



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 28 ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proceso No.: 11001-33-35-028-2021-00357 00
Demandante: LUZ AMALIA ARCHILA PIÑEROS
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES AL STATUS JURÍDICO CONFORME CON LA LEY 71 DE 1988 Y SIN RETIRO DEL SERVICIO.

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada dentro del proceso iniciado por la demandante **Luz Amalia Archila Piñeros** identificada con Cédula de ciudadanía No. 51.793.384 de Bogotá, por intermedio de apoderado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **Nación Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera del prenombrado Fondo**, previa referencia de los antecedentes de las actuaciones obrantes en el plenario.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La parte demandante a través de apoderado solicita:

“1. Declarar la nulidad de la Resolución No. 8075 DEL 29 DE OCTUBRE DE 2021, expedida por el Dr. EDDER HARVEY RODRIGUEZ LAITON, Directo de Talento Humano, en cuanto negó la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente, para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.

2. Declarar que mi representada, tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE BOGOTÁ, reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionados (a), es decir a partir del día 28 DE JULIO DE 2020, momento en que cumplió los 55 años de edad y los 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

CONDENAS:

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE BOGOTÁ, a que se me reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado (a), es decir a partir de 28 DE JULIO DE 2020, por haber completado las 1.000 semanas de aportes y los 55 años de edad, sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

2. *Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE BOGOTÁ dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A.).*
3. *Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE BOGOTÁ, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.*
4. *Condenar en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE BOGOTÁ, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.*
5. *Ordenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO), la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en la nómina.*
6. *Ordenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE BOGOTÁ, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso.”¹*

2. Hechos

La accionante señala que ingresó al servicio docente el 2 de mayo de 1997 y mediante **Resolución No, 8075 del 29 de octubre de 2021**, expedida por la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, le fue negado el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, pues se le exigió que acreditara 1300 semanas y además el retiro definitivo del servicio.

Indica que nació el 28 de julio de 1965, por lo que para el año 2020 acreditó los 55 años, status pensional de acuerdo con la Ley 71 de 1988, pues informa que a la fecha acredita 586 semanas cotizadas ante Colpensiones y el resto de semanas ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. Normas violadas y concepto de violación

Indica que el acto administrativo atacado desconoció los artículos 7 de la Ley 71 de 1988, 15 numerales 1 y 2 de la Ley 91 de 1989, 6 de la Ley 6ª de 1993, 115 de la Ley 115 de 1993, 279 de la Ley 100 de 1993, 81 de la Ley 812 de 2003 y 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

¹ Archivo Digital No. 2

Como sustento del cargo de nulidad señaló que con la Ley 71 de 1988, es posible computar aportes públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de jubilación y que los requisitos sustanciales son 55 años de edad para mujeres y 1000 semanas de cotización, como los acredita en este caso.

Refiere que los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, se le aplican todas las normas anteriores en materia pensional. Advierte que, en el caso de la demandante, no puede desconocerse que ya venía cotizando al extinto Instituto de los Seguros Sociales.

Finalmente precisó que existen diversos casos de docentes que deben valorarse como por ejemplo quienes antes del año 2003, trabajaron en en hora catedra, contrato de prestación de servicios o provisionalmente, pero que no pudieron continuar en el servicio por diversas razones, aunque luego se vincularon nuevamente.

Para respaldar dicho argumento cita algunas sentencias del Consejo de Estado.

2. Trámite

Mediante auto del 7 de abril de 2022², se admitió la presente demanda y se ordenó notificar al extremo pasivo.

3. Contestación de la demanda

El Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones manifestando que en el presente caso aplica el régimen de la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003, atendiendo la época en la que se vinculó al servicio docente mediante Resolución No. 2641 del 20 de junio de 2005 y tomó posesión del cargo el 15 de julio de 2005.

Con base en lo anterior, propuso la excepción de mérito que denominó “*legalidad del acto administrativo demandado*”³.

4. Alegatos de conclusión.

Mediante auto del 22 de septiembre de 2022⁴, se fijó el litigio y se decretaron unas pruebas documentales.

Con auto del 1º de diciembre de 2022⁵, se incorporó al trámite los documentos aportados por la parte demandada, se pusieron en conocimiento de la parte demandante y se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones finales y concepto, respectivamente.

4.1 Parte demandante⁶

² Archivo Digital No. 4.

³ Archivo Digital No. 7

⁴ Archivo Digital No. 11

⁵ Archivo Digital No. 18

⁶ Archivo Digital No. 19

La parte demandante reiteró lo solicitado en la demanda, precisando que el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, precisó que los docentes podrían disfrutar de la pensión de vejez o continuar en servicio, norma que señala excluyó el servicio docente de la prohibición general de devengar doble emolumento del erario público, norma que fue declarada exequible con la sentencia C-584 de 1997 de la Corte Constitucional.

4.2 Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁷

Reitera su oposición a las pretensiones de la demanda, reiterando que la docente demandante se vinculó al servicio oficial con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, a lo que se añade que no la beneficia el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba con más de 29 años de edad y no tenía los quince años de servicio.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

De conformidad con lo que aparece demostrado en este proceso, el objeto del mismo consiste en determinar si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo acusado, y en consecuencia, si la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes.

2.- Marco Normativo

2.1 Pensión de jubilación por aportes del sector docente.

La pensión por aportes se encuentra regulada por la **Ley 71 de 1988** “*por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*”, que en su artículo 7º previó que “*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...*” tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan 60 años de edad en el caso de los hombres, o 55 años para las mujeres.

La normativa precitada, fue reglamentada por el Presidente de la República mediante el **Decreto 1160 de 1989**, sin embargo, esa disposición fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado⁸ y posteriormente derogada por el **Decreto 2709 de 1994** “*Por el cual se reglamenta el artículo 7º de la Ley 71 de 1988*”⁹, en donde el artículo 1º dispuso como requisitos para adquirir la pensión por aportes, 60 años de edad para los hombres o 55 años si es mujer y un tiempo de servicios privados o públicos de 20 años de forma continua o discontinua.

⁷ Archivo Digital No. 20

⁸ Sentencia de 8 de marzo de 1994, expediente No. 7048, M.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora

⁹ Publicado mediante Diario Oficial No. 41.635 de diciembre 15 de 1994

Adicionalmente en el artículo 8º, determinó su monto en un 75% del salario base de cotización, con la precisión que en ningún caso “*podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley*”.

Ahora bien, en cuanto al salario base para liquidar esta pensión conviene señalar que el **artículo 9º de la Ley 71 de 1988**, indicó que “*Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.*”.

De igual forma, el **Decreto 2709 de 1994**, reglamentario de la Ley 71 de 1988, sobre el punto materia de estudio, en el artículo 6º señaló que el **Ingreso base de liquidación será el promedio del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.**

Esa disposición fue derogada expresamente por el **artículo 24 del Decreto 1474 de 1997**, “*Por el cual se derogan, modifican y/o adicionan algunos artículos del Decreto reglamentario 1748 de 1995¹⁰ y se dictan otras disposiciones*”, y en su lugar estableció el salario base de liquidación en el **artículo 8º**, sin embargo, dicho acto administrativo de carácter general fue declarado nulo por el Consejo de Estado en providencia del 4 de agosto de 2010, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad No. 2523 – 03, lo que generó un vacío legal en cuanto a este tema, que posteriormente fue estudiado por la Sala Plena de la Sección Segunda de esa Corporación que en sentencia de 15 de mayo de 2014, expediente No. 11001-03-25-000-2011-00620-00(2427-11), al estudiar la legalidad del **artículo 24 del Decreto 1474 de 1997**, indicó:

*“Como se observa, con la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que regulaba el salario base de la liquidación de la pensión por aportes, se generó un vacío normativo, pues aunque la pensión por aportes continúa aplicándose en virtud del régimen de transición, la norma reglamentaria que regulaba su forma de liquidación fue excluida del ordenamiento jurídico. Así dicha actuación del Gobierno Nacional, desconoce que el legislador le había impuesto el mandato de reglamentar los términos y condiciones para el reconocimiento de la pensión por aportes, situación que obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993 que tiene condiciones menos favorables que la norma derogada.
(...)”*

*En suma concluye la Sala que se impone declarar la nulidad parcial del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, en cuanto derogó el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994.”
(Resaltado y subrayado fuera de texto)*

¹⁰Decreto 1748 de 1995 “*Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993*”, establecía:

“Artículo 28. SALARIO BASE -SB- 1. Para trabajadores que cotizaban al ISS en FB, se tomará el último salario mensual devengado y reportado al ISS con anterioridad a esa fecha. Se supondrá siempre que dicho salario es el mismo sobre el que cotizaban en FB, salvo que el trabajador aporte prueba en contrario, prueba que estará constituida por una constancia del ISS. Si el ISS informa que no obra constancia sobre el salario devengado y reportado, el empleador expedirá una en tal sentido, en la cual el salario devengado se calculará como en los numerales 2 y 3 siguientes”.

En esas condiciones, es pertinente indicar que para efectos de liquidar la pensión por aportes se debe dar aplicación material al contenido del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, esto es, con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

Sin embargo, en lo referente a la forma de liquidar la pensión por aportes, la Sección Segunda-Subsección "A" del Consejo de Estado en providencia de 26 de septiembre de 2012, expediente No. 19001-23-31-000-2005-01119-01(0612-10), dio aplicación a la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010¹¹ bajo estas consideraciones:

“En el presente asunto, dado que el causante se encontraba cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la liquidación de la prestación reconocida a la actora debe hacerse de conformidad con el régimen anterior, eso es, el establecido en los artículos 7° de la Ley 71 de 1988 y 8° del Decreto 2709 de 1994, que establecen un método propio de cálculo, donde el monto de la pensión es equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

En relación con los factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular la base de liquidación de la pensión de jubilación, esta Corporación ha sostenido lo siguiente¹²:

“... es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio...”

(...)

En las anteriores condiciones y de conformidad con la jurisprudencia arriba trascrita, la entidad demandada al momento de reconocer la pensión de sobrevivientes a la señora BLANCA ROSA MONCAYO debió tener en cuenta, no solo los factores salariales enlistados en la referida norma, sino todos los que el causante percibió de manera habitual y periódica como contraprestación de sus servicios, es decir, todos los que constituyen salario.” (Resaltado fuera de texto).

En providencia de 19 de febrero de 2015 (2302-13), el Consejo de Estado en un proceso en el que se pedía la reliquidación pensional tomando en cuenta todos los factores que constituían salario sobre los cuales se realizaron aportes o debiéndose efectuar y no se hicieron por incuria del empleador, indicó:

“Lo que significa que deben tenerse en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación todo lo que haya recibido el demandante de manera habitual y como retribución por su labor, salvo que se trate de un factor expresamente excluido por la ley para tales efectos, entre el 30 de noviembre de 1990 y el 30 de noviembre de 1991,

¹¹ Consejo de Estado, Sección 2ª, en Sentencia de 04 de Agosto de 2010 .M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 0112-2009.

¹² Consejo de Estado – Sección Segunda. Expediente No. 25000232500020060750901 (N.I.0112-09). Sentencia de 4 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Actor: Luis Mario Velandia - contra – Caja Nacional de Previsión Social.

que corresponde al último año de servicio del Sr. González en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; para lo cual la accionada deberá actualizar dichos valores a la fecha en que se hace efectiva la pensión, es decir, 16 de enero de 2009 y, partir de ahí, hacer los reajustes legales anuales sobre la mesada pensional. No otro es el alcance de lo resuelto por el a quo”.

No obstante, la anterior posición adoptada por el Consejo de Estado que lo fue con fundamento en la sentencia del 4 de agosto de 2010 y que se ha ilustrado, ha variado ostensiblemente con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, que si bien no indicó afectar directamente al personal docente sí definió el alcance de la mencionada decisión y se aportó de esa postura para señalar lo siguiente:

*“101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, **en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010**, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; **sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.***

*102. **La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.***

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”¹³ (Resaltado del Despacho).

Como se aprecia de manera inicial esta Jurisdicción manejó la tesis según la cual todo factor salarial a tomar en consideración al momento de liquidar una pensión, era aquel que se ajustara a la definición de salario asociada con todo pago como retribución del servicio, pero la variante que plantea la sentencia de unificación es que los factores que han de incluirse en la liquidación pensional conforme a la Ley 33 de 1985, son sólo aquellos respecto de los cuales se acredita aporte a pensión.

Es pertinente anotar que la sentencia del 4 de agosto de 2010, fue la base para disponer en otras épocas la reliquidación pensional con la inclusión de todos los

¹³ Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-CP. Dr. Cesar Palomino Cortés, sentencia del 28 de agosto de 2018, exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

factores salariales devengados, sin reparar en el hecho de que se hubieran efectuado aportes para pensión o no, porque en caso negativo se vino asumiendo la tesis de ordenar el descuento del valor de los mismos de la misma condena que se reconocía a favor de quien acudía a la jurisdicción. Luego revaluada la postura inicialmente comentada, ahora como regla de unificación frente a los factores salariales se precisó que: *“los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.”*¹⁴

Obsérvese que la misma hace referencia al IBL de pensión de vejez para servidores públicos y puntualmente, respecto de los factores a tomar en consideración se indicó que serían aquellos respecto de los cuales se hubiera efectuado la cotización, postura jurisprudencial, que si bien se produjo dentro de una sentencia que determina el alcance del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no aplicable a los docentes por disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y **que se vincularon con antelación a la vigencia de la Ley 812 de 2003**, advierte el Despacho que lo anterior es la tendencia jurisprudencial a que las pensiones se liquiden con observancia de los factores por los cuales se efectuó cotización, en armonía con lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución de 1991 reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que textualmente señala al respecto: *“Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.”*.

En el caso de los docentes, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación en la que precisó los siguientes aspectos:

“35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

- ✓ **Los docentes** afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, **están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social**¹⁵, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Al estar exceptuados del Sistema, **no son beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.
- ✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.
- ✓ De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, dispone: “[...]”

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

- ✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003¹⁶, tendrán los derechos 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.”¹⁷*

Entonces con la Ley 812 de 2003, se permitió la aplicación del Régimen Pensional regulado en la Ley 100 de 1993, al personal docente pero estableciendo como edad de pensión 57 años, tanto para hombres como para mujeres.

De otra parte se tiene que También, la Ley 71 de 1988 en el artículo 9º y el Decreto reglamentario 2709 de 1994, en el artículo 6º, indican que el Ingreso Base de Liquidación será aquel salario que sirvió para los aportes al Ente de Previsión Social,

Para concluir este punto, es preciso advertir que la Ley 71 de 1988, a diferencias de otros regímenes pensionales de la época, permite la concurrencia de aportes pensionales públicos y privados garantizando el acceso de todas las personas, no sólo los docentes, a una pensión. Este régimen como se expuso cuenta con particularidades en punto de la liquidación de la mesada pensional que como su nombre lo indica hace referencia a los “aportes”, por lo que no resulta coherente incluir otros factores sobre los cuales no se efectuaron éstos salvo el caso que se demuestre omisión del empleador en este sentido.

2.2. Pensión de vejez conforme con la Ley 100 de 1993.

Sea lo primero señalar que mediante la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Pensiones en Colombia, el cual sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios **adquiridos y establecidos** conforme normativas anteriores, para las personas cuyo derecho pensional no se había consolidado con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley, pero que estaban próximos a cumplir con los requisitos para acceder a dicho reconocimiento, ahora, para aquellos quienes no se encontraban en esta circunstancia, se reguló la pensión de jubilación o vejez, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 21. Ingreso Base de Liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta Ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al

¹⁶ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda-Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 SUJ-014-CE-S2-2019, con ponencia del Consejero Dr. Cesar Palomino Cortes dentro del expediente No. 680012333000201500569-01. **Las 3 citas precedentes corresponden al texto jurisprudencial citado.**

reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

(...)

ARTICULO. 33.- Modificado por el art. 9, Ley 797 de 2003 Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener 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 de edad si es hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo.

Ver artículo 7 Ley 71 de 1988.

PARAGRAFO. 1º- Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1887 de 1994. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta:

a) El número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley;

d) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, y

e) Derógase el parágrafo del artículo séptimo (7º) de la Ley 71 de 1988.

En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora.

Ver art. 7, Decreto Nacional 510 de 2003.

PARAGRAFO. 2º-Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período.

PARAGRAFO. 3º- Reglamentado por el Decreto Nacional 2245 de 2012. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando durante 5 años más, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.

PARAGRAFO. 4º-A partir del primero (1º) de enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer y sesenta y dos (62) años si es hombre.

La expresión "madre" que hace parte del inciso 2º del párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-989 de 2006, en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependen económicamente de él.

PARAGRAFO. 5º- *En el año 2013 la asociación nacional de actuarios, o la entidad que haga sus veces, o una comisión de actuarios nombrados por las varias asociaciones nacionales de actuarios si las hubiere, verificará, con base en los registros demográficos de la época, la evolución de la expectativa de vida de los colombianos, y en consecuencia con el resultado podrá recomendar la inaplicabilidad del aumento de la edad previsto en este artículo, caso en el cual dicho incremento se aplazará hasta que el Congreso dicte una nueva ley sobre la materia.*

ARTICULO. 34.- *Modificado por el art. 10, Ley 797 de 2003 Monto de la pensión de vejez. 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 el 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."

Así, la Ley 100 de 1993, estableció en principio que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación el empleado debe haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, dichos requisitos fueron modificados incrementando la edad a partir del 1º de enero de 2014, a 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres; a su vez, se incrementó el tiempo de cotización en 50 semanas para el año 2005 y a partir del año 2006, en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, contempló el Ingreso Base de Cotización para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, así:

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;*

De conformidad con la norma expuesta, se tiene que únicamente los factores salariales enunciados constituyen base de cotización para efectuar aportes al Sistema General de Pensiones, estatuido por la Ley 100 de 1993.

3. CASO CONCRETO

3.1. Reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante.

Como primera medida debe decirse que se ataca la **Resolución No, 8075 del 29 de octubre de 2021** “*por la cual se niega una solicitud de pensión de jubilación por aportes*”, expedida por la Secretaría Distrital de Educación delegada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se le negó a la demandante el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada con fundamento en la Ley 71 de 1988.

Aclarado lo anterior, se advierte que la señora Luz Amalia Archila Piñeros se encuentra vinculada como docente al servicio del Distrito Capital en el Colegio Rafael Delgado Salguero desde el 15 de julio de 2005, tal y como se desprende del archivo digital No. 15.

Del mismo modo, se encuentra demostrado que la accionante cumplió 55 años el 28 de julio de 2020, luego para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del régimen pensional regulado en la Ley 100 de 1993, tampoco contaba con los 35 años de edad o los 15 años de servicio, requeridos para que se le diera aplicación, a lo que se añade que por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 dicho régimen se aplicó hasta el 31 de julio de 2014.

Luego estudiadas las condiciones particulares de la demandante, debe advertirse que en efecto no le aplica la Ley 71 de 1988, en razón a que no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco por su calidad de docente oficial cuyo régimen pensional establece diferentes requisitos para acceder a la prestación reclamada.

Por lo tanto, como lo exigió la Resolución No, 8075 del 29 de octubre de 2021, la docente debe acreditar 57 años de edad y las 1300 semanas cotizadas para ser beneficiaria del régimen de prima media con prestación definida como lo reguló la Ley 100 de 1993 y conforme con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Cabe señalar en gracia de discusión, que si el estudio se hiciera a la luz de la Ley 100 de 1993 (en aplicación del principio *iura novit curia*), se podría concluir que la accionante adquirió el status pensional el 28 de julio de 2022¹⁸, cuando alcanzó la edad de 57 años y superó las 1300 semanas cotizadas, sin embargo, no es posible ordenar el pago de la prestación simultáneamente con el salario percibido como docente oficial, que es lo pretendido en la demanda, por las razones que se explican a continuación.

3.2. Retiro del servicio docente para el disfrute de la pensión

Siendo otro problema jurídico determinar la compatibilidad de la pensión de jubilación con la continuidad de la prestación del servicio docente, debe indicarse que ello sólo era procedente para aquellos maestros que se encontraban vinculados antes de la Ley 4ª de 1992, pues el artículo 19 indicó lo siguiente:

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

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.”¹⁹

No obstante, lo anterior, pese a lo dispuesto en la norma citada, la Ley 60 de 1993 en el artículo 6º, resaltó la compatibilidad de la pensión con la remuneración por el servicio docente, lo que justifica que muchos docentes vinculados a un con posterioridad a la Ley citada, optaran por continuar en servicio, gozando de la pensión al mismo tiempo.

Y es que la prohibición expresa de devengar más de una asignación del tesoro público, es de naturaleza constitucional y se encuentra regulada en el artículo 128 de la Carta, lo que implica entonces, que no puede desconocerse ese contenido normativo y por esa misma razón, se torna incompatible la concurrencia de ambas prestaciones.

En efecto, el artículo 113 de la Ley 715 de 2001 derogó expresamente el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 y en el artículo 111 numeral 111-2, facultó al Gobierno Nacional para la expedición del estatuto docente hoy Decreto 1278 de 2002, que sobre el particular en el artículo 63 literal b) que indica lo siguiente:

*“Artículo 63. Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones docentes o directivos docentes de los educadores estatales se produce en los siguientes casos:
(...)*

b) Por obtención de la jubilación o pensión de vejez, gracia o invalidez; “²⁰

¹⁸ Archivo Digital No. 1 página 37.

¹⁹ Ley 4ª de 1992.

²⁰ Decreto 1278 de 2002.

Esa norma en cita, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-734 de 2003, lo que significa que constituye causal de retiro la obtención de la pensión, causal que debe entenderse como la decisión libre y voluntaria del docente de retirarse del servicio después de obtener la pensión.

Al respecto, también el Consejo de Estado, ha indicado que “...A este punto se arriba en la medida en que precisamente, la condición especial de los educadores estatales, implicaba que éstos podían percibir dos asignaciones del tesoro público como eran específicamente el salario y la pensión ordinaria de jubilación, tal como lo contemplaba el artículo 19, literal g) de la Ley 4.ª de 1992. Lo expuesto al menos para los docentes vinculados antes del 19 de junio de 2002 cuando entró en vigencia el Decreto 1278 de 2002²¹, debido a que con posterioridad a esa fecha se consolidó para aquellos servidores la prohibición del artículo 128 Superior.”²²

Y en sentencia de más reciente, la Corporación indicó que: “Al respecto, debe advertirse que el pago de la pensión en este caso está restringido hasta tanto se demuestre el retiro definitivo del servicio del demandante. Lo anterior en virtud de que, si bien es cierto al sector docente oficial se le ha permitido gozar concurrentemente de salario y pensión en los términos del artículo 6.º de la Ley 60 de 1993, dicha norma fue derogada expresamente por la Ley 715 de 2001, de manera que aquellos docentes vinculados a partir de la Ley 812 de 2003 no tienen derecho a este beneficio.”²³

Aplicadas las consideraciones en cita al presente caso, no cabe duda que la norma que gobierna la situación de la demandante es el Decreto 1278 de 2002, atendiendo que su vinculación se produjo en el año 2005, por lo tanto, el retiro del servicio de la docencia oficial es un requisito *sine qua non* para que la demandante pueda acceder al pago efectivo de su prestación al momento en que se haga el reconocimiento pensional conforme al régimen aplicable. Por consiguiente,

En suma, el Despacho concluye que en el presente caso las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, en la medida en que la demandante no tiene derecho a percibir la pensión por aportes reclamada, ni a que se le exonere la exigencia del retiro definitivo del cargo como requisito para disfrutar de la pensión; y por lo mismo, se declarará probada la excepción de mérito denominada “*legalidad del acto administrativo demandado*”, propuesta por la entidad demandada.

4. Condena en costas

Finalmente, no se condenará en costas a la parte vencida, como quiera que no aparece prueba de su causación conforme con el numeral 8º del artículo Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

²¹ Por el cual se expidió el Estatuto de Profesionalización Docente.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 12 de noviembre de 2020, con ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez, dentro del expediente No. 15001-23-33-000-2015-00620-01 (0496-17). **La cita precedente proviene del texto jurisprudencial citado.**

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 30 de septiembre de 2021, con ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-201800420-01 (0244-2020).

FALLA:

PRIMERO: **DECLARAR** probada la excepción de mérito denominada: “*legalidad del acto administrativo demandado*”, conforme con lo expuesto.

SEGUNDO: En consecuencia, **SE NIEGAN** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: No condenar en costas a la demandante de acuerdo con las consideraciones de la presente sentencia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:

Monica Lorena Sanchez Romero

Juez

Juzgado Administrativo

028

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3f05da4ebfb50cfa963ff08baddde5f79b8cdb4c5396f0db5e823059e2a64245**

Documento generado en 24/02/2023 11:40:47 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>