



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel: 8243113.
Email: j06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, Veintiséis (26) de febrero de 2021

Expediente No: 19001-33-33-006-2019-00205-00
Demandante: VIRGELINA CASTRO VARELA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 25

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Despacho conforme a la Ley 2080 de 2021 a dictar sentencia anticipada de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por VIRGELINA CASTRO VARELA, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, elevando las siguientes pretensiones:

1. Se declare la nulidad de la Resolución No. 0503-03-2017 del 22 de marzo de 2017, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación Departamental, que negó una solicitud de pensión vitalicia de jubilación.
2. Se declare la nulidad de la Resolución No. 1628-07-2017 del 19 de julio de 2017, por medio de la cual se resolvió un recurso interpuesto ante la Resolución 0503-03-2017.
3. En consecuencia a lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada a reconocer y pagar retroactivamente la pensión de jubilación a favor de la señora CASTRO VARELA, conforme al régimen pensional establecido en la Ley 71 de 1988, pensión por aportes, y normas complementarias, previas a la expedición de la Ley 812 de 2003.

¹ Folios 1-7 cdno ppal.

4. Se condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
5. Las sumas que se reconozcan deberán ser actualizadas de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA.
6. Las sumas que se reconozcan devengarán los intereses señalados en el artículo 192 del CPACA desde la fecha de ejecutoria del fallo.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

La parte actora expuso en síntesis los siguientes hechos:

La señora VIRGELINA CASTRO nació el 24 de enero de 1962.

La accionante estuvo vinculada como docente en el municipio de Caloto, Cauca, desde el 11 de abril de 1986 hasta el 1 de febrero de 1993, según certificación expedida por la Secretaría de Educación del municipio de Caloto.

Señala que el nombramiento se efectuó en virtud del Decreto No. 003 del 7 de abril de 1986 y acta de posesión, la docente fue inscrita en el escalafón docente mediante resolución del 16 de marzo de 1994.

Sostiene que según certificado de tiempo de servicios la docente fue vinculada mediante Decreto 307 del 2006 y que realizó cotizaciones para pensión en un fondo privado.

Considera que la entidad accionada desconoce la vinculación o el tiempo de servicio al magisterio y previa a la expedición de la Ley 812 de 2003, que igualmente se desconoce la aplicación de la Ley 71 de 1988, que establece la pensión por aportes, según la cual el trabajador puede sumar tiempos de servicios del sector público y privado.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como normas violadas:

- Artículos 2, 13, 25, 53, 58, 93 y 209 de la Constitución Política.
- Ley 812 de 2003.
- Ley 62 de 1985.
- Ley 33 de 1985.
- Ley 100 de 1993, artículo 279.
- Ley 60 de 1993.

Como concepto de violación, en síntesis expuso:

De acuerdo a la normatividad en mención, considera que para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá solo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Así, el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.

2.- Contestación de la demanda

La Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 13 de septiembre de 2019² ante la oficina judicial de reparto, correspondiéndole a esta judicatura, siendo admitida mediante providencia del 19 de septiembre de 2019³. La notificación de la demanda a las accionadas se surtió el día 11 de febrero de 2020⁴. Se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: mediante providencia del 22 de enero de 2021, se adecuó el trámite del proceso conforme al Decreto Legislativo 806 de 2020 y se corrió traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión si así lo consideraban, y al agente del Ministerio Público para que presentara concepto.

4. Alegatos de conclusión

4.1. De la parte actora

El apoderado de la parte actora señaló que por la fecha y forma de vinculación de la demandante, la docente tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación y que para los docentes del Magisterio, el régimen pensional depende de la fecha de su vinculación al servicio; si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, los requisitos que deberá cumplir son: 20 años de servicio y 55 años de edad. La pensión se liquidará con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año y si el ingreso ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, los requisitos son: hombres y mujeres 57 años de edad y reunir 1300 semanas cotizadas, conforme a la Ley 100 de 1993.

² Fl.- 26 cdno ppal.

³ Fls.- 28-29 cdno ppal.

⁴ Fl.- 36 cdno ppal.

En conclusión, señala que la demandante tiene una vinculación laboral con anterioridad al 26 de junio de 2003, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 812 de 2003, y según el artículo 81, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

4.2. De la parte demandada

La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en esta etapa del proceso guardó silencio.

5. Concepto del Ministerio Público

Luego de hacer un recuento de los antecedentes de la demanda y del régimen legal y jurisprudencial aplicable, considera que según la fecha de vinculación como docente, la actora tiene derecho a que le sea reconocida su pensión de jubilación y menciona que dicha situación se presentó cuando la entidad demandada expidió la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020, que reconoció una pensión de vejez con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora VIRGELINA CASTRO VARELA.

De acuerdo a lo anterior, la Representante de la Agencia del Ministerio Público, señala que los actos administrativos enjuiciados en la demanda que originó el presente proceso, se expidieron en contra de las normas constitucionales y legales, tanto así que se expidió un nuevo acto administrativo reconociendo el derecho que tiene la actora, mediante Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020.

Agrega que, la misma administración no tuvo en cuenta que para poder expedir este acto administrativo, debió primero revocar directamente los actos administrativos que negaron la pensión a la actora, es decir la Resolución No. 0503-03-2017 del 22 de marzo de 2017 proferida por la Secretaría de Educación del Departamento y la Resolución No. 1628-07-2017 del 19 de julio de 2017.

Por lo tanto, al encontrarse vigentes dos decisiones contrarias sobre una misma situación jurídica, considera que se cumplen los requisitos del párrafo del artículo 95 del CPACA, por lo que solicita a la entidad demandada proceda a formular oferta de revocatoria directa de los actos administrativos impugnados en la demanda, previa aprobación de su comité de conciliación.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos que reconocen o niegan prestaciones periódicas, como en el caso bajo estudio, no están sujetos a la regla de caducidad, y en consecuencia podrán ser demandados en cualquier tiempo, tal como lo señala el numeral 1º literal c) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios el demandante, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión por aportes conforme la Ley 71 de 1988, pensión por aportes, y normas complementarias, previas a la expedición de la Ley 812 de 2003.

3.- Tesis del Despacho

En el presente caso la actora no acreditó los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se puede aplicar el régimen anterior previsto para la pensión por aportes en la Ley 71 de 1988. Por tanto la normatividad aplicable para reconocer la pensión de vejez bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, se deberá declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020, que reconoció una pensión de vejez a la actora, pues si bien aplicó el régimen contenido en la Ley 100 de 1993, no aplicó en debida forma el artículo 34 de dicha norma, por lo tanto, deberá declararse su nulidad en cuanto a la tasa de reemplazo como se expondrá más adelante.

Frente a la nulidad de la Resolución No. 0503-03-2017 del 22 de marzo de 2017, que negó una solicitud de reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación; la nulidad de la Resolución No. 1628-07-2017 del 19 de julio de 2017, por medio de la cual resolvió un recurso interpuesto contra la Resolución 0503-03-2017, el

despacho negará las pretensiones de la demanda, ya que la actora no tiene derecho a la pensión establecida en la Ley 71 de 1988.

A a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague la pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora VIRGELINA CASTRO VARELA, desde cuando cumplió el status legal y en la cuantía equivalente al 69.5%, conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, del promedio de la asignación básica y los factores salariales sobre los cuales realizó aportes la docente y debidamente certificados por la entidad pagadora, en el último año anterior al status.

4. Saneamiento – Integración de la proposición jurídica a demandar

La Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020, por medio de la cual se reconoció a VIRGELINA CASTRO VARELA, una pensión de vejez como docente de vinculación departamental, acto administrativo que se debe integrar a la proposición jurídica a demandar, porque la parte demandante al acudir a la jurisdicción significa obtener un pronunciamiento de fondo en relación con sus pretensiones, por lo que al ejercer el derecho de acción, ello se materializa con la posibilidad de demandar y bajo este contexto, debe interpretarse la limitación en el término indefinido de la competencia de la administración para resolver, en este caso, sobre la pretensión de reconocimiento de pensión de jubilación a favor de la señora VIRGELINA CASTRO VARELA, puesto que una vez se ha demandado y se ha trabado la Litis con la notificación del auto admisorio de la demanda, la administración perdió competencia para pronunciarse, en tanto hasta ese momento es que la administración tiene conocimiento de que el particular ha acudido a la jurisdicción.

4. Lo probado en el proceso

- Fl. 11 C. Ppal.: Mediante Resolución del 16 de marzo de 1994, la Junta Seccional de Escalafón del Cauca, inscribió en el grado uno del Escalafón Docente Nacional a la educadora VIRGELINA CASTRO VARELA, quien cumplió los requisitos para la inscripción el 23 de septiembre de 1993.
- Fl. 14-15 C. Ppal.: Igualmente obra certificado de salarios devengados por la señora VIRGELINA CASTRO VARELA, desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2018.
- Fl. 9 C. Ppal.: Mediante Resolución No. 0503 del 22 de marzo de 2017, la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, en nombre y

representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a favor de la señora VIRGELINA CASTRO VARELA, al considerar que la docente no cumple con la edad para pensionarse, dado que el status se cumple con 57 años de edad, es decir en el 2019, artículo 21 de la Ley 100 de 1993, docente que es de vigencia de la Ley 812 de 2003.

Según solicitud del 15 de marzo de 2017, para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

- Fl. 19 C. Ppal.: Obra certificado de tiempo de servicio de fecha 27 de enero de 2017, expedido por la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Caloto, Cauca, donde aparece que la señora VIRGELINA CASTRO VARELA, laboró como docente grado escalafón 1, desde el 11 de abril de 1986 hasta el 1 de febrero de 1993, para un total de 6 años, 10 meses y 20 días.
- Fl. 21-22 C. Ppal. Mediante Resolución No. 1628 del 19 de julio de 2017, se confirmó la Resolución 0503 del 22 de marzo de 2017, toda vez que la docente registra vinculación como docente a partir del 16 de junio de 2006 en vigencia de la Ley 812 de 2003, y no cumple con el requisito de la edad para aplicar a la pensión de vejez.
- Fl. 15 expediente electrónico: Mediante Resolución No, 0928 del 27 de octubre de 2020, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, en nombre y representación de la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció una pensión de vejez según Decreto 2831 de 2005 y según el siguiente tiempo de servicios:

Entidad de Previsión	Desde	Hasta	Años	Meses	Días	Total Días
PORVENIR	21/08/1986	30/07/2002	0	8	20	5660
FIDUPREVISORA S.A.	7/1/2005	12/30/2005	0	5	29	179
FIDUPREVISORA S.A.	10/06/2006	24/01/2019	12	7	15	4545
TOTAL DÍAS						10384

La docente adquirió el status de jubilada el 24 de enero de 2019.

Son disposiciones aplicables entre otras, Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 812 de 2003, Decreto 2341 de 2003, Decreto 1158 de 1994, Decreto 3752 de 2003, acto legislativo No. 1 de 2005.

La docente laboró desde el 21 de agosto de 1986 hasta el 30/07/2002, desde el 01/07/2005 hasta el 30/12/2005 y desde el 10 de julio de 2006 hasta el 24 de enero de 2019.

Que la docente nació el día 24 de enero de 1962 cumpliendo los 57 años de edad el día 24 de enero de 2019. Sumado el tiempo cotizado en Porvenir la docente cuenta con un total de 1.491 semanas de cotización.

Para la liquidación de la prestación se tuvieron en cuenta los últimos 10 años esto es entre el 25/01/2009 hasta el 24 de enero de 2019 arrojando un i.b.l. de \$2.300.806 la cual se le aplicó un porcentaje del 69.0% arrojando una mesada de \$1.587.556 para el año 2019.

- Fl. 15 expediente electrónico: Contra la anterior decisión se formuló recurso de reposición argumentando que el régimen aplicable es el contemplado en las leyes 91 de 1989, 33 de 1985, 71 de 1988 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, por haber ingresado a la carrera docentes antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 teniendo como base el promedio mensual devengado en el último año anterior al cumplimiento del status, es decir entre el 24 de enero de 2017 y el 24 de enero de 2018, incluyendo todos los factores salariales.
- Obra copia de un proyecto de acto administrativo, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, por el cual se repone y se modifica la Resolución No. 0928 de octubre de 2020, el valor de la pensión con todos los factores salariales.
- Fl. 15 expediente electrónico, documento pág. 29: La señora VIRGELINA CASTRO VARELA nació el 24 de enero de 1962.
- Fl. 12 C. Ppal.: Según formato único para la expedición de certificado de historia laboral, la docente ingresó el 16 de junio de 2006 cuando se posesionó del nombramiento mediante acto administrativo 0307 del 6 de junio de 2006.

5. Régimen prestacional anterior previsto en la Ley 71 de 1988: pensión por aportes

Con base en la Reforma Laboral, Acto Legislativo 01 de 2005 que elevó a rango Constitucional el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 o Plan de Desarrollo 2003 – 2006, los educadores que se vincularon a partir de junio de 26 de 2003 y los nuevos que se vinculen se les presentará la siguiente situación, a saber:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las

disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

(...)."

La normativa reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se

establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así:

i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento.

ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993, pero la edad que se considera es de 57 años. En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantiene e introduce modificaciones al régimen pensional general.

A más del régimen pensional de las Leyes 33 y 62 de 1985 que estipula la forma de pensionarse de quienes hubiesen cotizado durante toda su vida laboral como empleados públicos, el legislador también previó la posibilidad de obtener pensión a partir de la suma de aportes hechos como servidor público y trabajador del sector privado en la Ley 71 de 1988, que en su artículo 7º dispone:

"Artículo 7. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer."

El H. Consejo de Estado⁵ ha explicado que para la época de expedición de la Ley 71, el Instituto de Seguros Sociales tenía como función principal la afiliación de los trabajadores del sector privado, de ahí que la norma citada se refiera a los aportes hechos a las cajas y fondos públicos, por una parte, y al Instituto de Seguros Sociales, por otra.

La citada Corporación también ha sido clara en indicar que la pensión de la Ley 71 de 1988 no se aplica cuando a pesar de existir aportes como trabajador particular, la persona puede solicitar su pensión acreditando 20 años o más de servicios al Estado, caso en el cual se aplica la Ley 33 de 1985, pues la pensión

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS, veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00116-00(C)

por aportes se presenta cuando para acceder a la prestación el interesado necesita sumar tiempos servidos en el sector público y en el sector privado⁶.

Para la procedencia de la pensión por aportes, el H. Consejo de Estado ha señalado que la persona no solo debe ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 por el cumplimiento de los requisitos del artículo 36 (40 o más años de edad si es hombre, 35 o más años de edad si es mujer ó 15 años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994) en este caso lo es a 30 de junio de 1995 por ser empleada de nivel territorial, (Artículo 151 de la ley 100/93) sino que también debe cumplir con las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, que son: que el beneficiario hubiera cotizado al menos 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo (25 de julio de 2005) y que adquiriera el derecho a la pensión antes del 31 de diciembre de 2014; así, en reciente providencia del 14 de noviembre de 2018⁷, indicó:

"Más adelante, el Acto Legislativo 1 de 2005, 7-por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política", en su parágrafo 40 transitorio, impuso un límite temporal a la aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

`Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen."

Ahora, de ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumplir las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión por aportes de la Ley 71 de 1988, el trabajador o trabajadora debe cumplir los siguientes requisitos del artículo 7º de la citada Ley 71 de 1988, anteriormente transcrito:

- Tener 60 años de edad si es hombre o 55 años si se es mujer,

⁶ Sala de Consulta, providencia del 26 de octubre de 2016, radicación 11001-03-06-000-2016-00126-00

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS, catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03- 06-000-2018-00122-00(C)

- 20 años de servicios con aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados como servidor público y trabajador del sector privado.

En el evento de cumplirse con los anteriores requisitos el trabajador o trabajadora tendrá derecho al reconocimiento de una pensión equivalente al 75% del salario base de liquidación, como lo dispone el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 de 1988, así:

"Artículo 80. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley."

Del caso concreto

Pretende la parte demandante el reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 71 de 1988, debido a que su vinculación como docente es anterior a la Ley 812 de 2003.

Para resolver el problema jurídico, y determinar el régimen aplicable para el reconocimiento de su pensión de vejez, se dará aplicación el despacho dará aplicación al artículo 187 del CPACA, que trata del contenido de la sentencia, y con el fin de restablecer el derecho particular, se podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

La actora se encontraba vinculada a la Secretaría de Educación y Cultura del municipio de Caloto, Cauca desde el 11 de abril de 1986 hasta el 1 de febrero de 1993, como docente del Centro Rural Mixto Obando y luego, mediante Resolución del 16 de marzo de 1994, la Junta Seccional de Escalafón del Cauca, inscribió en el grado uno del Escalafón Docente Nacional a la educadora VIRGELINA CASTRO VARELA, quien cumplió los requisitos para la inscripción el 23 de septiembre de 1993.

En las anteriores condiciones, el despacho concluye que la vinculación docente de la actora se inició antes del 27 de junio de 2003, fecha en la que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, ello quiere decir que en principio su pensión no se rige por las previsiones de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, la Ley 71 de 1988, era una norma vigente para efecto de reconocimiento pensional antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, y su regulación incluyó a servidores públicos y trabajadores particulares, sin excepción alguna, forzoso es concluir que quien, como la actora, prestó servicios docentes al Estado, podría beneficiarse de esta norma.

No obstante para que ello ocurra la actora debe cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, esto es, que la persona sea beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 por el cumplimiento de los requisitos del artículo 36 (40 o más años de edad si es hombre, 35 o más años de edad si es mujer ó 15 años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994) en este caso lo es a 30 de junio de 1995 por ser empleada de nivel territorial, para que se habilite la posibilidad de ser beneficiaria del régimen anterior a la ley 100/93.

Una vez verificado ello debe cumplir con las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, que son, que el beneficiario hubiera cotizado al menos 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo (25 de julio de 2005). Veamos:

- De la edad:

Conforme al registro civil de nacimiento, la actora nació el 24 de enero de 1962, en consecuencia, para el 30 de junio de 1995 tenía 33 años de edad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para empleados territoriales. Es decir que no cumple con el requisito de la edad.

- De las semanas cotizadas o tiempos de servicios:

Entidad de Previsión	Desde	Hasta	Años	Meses	Días	Total Días
PORVENIR	21/08/1986	30/07/2002	0	8	20	5660
FIDUPREVISORA S.A.	7/1/2005	12/30/2005	0	5	29	179
FIDUPREVISORA S.A.	10/06/2006	24/01/2019	12	7	15	4545
TOTAL DÍAS						10384

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para docente territorial -30 de junio de 1995, no alcanza a cumplir los 15 años de servicios, como quiera que su ingreso al servicio data del 21 de agosto de 1986.

Por lo anterior, como quiera que la señora VIRGELINA CASTRO VARELA no es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no es procedente aplicar el régimen anterior, en este caso, la Ley 71/88, puesto que no cumple con el requisito de la edad, ni el tiempo de servicios requerido a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para empleados territoriales.

Asi las cosas, el Juzgado encuentra ajustado a derecho la negativa a reconocer la pensión de vejez con fundamento en la Ley 77 de 1988 o pensión por aportes, por las consideraciones expuestas en tal virtud los actos administrativos conservan su presunción de legalidad, mientras estuvieron vigentes.

Ahora bien, cuando la administración decide reconocer la pensión de vejez a la señora VIRGELINA CASTRO VARELA **con ocasión de la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020**, del texto de la misma se lee, que es producto de una solicitud radicada bajo el número 2019-PENS-786508 del 14 de agosto de 2019, por la docente CASTRO VARELA, decisión que la Secretaría Departamental del Cauca basó en los siguientes argumentos:

QUE LA DOCENTE LABORO DESDE EL 21 DE AGOSTO DE 1986 HASTA EL 30/07/2002, DESDE EL 01/07/2005 HASTA EL 30/12/2005 Y DESDE EL 10 DE JULIO DE 2006 HASTA EL 24 DE ENERO DE 2019.

QUE EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 81 DE LA LEY 812 DE 2003 ESTABLECE:

LOS DOCENTES QUE SE VINCULEN A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA PRESENTE LEY, SERAN AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y TENDRAN LOS DERECHOS PENSIONALES DEL REGIMEN PENSIONAL DE PRIMA MEDIA ESTABLECIDO EN LAS LEYES 100 DE 1993 Y 797 DE 2003, CON LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL, CON EXCEPCION DE LA EDAD DE PENSION, QUE SERA DE 57 AÑOS PARA HOMBRES Y MUJERES.

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. PARA TENER EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ, EL AFILIADO DEBERÁ REUNIR LAS SIGUIENTES CONDICIONES:

1. HABER CUMPLIDO CINCUENTA Y CINCO (55) AÑOS DE EDAD SI ES MUJER O SESENTA (60) AÑOS SI ES HOMBRE

A PARTIR DEL 1º. DE ENERO DEL AÑO 2014 LA EDAD SE INCREMENTARÁ A CINCUENTA Y SIETE (57) AÑOS DE EDAD PARA LA MUJER, Y SESENTA Y DOS (62) AÑOS PARA EL HOMBRE.

2. HABER COTIZADO UN MÍNIMO DE MIL (1000) SEMANAS EN CUALQUIER TIEMPO.

A PARTIR DEL 1º. DE ENERO DEL AÑO 2005 EL NÚMERO DE SEMANAS SE INCREMENTARÁ EN 50 Y A PARTIR DEL 10.DE ENERO DE 2006 SE INCREMENTARÁ EN 25 CADA AÑO HASTA LLEGAR A 1.300 SEMANAS EN EL AÑO 2015.

QUE LA DOCENTE NACIO EL DIA 24 DE NERO DE 1962 CUMPLIENDO LOS 57 AÑOS DE EDAD EL DIA 24 DE ENERO DE 2019.

QUE SUMADO EL TIEMPO LABORADO EN PORVENIR LA DOCENTE CUENTA CON UN TOTAL DE 1.491 SEMANAS DE COTIZACION.

QUE PARA LA LIQUIDACION DE LA PRESTACION SE TUVIERON EN CUENTA LOS ULTIMOS 10 AÑOS ESTO ES ENTRE EL 25/01/2009 HASTA EL 24 DE NERO DE 2019 ARROJANDO UN I.B.L. DE \$2.300.806 LA CUAL SE LE APLICO UN PORCENTAJE DEL 69.0% ARROJANDO UNA MESADA DE \$1.587.556 PARA EL AÑO 2019."

En materia pensional, la Ley 812 de 2003, que entró en vigencia el 26 de junio de 2003, dispuso en el artículo 81: Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

A su vez, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 estableció como exigencia que el solicitante debe haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

De ahí, los presupuestos para acceder a la pensión de vejez del régimen del magisterio son:

- i) 57 años de edad para hombres y mujeres
- ii) 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, que a partir de 2005 aumentarán así:

Año	Semanas cotizadas		Año	Semanas cotizadas
2003	1000		2010	1175
2004	1000		2011	1200
2005	1050		2012	1225
2006	1075		2013	1250
2007	1100		2014	1275
2008	1125		2015	1300
2009	1150			

En relación con la edad, se advierte que la actora nació el 24 de enero de 1962, por lo que tiene 59 años en la actualidad y desde el año 2019 cuenta con los 57 años requeridos para aplicar el régimen del magisterio.

Respecto a los aportes, se observa que la demandante acumula a la fecha de adquisición del status 1.491 semanas cotizadas, es decir que este presupuesto se encuentra igualmente acreditado.

Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

“ARTÍCULO 1º. El artículo [6º](#) del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados;"

Se evidencia que la accionante devengó en el año anterior a su estatus pensional (24 DE ENERO DE 2018 A 24 DE ENERO DE 2019) los siguientes haberes: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docente.⁸

En la base de liquidación de la pensión de la actora, no se pueden tener o tomar en cuenta factores distintos a los antes señalados y devengados en el año anterior a su status pensional, si no están debidamente cotizados.

El ARTÍCULO 34. define el MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo [10](#) de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

⁸ Folio 15 cuaderno principal.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez, contenido en la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020, fue expedido posterior a la notificación de la admisión de la demanda, la administración no tenía competencia para pronunciarse.

Por lo tanto, con el fin de restablecer el derecho de la señora VIRGELINA CASTRO VARELA, teniendo en cuenta que desde la fecha que cumplió el estatus hasta la fecha de la presente sentencia, han transcurrido dos años, a la fecha cuenta con 59 años de edad, es decir tiene derecho a su pensión, por tanto el despacho deberá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y en ese sentido se observa que, en el acto administrativo de reconocimiento pensional, la entidad accionada incluyó los últimos 10 años y un IBL de \$2.300.806, al cual se le aplicó un porcentaje del 69%, pero como se mencionó anteriormente, debe reconocerse la pensión con el IBL que corresponde al establecido en el artículo 21 ibídem y con un porcentaje de tasa de reemplazo equivalente al 69.5%, conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 con los factores salariales sobre los cuales realizó aportes la docente y debidamente certificados por la entidad pagadora, en el último año anterior al status, por lo que deberá declararse la nulidad parcial de la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020, no así frente a los demás actos administrativos demandados, esto es, la Resolución No. 0503-03-2017 del 22 de marzo de 2017 y la Resolución No. 1628-07-2017 del 19 de julio de 2017, en tanto tales actos administrativos negaron una solicitud de pensión de jubilación por no cumplir con los requisitos para acceder a ella con fundamento en la Ley 71 de 1988.

Por tanto a pesar que la actora ingresó al servicio educativo previo a la expedición de la Ley 812 de 2003, no alcanzó a ser beneficiaria del régimen de

transición de la ley 100 de 1993 y por tanto el régimen que el aplica es la ley 100 de 1993 o régimen de prima media, con 57 años de edad, como efectivamente lo hizo en el acto administrativo del 27 de octubre de 2020, sin embargo erró en la tasa de reemplazo, lo que da mérito para declarar su nulidad parcial.

Frente a la solicitud de la Representante del Ministerio Público, el parágrafo del artículo 95 de la Ley 1437 de 2011, introdujo la oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados:

ARTÍCULO 95. OPORTUNIDAD. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

PARÁGRAFO. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

Es decir que para que proceda la oferta de revocatoria debe:

- Existir demanda contra el acto administrativo que se va a revocar.
- Proponerse por parte de la demandada, de oficio o a petición de parte del interesado o del Ministerio Público en cualquier estado del proceso y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia.

- La entidad demandada deberá contar con la aprobación previa de su Comité de Conciliación e indicar con toda precisión en ella los actos y las decisiones objeto de la misma, esto es, el acto administrativo demandado que se propone revocar.
- Expresar la forma en que se ha de restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

De conformidad con lo expuesto, no tiene cabida la oferta de revocatoria de directa formulada por el Ministerio Público, en tanto el acto administrativo que reconoció la pensión de vejez a favor de la señora VIRGELINA CASTRO VARELA no se ajusta a la legalidad y si bien no se demandó se integró a la proposición jurídica a demandar, no fue una omisión de la parte demandante su inclusión, sino que el reconocimiento de la pensión fue como consecuencia de una solicitud elevada por la actora ante el cumplimiento de los requisitos para acceder a ella.

En conclusión, se deberá declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020, que reconoció una pensión de vejez a la actora, por los argumentos antes expuestos.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague la pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora VIRGELINA CASTRO VARELA, desde cuando cumplió el status legal y en la cuantía equivalente a una tasa de reemplazo del 69.5% del promedio de la asignación básica y los factores salariales sobre los cuales realizó aportes la docente y debidamente certificados por la entidad pagadora, en el último año anterior al status.

La pensión que se reconoce tendrá los reajustes de ley. Así mismo, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora desde la fecha a partir de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

6. Condena en costas

Según lo previsto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer “sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. A su vez, el artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, la parte accionada fue vencida en juicio, sin embargo, como las pretensiones prosperaron parcialmente, no se condenará en costas a la entidad demandada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Integrar a la proposición jurídica a demandar el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020, según se expuso en precedencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0928 del 27 de octubre de 2020, que reconoció una pensión de vejez a la actora, por los argumentos antes expuestos; en consecuencia,

TERCERO: Ordenar a título de restablecimiento del derecho a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora VIRGELINA CASTRO VARELA, desde cuando cumplió el status legal 24 de enero de 2019 y en la cuantía equivalente a una tasa de reemplazo del 69.5% del promedio de la asignación básica y los factores salariales sobre los cuales realizó aportes la docente y debidamente certificados por la entidad pagadora, en el último año anterior al status.

CUARTO: Las sumas a que se condena a la entidad demandada se actualizarán aplicando la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Por Secretaría efectúense las anotaciones en el Sistema Siglo XXI y archívese el expediente si no fuere impugnado.

SÉPTIMO: Por Secretaría liquídense los gastos del proceso, y devuélvase el remanente de la suma que se ordenó cancelar por concepto de gastos ordinarios del proceso si la hubiere, dejando las constancias de rigor y una vez ejecutoriada para su cumplimiento.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 9 parágrafo del Decreto 806 de 2020, todo memorial o documento presentado al juzgado deberá ser enviado simultáneamente a los correos electrónicos de los demás sujetos procesales y acreditarse su envío ante la autoridad judicial.

NOVENO.- Efectúese la notificación de esta providencia conforme lo dispone el artículo 205 del CPACA, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021. Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. De la notificación efectuada por medio de anotación en estados electrónicos, se enviará un mensaje de datos al canal digital de los sujetos procesales.

A la parte demandante abogados@accionlegal.com.co , al FOMAG a los correos: procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co - notijudicial@fiduprevisora.com.co, y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO a la dirección jennyfer.diaz@defensajuridica.gov.co - www.defensajuridica.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ