demandado: José Francisco León Esmeral

Tema: Compatibilidad e incompatibilidad de pensión de jubilación

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante (ff. 563 a 568) y demandada (ff. 550 a 562) contra la

sentencia de 4 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico (sala oral A), mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 518 a 542).

## I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 1 a 7). La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el señor José Francisco León Esmeral, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de la Resolución 7125 de 1º de septiembre de 2004, mediante la cual la entonces Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) concedió una pensión de jubilación al demandado.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene al accionado la devolución de lo pagado por concepto de la mencionada pensión.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la entidad actora que el señor José Francisco León Esmeral laboró para el extinguido Instituto de Seguros Sociales (ISS) entre el 24 de septiembre de 1975 y el 30 de octubre de 1999, por lo cual esa entidad, en calidad de empleador, le reconoció una pensión de jubilación a través de Resolución 1244 de 2 de noviembre de 1999.

Dice que, de manera simultánea, el accionado trabajó en el Hospital General de Barranquilla por más de 20 años y cotizó a Cajanal desde el 3 de mayo de 1979 hasta el 30 de julio de 1994, por lo que la citada Caja le otorgó una pensión de jubilación, por medio de Resolución 7125 de 1º de septiembre de 2004, prestación de menor valor a la concedida por el ISS.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo censurado los artículos 1, 2, 6, 121, 128 y 209 de la Constitución Política; 4 del Decreto 1848 de 1969, 32 y 77 del Decreto ley 1042 de 1978; 35 (numeral 14) de la Ley 734 de 2002, y la Ley 151 de 1959.

Afirma que «[...] la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público está directamente relacionada con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente de origen o financiación el ejercicio de empleos o cargos públicos, bien sea como empleos públicos simultáneos, o a consecuencia de reconocimientos pensionales a cargo del Estado o cuyo pago provenga del tesoro público».

Arguye que el demandado no se encuentra dentro de las excepciones previstas por el ordenamiento jurídico para recibir doble asignación del erario y, por tal motivo, la pensión de jubilación reconocida por la entonces Cajanal es incompatible con la concedida por el ISS.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 239 a 264). El accionado, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y efectuó una narración detallada de los hechos referentes a sus afiliaciones al sistema y los reconocimientos pensionales.

Aduce que tiene derecho a la pensión de jubilación en controversia, dado que prestó sus servicios en el ISS como funcionario de la seguridad social y al Hospital General de Barranquilla, en calidad de personal médico, en tiempos que si bien fueron simultáneos, nunca estuvieron superpuestos, y en actividades autorizadas por la ley, de manera que si estaba autorizado a desempeñar dichos empleos, tiene derecho a las prestaciones que de ese ejercicio se derivan.

Que las pensiones reconocidas no son incompatibles, pues no forman parte del erario, toda vez que el ISS funge como simple administrador de los aportes que realizan asalariados y empleadores, y no puede sostenerse que los recursos de ese fondo de pensiones provengan del tesoro público. Asimismo, señaló que el Hospital General de Barranquilla siempre ha tenido la naturaleza de persona jurídica de derecho privado, para lo cual trascribió una parte de la providencia proferida el 28 de julio de 1988 por la Corte Suprema de Justicia (sala de casación laboral), con

ponencia del magistrado Jacobo Pérez Escobar<sup>1</sup>.

Por último, asevera que esta Corporación ha aceptado la compatibilidad de pensiones de jubilación y vejez, siempre que una de ellas no se alimente económicamente del tesoro público y expresó que ha actuado de buena fe y no existe reproche de fraude que pueda ser formulado en su contra.

1.6 La providencia apelada (ff. 518 a 542). El Tribunal Administrativo del Atlántico (sala oral A), a través de sentencia de 4 de mayo de 2017, declaró la nulidad del acto demandado y negó las demás pretensiones de la demanda (sin condena en costas). Lo anterior, al considerar que «[...] la ley permite desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público, pero solo para el caso específico del personal asistencial que presta servicios de salud. Sin embargo, en este caso particular, no por esa razón el demandado tiene derecho al pago simultáneo de dos pensiones, pues laboró de manera simultánea y no sucesiva para las dos entidades públicas durante 18 años, 9 meses y 18 días».

Que «[...] no es la naturaleza del fondo de pensiones la que determina el origen de los recursos, sino la vinculación legal o relación contractual que mantuvo el trabajador con las instituciones donde trabajó», motivo por el cual «[...] al estar debidamente acreditado que el señor León Esmeral laboró en el Instituto de Seguro Social Seccional Atlántico y en el Hospital General de Barranquilla (entidades descentralizadas de la rama ejecutiva del poder público) es fácil colegir que las asignaciones que actualmente devenga provienen del tesoro público».

Por último, agrega que en el presente caso no fue desvirtuada la presunción de buena fe frente a las actuaciones del accionado.

#### 1.7 Los recursos de apelación.

1.7.1 Parte demandada (ff. 550 a 562). Inconforme con la decisión de primera instancia, formuló alzada en la que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda e insistió en que tiene derecho a la pensión que le fue concedida por Cajanal, pues de acuerdo con el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, tratándose de actividades de asistencia médica y en consideración a su calidad de funcionario de la seguridad social, estaba facultado para ejercer dos empleos públicos.

Asegura que efectuó cotizaciones obligatorias «[...] como integrante del Sistema Nacional de Salud, Hospital General de Barranquilla, y cotizante obligado a CAJANAL» y al ISS, «[...] bajo la indicación legislativa de que con fundamento en tales cotizaciones le serían concedidos sus respectivos [d]erechos [p]ensionales, [...] lícitas perspectivas que hoy y por medio del presente proceso, se pretende desconocer».

Afirma que las pensiones que recibe son compatibles, pues la pensión de jubilación convencional reconocida por el ISS se paga con los recursos del fondo de pensiones del régimen solidario de prima media con prestación definida, que, a su vez, se alimenta de las cotizaciones «obrero - patronales», que jurídicamente no es propiedad de la Nación. Itera que el Hospital General de Barranquilla es una entidad de derecho privado y, por ende, la pensión originada en los servicios allí prestados no proviene del desempeño de un empleo público.

Solicita que, si los argumentos de la alzada no son acogidos, se disponga la fusión o unificación de las prestaciones pensionales.

1.7.2 UGPP (ff. 563 a 568). Interpuso recurso de apelación (parcial), al estimar que el demandado no obró de buena fe y debe reembolsar todos los valores pagados por concepto de la pensión reconocida, pues solicitó una prestación incompatible con la que ya devengaba.

#### II. TRÁMITE PROCESAL.

Los recursos de apelación interpuestos fueron concedidos mediante proveído de 21 de septiembre de 2017 (f. 570) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 13 de noviembre de 2019 (f. 580), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitidas las alzadas, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 3 de julio de 2020 (f. 587), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, de conformidad con lo establecido en el artículo 247 del CPACA, oportunidad aprovechada por las partes<sup>2</sup>.

2.1.1 Parte accionante. La UGPP, por intermedio de apoderado, reiteró lo expresado en su escrito de alzada.

2.1.2 Parte demandada. El accionado reprodujo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de apelación, insistió en la compatibilidad de las prestaciones otorgadas y expresó que la reconocida por el ISS es una pensión convencional de jubilación compatible con la legal concedida por Cajanal.

### III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala<sup>3</sup> (i) determinar si la pensión de jubilación reconocida al demandado por la entonces Cajanal debe anularse, pues devenga simultáneamente una pensión convencional de jubilación concedida por el ISS, debido a que ambas provienen del tesoro público y, en tal sentido, se contraviene lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política; y (ii) de ser cierta esa hipótesis, establecer si debe condenársele a reintegrar las sumas recibidas por concepto de la pensión otorgada.

3.3 Marco normativo. En punto a la resolución del problema jurídico de fondo planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial para efectos de establecer la solución jurídicamente correcta para el asunto *sub examine*.

3.3.1 Régimen pensional aplicable a los funcionarios de la seguridad social en el extinguido Instituto de Seguros Sociales. De acuerdo con lo previsto en el Decreto 1651 de 1977<sup>4</sup>, el personal del entonces Instituto de Seguros Sociales se clasificó en servidores de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y funcionarios de la seguridad social. Estos últimos ejercían las atribuciones relacionadas directamente con la prestación de los servicios propios de la atención integral de la salud, es decir, eran los profesionales de medicina y odontología, y a esta denominación también pertenecían quienes coadyuvaban y colaboraban con tales servicios, en tanto que su vinculación a la Administración era de carácter legal y reglamentario de naturaleza especial, que además les permitía celebrar convenciones laborales respecto de las asignaciones básicas de sus empleos.

No obstante, la categoría de funcionarios de la seguridad social fue declarada inexistente por la Corte Constitucional, en sentencia C-579 de 1996<sup>5</sup>, con la aclaración de que esa decisión surtiría efectos hacia el futuro.

Para quienes mantenían la referida categorización, el Decreto 1653 de 1977<sup>6</sup> (artículo 19), sobre la pensión de jubilación, preceptuó:

El funcionario de seguridad social que haya prestado servicios durante veinte años continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es varón o de cincuenta si es mujer, tendrá derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual de jubilación. Esta pensión equivaldrá al cien por ciento del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de los siguientes factores de remuneración:

a) Asignación básica mensual.

b) Gastos de representación.

c) Primas técnica, de gestión y de localización.

d) Primas de servicios y de vacaciones.

e) Auxilios de alimentación y de transporte.

d) Valor del trabajo en dominicales y feriados, y

g) Valor del trabajo suplementario o en horas extras.

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de retiro por vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

Luego, el Gobierno nacional expidió el Decreto 416 de 1997<sup>7</sup> que, en su artículo 1A, dispuso que los servidores de la mencionada entidad se clasificarían en empleados públicos y trabajadores oficiales. Los primeros eran específicamente: presidente, secretario general y seccional, vicepresidente, gerente, director, asesor, jefe de departamento y de unidad, subgerente y los profesionales y secretarías ejecutivas de los despachos de los 6 primeros, mientras que las demás personas serían trabajadores oficiales<sup>8</sup>.

El Decreto 604 de 1997<sup>9</sup> creó un régimen de transición para los funcionarios de la seguridad social que aún permanecían en la entidad, así:

Artículo 1º. Las asignaciones básicas mensuales para 1997 de los servidores del Instituto de Seguros Sociales que adquirieron la calidad de empleados públicos, de acuerdo con el Decreto 416 de 1997, serán las señaladas por las disposiciones que para el efecto regulaban el régimen salarial en su anterior clasificación de Funcionario de Seguridad Social.

Parágrafo. A partir del 1º de enero de 1998, las asignaciones básicas mensuales de estos servidores serán las establecidas para los empleados públicos por el Gobierno Nacional, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4º de 1992.

Artículo 2º. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales de que trata el artículo anterior, conservarán el régimen prestacional y factores salariales que venían disfrutando como Funcionarios de Seguridad Social.

Artículo 3º. El régimen salarial y prestacional para los demás empleados públicos y los que se vinculen con tal calidad a partir de la vigencia del presente decreto, será el establecido por las normas generales aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Las anteriores disposiciones fueron objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación<sup>10</sup> en el sentido de aclarar que los únicos servidores del otrora Instituto de Seguros Sociales que conservaron el régimen prestacional y salarial como funcionarios de la seguridad social eran los que adquirieron la condición de empleados públicos según el Decreto 416 de 1997, mientras que, de acuerdo con el Decreto 604 de 1997, antes trascrito, quienes ingresen a la entidad gozarán del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional.

3.3.2 Compartibilidad pensional. Se trata de la figura mediante la cual se permite a los empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento de pensiones, compartir su pago con el extinguido Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando coticen durante el tiempo exigido para que el trabajador cumpla los requisitos para acceder a la pensión legal, en cuyo momento la referida entidad asumirá su pago y el empleador quedará

a cargo de las diferencias, en caso de que ellas existieran<sup>11</sup>.

Esta Corporación explicó dicha figura así<sup>12</sup>:

Cuando una entidad oficial había afiliado a sus funcionarios públicos al Instituto de los Seguros Sociales, se tenía esta situación: los servidores tenían derecho a la pensión de jubilación pues laboraban bajo una relación legal y reglamentaria y el hecho de la afiliación al ISS no cambiaba su régimen laboral, pero este Instituto, reconocía la pensión de vejez, de manera que era necesario hacer compatibles los dos regímenes pensionales, el de jubilación con el de vejez. La armonización de estos regímenes se obtuvo aplicando a esta situación el mecanismo de la subrogación de la pensión de jubilación o de la compatibilidad, según el cual era el empleador quien reconocía y pagaba la pensión a que estaba obligado antes de lo previsto en los reglamentos del Seguro quien además seguía cotizando al ISS hasta que el trabajador tuviera derecho a la pensión de vejez, y reconocida la de vejez, el Instituto de los Seguros Sociales se subrogaba en el pago de la pensión. Si la pensión reconocida inicialmente por el empleador era superior a la de vejez reconocida por el ISS, entonces aquel pagaba el mayor valor entre ambas.

Al propio tiempo que la Corte Suprema de Justicia sobre el particular señaló<sup>13</sup>:

La naturaleza y concepto de la obligación pensional a cargo de los empleadores y la que corresponde a la subrogación de este riesgo por parte del Instituto de Seguros Sociales; así como y en dicho contexto, las nociones de compatibilidad y compatibilidad de tal prestación, ha sido estudiada por ésta Corte en diferentes oportunidades en las que se reitera su doctrina.

Al respecto esta Sala ha dicho:

#### 1-. Filosofía y evolución normativa y jurisprudencial de la asunción de riesgos por el I.S.S.

La Ley 90 de 1946 estableció en Colombia un sistema de subrogación de riesgos al Instituto de Seguros Sociales, de origen legal. Así se desprende de la lectura del artículo 72 cuando prescribió que las "prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso (...)"

A su vez, el artículo 76 dispuso que "El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior (...)"

De suerte que desde entonces existe claridad que la norma matriz de la seguridad social colombiana dispuso que las pensiones asumibles inicialmente por el seguro social eran las reglamentadas en dicha "ley", las que venían figurando a cargo de los patronos en la "legislación anterior"; y por tanto, la pensión de jubilación que se transmutaba en pensión de vejez es la "que ha venido figurando en la legislación anterior (...)"

Corrobora lo anterior la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de justicia del 9 de septiembre de 1982, que declaró exequibles los artículos 193 y 259 del C.S del T., 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 8, 24, 43 y 48 del Decreto extraordinario 1650 de 1977, en cuanto de ese importante pronunciamiento constitucional se desprende que la composición, extensión, condiciones y limitaciones del régimen de las prestaciones de los seguros sociales obligatorios a cargo del ISS quedó sometido a esas normas y a los respectivos reglamentos.

Por la misma razón expresó la doctrina constitucional de la época, aún vigente, que "por voluntad expresa del propio legislador ordinario se crearon las siguientes situaciones jurídicas: a- de una parte al régimen legal sobre prestaciones sociales se le daba un carácter eminentemente transitorio; y b- por otro lado, las prestaciones sociales indicadas quedaban sometidas a una auténtica condición resolutoria, la cual venía a cumplirse en la oportunidad en la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiera los riesgos correspondientes"

[...]

En desarrollo de tal normatividad legal se expidió el Acuerdo 224 de 1966 del I.S.S., aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que en los artículos 60 y 61 reguló la subrogación paulatina por el I.S.S. de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 260 del código laboral y previó consecuencias para la pensión sanción, ambas de indiscutible origen legal.

De modo tal, que bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo dispuso también el artículo 259 del mismo estatuto, al señalar que “Las pensiones de jubilación (...) dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto”

De igual modo, la Corte Constitucional, en sentencia T-438 de 2010<sup>14</sup>, dijo:

“La compatibilidad pensional consiste en la protección que se otorga al monto del ingreso pensional del jubilado, cuando el mismo cumple con todos los requisitos para acceder al pago de la pensión vitalicia de vejez, por parte de la entidad administradora de tales recursos. Lo anterior ocurre, por ejemplo, cuando la entidad en la cual se encuentra laborando el trabajador prevé condiciones más favorables para acceder a la pensión que la prescritas para la generalidad de los trabajadores. En tales circunstancias, la empresa empleadora asume el pago de las mesadas hasta tanto el empleado cumpla la edad y el tiempo de cotización exigidos por la ley para todas las personas<sup>15,16</sup>”

Ahora bien, una vez el Instituto de Seguros Sociales reconoce la pensión de vejez al trabajador por hallar acreditados los requisitos legales exigidos para tal fin, el empleador quedará relevado de seguir cancelando la pensión de jubilación si no hay un mayor valor que cancelar entre la mesada pensional reconocida por el ISS y la que venía pagando la Empresa o Entidad.

[...]

En aras de la claridad, es pertinente diferenciar entre la no compatibilidad y la compatibilidad pensional, pues estos dos conceptos están referidos a preceptivas legales que rigieron en épocas diferentes:

“La no compatibilidad (o compatibilidad) de una pensión, implica que el pensionado tiene derecho a recibir integralmente dos - o más - pensiones: la pensión extralegal y la pensión posteriormente reconocida por el I.S.S. En esta situación el empleador reconoce una pensión de jubilación convencional o extralegal por un monto determinado e inicia su pago. Sin embargo, el pensionado sigue cotizando ante el Instituto de Seguros Sociales y una vez cumple con los requisitos de ley, solicita ante el I.S.S. la pensión de vejez. Dicha entidad reconoce y ordena el pago de la pensión de vejez. En consecuencia, teniendo en cuenta que la pensión de jubilación reconocida por el empleador no tiene el carácter de compartida, el pensionado tiene derecho a recibir las dos mesadas pensionales. Se trata entonces de pensiones compatibles.”

En la segunda hipótesis, referente a la compatibilidad, los efectos son diferentes. Al igual que la anterior, el empleador le reconoce a su ex trabajador una pensión de jubilación convencional o extra legal por un monto determinado, en todo caso, estipulando que dicha pensión será compartida con la que otorgue el I.S.S. por vejez.

Una vez el empleador ha reconocido y ordenado el pago de la pensión de jubilación con carácter compartido a favor de su ex trabajador, el empleador sigue realizando los aportes de seguridad social en pensiones ante el Instituto de Seguro Social, hasta que el trabajador a favor de quien hace los aportes, cumpla con los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez. Una vez cumplidos los requisitos de ley, el I.S.S. procederá a otorgar la pensión de vejez a la que tiene derecho el pensionado. No obstante, debido a que la pensión de jubilación fue reconocida con carácter compartido, el pensionado no tiene derecho a recibir integralmente ambas mesadas pensionales. En este caso, el reconocimiento que hace el I.S.S. por pensión de vejez libera al empleador de pagar la pensión de jubilación. Sin embargo, si el valor de la pensión que otorgó I.S.S. es menor al valor que el empleador reconoció como pensión extralegal, estará a cargo del empleador el mayor valor que reconoció<sup>17</sup>.

Por su parte, el Decreto 758 de 1990<sup>18</sup> (artículos 16 a 18), frente a la compatibilidad pensional, dispone:

Artículo 16. Compatibilidad de las pensiones legales de jubilación. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

Artículo 17. Compatibilidad de las pensiones sanción. Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

Artículo 18. Compatibilidad de las pensiones extralegales. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

En virtud de las normas referidas, los empleadores que antes asumían el pago de las mesadas pensionales hasta el fallecimiento de su ex empleado (o hasta la extinción de sus beneficiarios) podrían continuar cotizando al ISS-asegurador con el fin de subrogarse en la obligación.

En tal sentido, la compatibilidad pensional implica que el empleador le reconozca a su empleado una pensión de jubilación (convencional, legal o extralegal, según sus condiciones particulares), pero pacta que esta prestación será compartida con la que otorgue el ISS por vejez, caso en el cual aquél continúa con los aportes de seguridad social en pensiones ante este último hasta cuando el trabajador cumpla los requisitos de ley, momento en el que el Instituto otorga la pensión a su cargo, empero no en forma integral, porque ya estaba pactada la compatibilidad, razón por la que entre uno y otro pago se garantiza el derecho prestacional al pensionado.

3.3.3 Incompatibilidad entre pensiones de jubilación y vejez. La Sala se remite a lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política, que establece:

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.

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

Por su parte, el Decreto 3135 de 1968<sup>19</sup>, en su artículo 31, prevé:

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.

En igual sentido, el Decreto 1848 de 1969, que reglamentó la anterior norma, en su artículo 88, reiteró la mencionada incompatibilidad así:

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 económicoamente.

Asimismo, resulta oportuno precisar que el artículo 77 del precitado Decreto 1848, específicamente, preceptuó que «[e]l disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con la percepción de toda asignación proveniente de entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, cualesquiera sea la denominación que se adopte para el pago de la contraprestación del servicio, salvo lo que para casos especiales establecen las leyes y en particular el Decreto 1713 de 1960 y la Ley 1a. de 1963».

De la misma manera, la Ley 4<sup>a</sup> de 1992, en su artículo 19, señala la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del erario, 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. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

En desarrollo de la anterior normativa, la sala de consulta y servicio civil de esta Corporación, con ocasión de la prohibición de percibir, en forma simultánea, doble asignación del tesoro público, conceptuó<sup>20</sup>:

Con fundamento en la indispensable calidad de empleado público, la finalidad de las dos prohibiciones concurre al mismo fin, que no se reciba más de una asignación, bien mediante el desempeño de otro empleo, ora de uno sólo, percibiendo otra clase de remuneraciones propias de los servidores públicos.

El desarrollo jurisprudencial del término “asignación”, puede resumirse así: “con este vocablo genérico se designa en hacienda pública toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial”, según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia - sentencia del 11 de diciembre de 1961 -.

Por su parte, esta Sala en la Consulta 896 de 1997 sostuvo que “...la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial o con el pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos (...) las asignaciones mencionadas en dichas normas comprenden los sueldos, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, este alto tribunal ha determinado que es dable devengar simultáneamente una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y una pensión de vejez pagada por el ISS, siempre y cuando la segunda de ellas se obtenga por servicios laborados en el sector privado<sup>21</sup>.

Pero no ocurre lo mismo cuando la pensión que se reconoce proviene de otra entidad de índole pública, debido a que los dineros allí involucrados proceden del tesoro público, lo que comporta una incompatibilidad pensional, situación frente a la cual la normativa da la posibilidad al interesado de escoger la pensión que le resulte más favorable.

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

- a) El señor José Francisco León Esmeral nació el 9 de marzo de 1944 (f. 59).
- b) De acuerdo con certificación expedida el 26 de agosto de 1999 (f. 61) y copia de Resolución 1244 de 2 de noviembre de 1999 (f. 34), el demandado laboró, en calidad de «médico especialista», para el extinguido ISS desde el 24 de septiembre de 1975 hasta el 31 de octubre de 1999.
- c) Copia de convención colectiva de trabajo celebrada entre el ISS y la Asociación Médica Sindical Colombiana (Asmedas), cuyo artículo 161 establecía:

#### ARTÍCULO 161. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El Trabajador Oficial Médico que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a una pensión de jubilación en cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del promedio de lo percibido en el último año de servicio por concepto de los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación básica mensual
- b. Primas de servicios y vacaciones
- c. Auxilio de alimentación y transporte
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras
- e. Valor del trabajo en días dominicales y festivos

No obstante lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio al que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

[...]

d) Copia de Resolución 1244 de 2 de noviembre de 1999 (ff. 34 y 35 vuelto), a través de la cual el ISS le concedió al demandado pensión de jubilación, a partir del 1º de noviembre de 1999, de acuerdo con la convención colectiva de trabajo.

e) Copia de Resolución 3969 de 19 de abril de 2007 (ff. 90 a 93), por la que el ISS reconoció pensión de vejez compartida al accionado, a partir del 1º de mayo de 2007.

f) Certificación expedida por el Hospital General de Barranquilla ESE<sup>22</sup> (f. 64), en la que se observa que el señor León Esmeral trabajó para esa entidad desde el 3 de mayo de 1974 hasta el 12 de julio de 1994, en condición de «ANESTESIÓLOGO».

g) Copia de Resolución 7125 de 1º de septiembre de 2004 (ff. 36 a 40), por la que la extinguida Cajanal otorgó pensión de jubilación al demandado a partir del 9 de marzo de 1999, con base en los tiempos laborados al Hospital General de Barranquilla, prestación a cargo de esa Empresa Social del Estado y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional (Fopep).

De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que (i) el accionado nació el 9 de marzo de 1944 y prestó sus servicios, como médico, de manera ininterrumpida, al Hospital General de Barranquilla ESE desde el 3 de mayo de 1974 hasta el 12 de julio de 1994 y, simultáneamente, al extinguido ISS entre el 24 de septiembre de 1975 y el 31 de octubre de 1999; (ii) el ISS, en condición de empleador, le concedió pensión convencional de jubilación al demandado con Resolución 1244 de 2 de noviembre de 1999 (a partir del 1º de noviembre de ese año), prestación que pasó a ser compartida con la pensión de vejez que el ISS (en calidad de administrador de pensiones) reconoció mediante Resolución 3669 de 19 de abril de 2007; y (iii) Cajanal otorgó pensión de jubilación al accionado mediante Resolución 7125 de 1º de septiembre de 2004 (acto enjuiciado), a partir del 9 de marzo de 1999, con fundamento en los tiempos laborados al Hospital General de Barranquilla ESE.

Sobre el particular, esta Sala considera que le asiste razón a la actora cuando advierte que las pensiones reconocidas al señor León Esmeral son incompatibles porque ambas provienen del erario. Ello en atención a que tanto el pago de la pensión compartida de vejez reconocida por el ISS como aquella ordinaria de jubilación concedida por Cajanal tuvieron origen en servicios prestados a dos entidades públicas.

En efecto, la pensión compartida se sufraga con dineros del erario, en atención a que obedece al reconocimiento por la prestación de servicios en el sector oficial, como lo fue el desempeño del accionado como funcionario de la seguridad social del extinguido Instituto de Seguros Sociales, primero otorgada por este en condición de empleador y luego como asegurador, en virtud de la figura jurídica de la compatibilidad pensional desarrollada en el marco jurídico de este fallo.

La obligación en el pago de la pensión compartida está también a cargo de la UGPP, conforme a lo previsto en el Decreto 2013 de 2012<sup>23</sup> (artículo 27<sup>24</sup>), según el cual asumiría las obligaciones pensionales del extinguido Instituto de Seguros Sociales en su calidad de empleador, como en el presente asunto.

Por otra parte se tiene que, contrario a lo que afirma el demandado, el Hospital General de Barranquilla era una persona de derecho público que, como surge de las certificaciones de tiempos de servicio allegadas al expediente, fue transformada en empresa social del Estado a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, naturaleza jurídica que tenía al momento en que los servicios de salud que administraba fueron fusionados por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, mediante Decreto 255 de 23 de julio de 2004<sup>25</sup>, así:

ARTÍCULO PRIMERO: FUSIÓN DEL SERVICIO Y DENOMINACIÓN. Las Empresas Sociales del Estado (ESE) adscritas a la Secretaría Distrital de Salud: Hospital General de Barranquilla, Hospital Pediátrico de Barranquilla, Hospital Infantil Francisco José de Paula, Hospital de Nazareth, Hospital La Manga, Hospital Santa María, y todos los centros y puestos de salud que operan en el Distrito de Barranquilla, fusionarán la prestación de los servicios de salud en la que se denominará EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO RED PÚBLICA HOSPITALARIA DE BARRANQUILLA - REDEHOSPITAL DE BARRANQUILLA [sic en toda la cita].

A partir de la aludida fusión, en su condición de entidad pública de naturaleza especial descentralizada del nivel territorial, la Empresa Social del Estado Hospital General de Barranquilla fue liquidada por la Dirección Distrital de Liquidaciones de esa ciudad<sup>26</sup>, procedimiento ordenado incluso con anterioridad a la expedición de la Resolución 7125 de 1º de septiembre de 2004, actuación por la cual Cajanal no solo concedió la pensión de jubilación, cuya anulación se pretende, sino que le impuso al mencionado Hospital la carga de asumir en parte el pago de dicha prestación (respecto de periodos no cotizados).

Aunque el accionado trae a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia (sala de casación laboral), proferido el 28 de julio de 1988, con ponencia del magistrado Jacobo Pérez Escobar<sup>27</sup>, en el cual se dijo que el Hospital General de Barranquilla era una «*institución de utilidad común de derecho privado*», debe decirse que esa conclusión se opone a lo prescrito en el Decreto 56 de 1975<sup>28</sup>, que establecía:

Artículo 1º Entiendese por sistema nacional de salud, el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades que tengan como finalidad específica procurar la salud de la comunidad, en los aspectos de promoción, protección, recuperación y rehabilitación.

Artículo 2º Para efectos del sistema nacional de salud, la ley define:

a) Subsistemas nacionales de inversión, información, planeación, suministros y personal como el conjunto de unidades y dependencias del sistema nacional de salud, en sus niveles nacional, seccional y local, cuyas actividades estén dedicadas a los campos específicos enunciados, según las normas que determine el ministerio de salud pública.

b) Entidades adscritas al sistema nacional de salud, como entidades de asistencia pública, son todas las personas jurídicas de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes del estado.

c) Entidades vinculadas al sistema nacional de salud, como entidades de asistencia pública, son todas las personas jurídicas de derecho privado que presten servicios de salud a la comunidad, reciban o no aportes estatales, aunque no tengan el control la vigilancia a que se refiere el artículo 120, ordinal 19 de la constitución política.

d) Cuando la legislación sobre sistema nacional de salud se refiere a niveles locales regionalizados se entenderá que son unidades regionales de salud.

Por lo tanto, si bien es cierto que el otrora sistema nacional de salud estaba conformado por personas jurídicas de derecho público y privado, no lo es menos que las primeras «*estarían adscritas*» y las segundas «*vinculadas*» a aquel, y que en la oportunidad aludida por el interesado, la Corte comprobó que «[e]l Acuerdo número 2 del 2 de agosto de 1979, expedido por la Junta Directiva del Hospital de Barranquilla, visible a folios 16 a 23 del cuaderno principal, patentiza, [...] que «el Hospital de Barranquilla es un organismo adscrito al Servicio Nacional de Salud del Atlántico»», lo que evidencia la naturaleza pública, desde ese entonces, del mencionado Hospital, en razón a su clara adscripción al sistema.

En tal sentido, para la Sala no hay duda de que, tal como lo determinó el *a quo* y la actora, ambas pensiones son pagadas con dineros del tesoro público, por lo que en virtud de lo preceptuado en los artículos 128 de la Constitución Política, 31 del Decreto 3135 de 1968 y 88 del Decreto 1848 de 1969, son incompatibles; además, se destaca que tanto la Resolución 1244 de 2 de noviembre de 1999 (que reconoció pensión compartida de vejez) como la 7125 de 1º de septiembre de 2004 (que otorgó la ordinaria de jubilación) fueron claras en establecer que resultaban incompatibles con otra asignación que proviniera del erario.

No obstante, también resulta relevante advertir que en el presente caso es dable anular el acto acusado, sin que por ello se desconozca el derecho del beneficiario a optar por la más beneficiosa económicamente. Al respecto, se tiene que la pensión compartida (no demandada en este proceso) fue concedida en el valor de \$4.635.838, a partir del 1º de noviembre de 1999, mientras que la reconocida por Cajanal (cuya anulación se pretende) lo fue en cuantía de \$615.083,25, a partir del 9 de marzo de 1999, esto es, en un monto evidentemente menor a la otorgada por el ISS.

En cuanto a la solicitud subsidiaria formulada por el demandado, en el sentido de que se disponga la fusión o unificación de las prestaciones pensionales, la Sala aclara que tal requerimiento no fue reclamado en sede administrativa ni objeto de demanda de reconvenCIÓN, razón por la cual no es dable disponer orden alguna sobre ese aspecto<sup>29</sup>.

Por otra parte, en relación con la alzada interpuesta por la entidad demandante, sea lo primero precisar que al tenor del artículo 83<sup>30</sup> de la Constitución Política, la buena fe se presume en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas. La Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 2004<sup>31</sup>, definió el principio general de buena fe, así:

En relación con el principio de la buena fe cabe recordar que es uno de los principios generales del derecho<sup>32</sup>, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, el cual gobierna las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos, y que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico, informa la labor del intérprete y constituye un decisivo instrumento de integración del sistema de fuentes colombiano.

En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.

Igualmente, la Corte Constitucional<sup>33</sup> ha reiterado que «[...] el artículo 83 de la Constitución Política incluye un mandato de actuación conforme a la buena fe para los particulares y para las autoridades públicas<sup>34</sup>, aunque que se presume que se actúa de esta manera en las gestiones que los particulares realicen ante las autoridades del Estado, como contrapeso de la posición de superioridad de la que gozan las autoridades públicas, en razón de las prerrogativas propias de sus funciones, en particular, de la presunción de legalidad de la que se benefician los actos administrativos que éstas expiden<sup>35</sup>. Esto quiere decir que el mismo texto constitucional delimita el ámbito de aplicación de la presunción constitucional de buena fe a (i) las gestiones o trámites que realicen (ii) los particulares<sup>36</sup> ante las autoridades públicas<sup>37</sup>, por lo que su ámbito de aplicación no se extiende, por ejemplo, a las relaciones jurídicas entre particulares<sup>38</sup>. Se trata de una medida de protección de las personas frente a las autoridades públicas, que se concreta, entre otros asuntos, en la prohibición de exigir en los trámites y procedimientos administrativos, declaraciones juramentadas o documentos autenticados, ya que esto implicaría situar en cabeza del particular la carga de demostrar la buena fe en la gestión, de la que constitucionalmente se encuentran exentos<sup>39</sup>. Esta presunción invierte la carga de la prueba y radica en cabeza de las autoridades públicas la demostración de la mala fe del particular, en la actuación surtida ante ella» (se subraya).

Por otra parte, el artículo 164 (letra c del numeral 1) del CPACA establece que la demanda deberá ser presentada en cualquier tiempo, cuando «[s]e dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe» (destaca la Sala).

Con base en lo anterior, para que resulte procedente ordenar el reintegro de los valores recibidos por aquellas personas a las que se les haya reconocido una prestación social sin tener derecho a ella, en el proceso deberá estar acreditada la mala fe con que pudieron actuar para obtener el pago de los beneficios pensionales otorgados, en atención a que la buena fe es una presunción que requiere ser desvirtuada.

En ese sentido, se pronunció esta Sala el 23 de marzo de 2017<sup>40</sup>, al estimar que «[...] la devolución de las sumas pagadas por prestaciones periódicas se condiciona a verificar que hayan mediado conductas reprochables encaminadas a defraudar a la administración en orden a

obtener tales reconocimientos, de modo que si ello no se logra demostrar, no habrá lugar a ordenar reintegro alguno», dado que «[e]l concepto de buena fe hace referencia al comportamiento leal y honesto que deben asumir los particulares y autoridades para mantener un orden justo y permitir el goce efectivo de los derechos y oportunidades de los asociados. Además, como se expresó previamente, por mandato Constitucional, se presume la buena fe de los particulares en sus relaciones con las autoridades del Estado, siendo deber de quien alegue la mala fe demostrar los hechos sobre los cuales se fundamenta».

Derrotero jurisprudencial reiterado por esta subsección el 16 de agosto de 2018<sup>41</sup>, al considerar que «[...] la buena fe se presume en la actuación de los particulares ante las autoridades, por tanto, debe desvirtuarse por quien así la alega. Es así que es de competencia de quien la invoca, en este caso de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, acreditar que la demandada, no obró con lealtad, rectitud y honestidad, sino que por el contrario acudió a maniobras engañosas o documentos falsos, para inducir en error a la administración y a las autoridades judiciales, con el fin de obtener el reconocimiento prestacional».

Por consiguiente, en lo que se refiere al reintegro de los valores recibidos por el demandado, la Sala concluye que le asiste razón al a quo al negar tal pretensión, pues en el proceso no se encuentra acreditada la mala fe con que pudo actuar este para obtener el reconocimiento pensional otorgado, toda vez que no existe prueba que demuestre fraude, maniobras o actos ilegales tendientes a obtenerlo, es decir, la UGPP no acreditó una aptitud inmoral o ilegal del pensionado.

Lo anterior, dado que no basta que la entidad exponga la falta de legalidad del reconocimiento pensional, sino que resulta necesario que aporte todo el material probatorio tendiente a demostrar que la conducta del accionado se apartó del postulado de buena fe, en atención a que este mandato constitucional está estrechamente ligado a los derechos al buen nombre y la dignidad humana, lo cual se echa de menos dentro del expediente, contrario sensu, se colige que el demandado, al presentar la petición con el fin de obtener el reconocimiento de su pensión, actuó con la convicción de que le asistía el derecho a ello.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto administrativo acusado y negó el reintegro de las sumas sufragadas al señor José Francisco León Esmeral por concepto de la pensión que le fue indebidamente reconocida, dado que no se desvirtuó la buena fe con la que se presume actuó ante la Administración.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Confírmase la sentencia de 4 de mayo de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico (sala oral A), que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en el proceso instaurado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) contra el señor José Francisco León Esmeral, de conformidad con la parte motiva.

2.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

Firmado electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Expediente referido como «Radicación 2340».
2. Memoriales adjuntados a la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI.
3. Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones».
4. «Por el cual se dictan normas sobre administración de personal».
5. M. P. Hernando Herrera Vergara.
6. «Por el cual se establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestan sus servicios al Instituto de Seguros Sociales».
7. «Por el cual se aprueba el Acuerdo 145 del 4 de febrero de 1997, emanado del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales»
8. Mediante sentencia de 28 de octubre de 1999, dentro del proceso con número interno 15954, la sección segunda de esta Corporación, con ponencia del entonces consejero Silvio Escudero Castro, anuló unos apartes de esta norma que disponían que los cargos de coordinador clase I, II, III, IV y V, jefe de sección y funcionarios profesionales de auditoría interna, disciplinaria, calidad de servicios de salud y contratación de servicios de salud tenían la categoría de empleados públicos.
9. «Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos del Instituto de Seguros Sociales».
10. Sección segunda, subsección A, sentencia de 11 de julio de 2002, expediente 76001-23-31-000-199700033-01 (631-2001), C. P. Alberto Arango Mantilla.
11. Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia de 12 de septiembre de 2019, expediente 19001-23-33-000-2013-00357-01 (1869-15).
12. Sala de consulta y servicio civil, concepto de 23 de febrero de 2012, expediente 11001-03-06-000-2011-00045-00, interno 2068.
13. Sentencia SL16838-2016 del 16 de noviembre de 2016, radicación: 62551, M. P. Fernando Castillo Cadena.
14. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
15. La Corte Constitucional ha entendido que “se encuentran en la hipótesis de compatibilidad pensional solamente aquellos “trabajadores que a la fecha en que el Instituto haya comenzado a cubrir el riesgo de vejez reúnan los siguientes requisitos: 1) Diez o más años de labranza, 2) Tiempo y edad requeridos para la pensión de jubilación, y 3) Seguir cotizando a los seguros hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos”

por su normatividad para otorgar la pensión de vejez. "... y por lo tanto solamente serían estos trabajadores los acreedores de la obligación pensional íntegra y total a cargo del empleador "hasta tanto el Instituto de Seguridad Social, de acuerdo a su reglamentación, reconozca y empiece a pagar la de vejez" sentencia T-462 de 2003"

16. Corte Constitucional, sentencia de tutela T-167 del 26 de febrero de 2004. M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

17. Corte Constitucional, sentencia de tutela T-921 del 10 de noviembre de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

18. «Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1º de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios».

19. «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales».

20. Concepto 1344 de 10 de mayo de 2001.

21. Al respecto, puede consultarse el concepto 1430 de 8 de mayo de 2003 de la sala de consulta y servicio civil, C. P. Susana Montes de Echeverri, en el que se indicó: «Como se dejó explicado en el aparte 2 de este concepto, hasta la vigencia de la ley 100 de 1.993 los máximos tribunales de justicia, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, habían señalado que los aportes efectuados por los trabajadores y los patronos del sector privado al ISS eran de índole privada y, por lo mismo, las pensiones que con tales recursos se pagaran no provenían del tesoro público y, por ello, eran compatibles con cualquier otra asignación provenientes de éste. Se dijo, entonces, que el ISS resultaba ser un simple administrador de recursos de índole privada. Por el contrario, se entendió que las pensiones pagadas por las entidades de previsión del sector público constituían asignaciones provenientes del tesoro público».

22. Empresa Social del Estado.

23. «Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones».

24. «Artículo 27. *Obligaciones pensionales del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en su calidad de empleador. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) asumirá en un plazo no mayor a nueve (9) meses a la fecha de expedición del presente decreto, la administración en los términos de los artículos 1º y 2º del Decreto número 169 de 2008 de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en su calidad de empleador.*

*Parágrafo Transitorio. El Instituto de Seguros Sociales en Liquidación desarrollará las actividades inherentes a la administración y pago de los derechos y obligaciones pensionales antes mencionados hasta la fecha en que la UGPP las reciba y las pensiones pasen a ser pagadas por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional FOPEP teniendo en cuenta lo previsto en el Decreto-ley 254 de 2000 y demás normas aplicables».*

25. Descargado de la página web de la Dirección Distrital de Liquidaciones de Barranquilla, en el siguiente enlace: <https://www.dirliquidaciones.gov.co/index.php/transparencia-y-acceso-a-la-informacion-publica/entidades/category/decretos-6>

26. Algunas particularidades del proceso pueden consultarse en:

<https://www.dirliquidaciones.gov.co/index.php/transparencia-y-acceso-a-la-informacion-publica/entidades/category/hospital-general-de-barranquilla>

27. Expediente referido como «Radicación 2340».

28. «Por el cual se sustituye el Decreto-ley número 654 de 1974 y se dictan otras disposiciones».
29. En similar sentido se pronunció la subsección A de la sección segunda, en sentencia de 27 de octubre de 2016; expediente 73001-23-33-000-2012-00071-01(2888-13), en el que sostuvo que «no es procedente pronunciarse respecto de la pretensión subsidiaria de reliquidación pensional, toda vez que no se agotó el procedimiento administrativo frente a dicha pretensión, lo que imposibilita al juez pronunciarse respecto de la legalidad de la misma y su consecuente restablecimiento del derecho».
30. «Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas».
31. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
32. Ver al respecto, A. Jeanneau, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", París, LGDJ, 1954 y Ch. Letourneur, «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », París, LGDJ, 1980.
33. Sentencia C-225 de 20 de abril de 2017. M. P. Alejandro Linares Cantillo.
34. El mandato de actuación de buena fe "exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)": Corte Constitucional, sentencia C-1194/08.
35. "la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza Estado-administrados hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos": Corte Constitucional, sentencia C-840/01.
36. "En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos": Corte Constitucional, sentencia C-840/01.
37. "...(...) conforme con la jurisprudencia constitucional, del artículo 83 superior se infiere una presunción de buena fe para los particulares cuando quiera que ellos adelanten actuaciones ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas (...) del citado precepto constitucional no se desprende una presunción general de buena fe en las actuaciones entre particulares": Corte Constitucional, sentencia C-1194/08.
38. Por esta razón fue declarado exequible el inciso final del artículo 768 del Código Civil, que incluye una presunción de mala fe en la posesión de un bien y que la demanda consideraba que desconocía la presunción constitucional de buena fe, al considerar que "en tanto la buena fe es un postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrolle", pero esto no implica que si el legislador presume la mala fe en las relaciones entre particulares, la norma sea inconstitucional: Corte Constitucional, sentencia C-1194/08.
39. "...(...) la buena fe se concibe como un principio inherente a las relaciones que se desarrollan dentro del ámbito jurídico, destinado a la reivindicación por el exceso de la formalidad en todas las actuaciones de los particulares": Corte Constitucional, sentencia C-527/13.

40. Expediente: 19001-23-31-000-2012-00251-01 (2036-2015), actora: UGPP, demandado: Antonio Claret Pérez Cárdenas, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

41. Expediente: 54001-23-33-000-2013-00047-01 (258-2017), actora: UGPP, demandada: Martha Rondón Duarte, C. P. César Palomino Cortés. Véase también sentencia de 7 de septiembre de 2018, expediente: 25000-23-42-000-2014-03257-01 (4792-2017), C. P. César Palomino Cortés.

---

Fecha y hora de creación: 2026-01-19 12:59:39