

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : RECONOCIMIENTO PENSIÓN POR APORTES
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2019 00252 00**
Demandante : BLANCA ALCIRA HERRERA CADENA
Demandado : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

Se encuentra el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por la señora BLANCA ALCIRA HERRERA CADENA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 35.335.211, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**. Sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del *sub lite*, de la siguiente manera:

1. DEMANDA

1.1. Pretensiones:

“DECLARACIONES:

1. Declarar la nulidad de la Resolución No. 2743 DEL 04 DE ABRIL DE 2019, expedida por el Dr. CRISTINA PAOLA MIRANDA ESCANDON, Secretario de Educación de Bogotá, 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 21/03/2017, momento en que cumplió los 55 años de edad y los 1.000 semanas de cotización, 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 21/03/2017, 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 orden a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL 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 Administrativa y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).
3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL 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 NACIONAL 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 efectué el pago de los valores adeudados.
5. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE BOGOTÁ, 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 DE BOGOTÁ 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 CPACA”

1.2. Relación Fáctica:

Como sustento fáctico relacionó los siguientes:

- La señora Blanca Alcira Herrera Cadena nació el 24 de junio de 1958.
- La demandante realizó aportes al antiguo ISS y sus semanas de cotización 569,14 se encuentran en Colpensiones.
- En el año 1997 la demandante fue vinculada a la docencia oficial y a la fecha se desempeña como docente oficial.
- Bajo la Ley 812 de 2003, la demandante tendría derecho a la pensión de jubilación a la edad de 57 años, con 1.300 semanas de cotización, siempre y cuando se retirara del cargo de docente oficial.

- Mediante el acto administrativo demandado se le niega a la demandante la pensión de jubilación por aportes a la edad de 55 años, exigiéndole además 1.300 semanas de cotización, cuando la ley contempla que solo se deben exigir 1.000 semanas de aportes, sin exigir el retiro definitivo del cargo, como lo determina la Ley 71 de 1988.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora considera que las disposiciones legales violadas son:

- Artículo 7 de la Ley 71 de 1988
- Numerales 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989
- Artículo 6 de la Ley 60 de 1993
- Artículo 115 de la Ley 115 de 1993
- Artículo 279 de la Ley 100 de 1993
- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003
- Artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003

El apoderado de la parte actora hizo una relación cronológica de las normas aplicables a los docentes nacionalizados en la pensión ordinaria de jubilación.

Indicó que el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 permitió a los funcionarios públicos, acreditar 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en el ISS y en el sector público. Posteriormente, mediante el artículo 15 de la ley 91 de 1989, reguló que los docentes que se vincularan después de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirían por las disposiciones legales para los servidores públicos del orden nacional.

En consecuencia, en el tema de pensiones, hasta el año 1989 se expidieron dos disposiciones normativas que atañen a la pensión de jubilación por aportes para los docentes, esto es, la Ley 71 de 1988 y la Ley 91 de 1989.

Indicó que posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003, que en el artículo 81 dispuso *“El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculadas 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 (...)”*

Conforme a lo anterior, refirió que los docentes vinculados con anterioridad al año 2003 se le aplican las normas anteriores a la expedición de la Ley 812, es decir, la Ley 71 de 1988 como trabajadores privados o prestando el servicio público o privado con aportes al antiguo ISS, pues si se trataba de proteger a los

docentes que con alguna edad se vinculaban al sector público después del 26 de junio de 2003 y que lograban acreditar trabajo antes de la mencionada fecha, todas las disposiciones legales vigentes anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 812, le son aplicables.

Por lo anterior, manifestó que el acto administrativo demandado desconoce el contenido de las normas transitorias que en el presente asunto, le resultan aplicables a la demandante, pues si bien es cierto no contempló todas las posibilidades que pueden presentarse en la actividad laboral, si queda claro que los docentes que logran acreditar requisitos de disposiciones aplicables al sector público, por haber realizado aportes antes del 26 de junio de 2003, se encuentran en las disposiciones vigentes aplicables antes de la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 71 de 1988.

Concluyó que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se determina partiendo de la fecha de vinculación de cada docente al servicio educativo estatal, así:

- 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 las demás normas vigentes a la fecha en mención, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicable del docente en particular.
- Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio del 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 del 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

Teniendo en cuenta lo anterior, indicó que la demandante estuvo vinculada antes del 23 de junio de 2003, realizando aportes al ISS, por lo que no puede el FOMPREMAG desconocer el derecho de que sus aportes realizados antes del 26 de junio de 2006 hacen parte del régimen de transición establecido en la Ley 812 de 2003.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 La apoderada de la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** contestó la demanda en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que el acto administrativo demandado – Resolución 2743 del 4 de abril de 2019 -

negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes en atención a que la demandante no cumplía con las condiciones necesarias para ello.

Refirió que la Ley 71 de 1988 creó la pensión de jubilación por aportes concebida como un respaldo para que las personas que hubieran efectuado cotizaciones durante el tiempo laborado como empleados públicos y privados, pudieran obtener la pensión de jubilación sumando tiempos del uno y otro, ya que las normas que se habían expedido con antelación regulaban en forma separada el régimen pensional de cada uno de estos sectores. Así, esta se obtiene sumando los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado, con la condición de que en el primer caso se hubieren efectuado aportes y, en el segundo, realizado cotizaciones.

Agregó que la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes será el previsto en el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, esto es, que se debía liquidar con el 75% del salario promedio que había servido de base para los aportes durante el último año de servicios.

En cuanto al régimen prestacional de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, indicó que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, se hizo un recuento del régimen prestacional aplicable a los docentes dependiendo de su fecha de vinculación, análisis sustentado a través del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 001 de 2005.

Concluyó que son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para el sector docente y la aplicación de cada uno de estos se determinarán de acuerdo a la fecha de vinculación al servicio público educativo.

Para el caso concreto, indicó que si bien la docente estuvo vinculada como docente en el periodo comprendido entre 1997 y 2006, lo cierto es que no se observa que esta haya sido interrumpida, es más, se advierte que entre el 10 de junio de 2008 y 5 de marzo de 2012, presentó cotizaciones ante Colpensiones con entidades distintas del sector docente oficial, retornando nuevamente al FOMAG en el año 2016, siendo esta última fecha la que indica la norma aplicable.

Por lo anterior, consideró que es incuestionable que la demandante tuvo una interrupción superior a los 15 días, término máximo de interrupción para que se configure la solución de continuidad, como lo expuso el Consejo de Estado, por tal motivo, la fecha de vinculación a tomar sería el 12 de enero de 2016, cuando

tomó posesión del cargo, fecha en la cual ya se encontraba vigente la Ley 812 de 2003 y por lo tanto será esta la que regule la prestación reclamada.

2.2. El apoderado de la **Secretaría de Educación de Bogotá** contestó la demanda en la que se opuso a todas las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepción previa *la falta de legitimación en la causa por pasiva*, por considerar que en caso de que prosperen las pretensiones la entidad llamada a responder es el Fondo de Prestación Social del Magisterio y la Fiduprevisora como administradora de esa cuenta especial, por lo que la entidad territorial sólo estaría obligada de acuerdo con la Ley anti trámites a la elaboración y remisión del acto administrativo que debe ser aprobado por el Fonpremag, quien es en últimas quien hace el análisis de la norma para conceder la prestación pensional.

Cómo excepciones de fondo, propuso i) *legalidad de los actos acusados*, por considerar que el acto administrativo demandado se profirió aplicando la norma vigente, por lo que se encuentra ajustado a derecho y ii) *prescripción*.

3. Convoca a sentencia anticipada

Mediante auto del 07 de mayo de 2021, se indicó que la excepción de *Falta de Legitimación en la causa por pasiva* propuesta por la Secretaría de Educación Distrital no corresponde a una excepción previa de las contempladas en el artículo 100 del Código General del Proceso, por lo que no era necesario resolverla anticipadamente.

En atención a que las partes no solicitaron la práctica de pruebas y solicitaron se tuvieran en cuenta las pruebas aportadas en la demanda y sus contestaciones, se dispuso:

1. Convocar a sentencia anticipada.
2. Otorgar valor probatorio a las pruebas documentales aportadas por las partes.
3. Fijar el litigio en los siguientes términos: *“establecer la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2743 del 4 de abril de 2019, suscrita por el Secretario de Educación de Bogotá, por medio del cual negó la pensión de jubilación por aportes a la demandante; y si le asiste derecho o no a que se le reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes, equivalente al 75% de lo devengado antes del cumplimiento del estatus pensional, esto es, el 21 de marzo de 2017, fecha en la que cumplió 55 años de edad y 1.000 semanas de cotización, en compatibilidad con el salario de la docencia, debidamente ajustada”*.

4. Se corrió traslado por el término de 10 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión.

4. Alegatos de conclusión.

4.1 La apoderada de la **parte demandante** hizo una relación cronológica de las normas que considera aplicables a los docentes en su pensión de jubilación y reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Insistió en que la Ley 812 de 2003 estableció un régimen de transición para aquellos docentes que ya tenían cierta edad al momento de entrada en vigencia de la mencionada disposición, o tenían alguna experiencia laboral y luego fueron vinculados después del 23 de junio de 2003, pero respetando normas anteriores por haber laborado con el sector público o haber efectuado aportes a la pensión en el ISS, conforme lo protegía la ley anterior en su momento.

En consecuencia, indicó que el acto administrativo demandado – Resolución 2743 del 04 de marzo de 2019, al haber negado la pensión de jubilación por aportes solicitada por la accionante, vulnera las disposiciones legales en que debería haberse fundado, toda vez que vulnera las normas de la ley 812 para acogerse a lo establecido en la ley 71 de 1988, norma anterior, aplicable a los docentes que demuestren actividad laboral, realizando aportes al ISS, antes del 26 de junio de 2003.

4.2 Las **entidades demandadas** no presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Corresponde así al Despacho:

- 2.1. Determinar si la Secretaría de Educación de Bogotá se encuentra legitimada en la causa por pasiva en el asunto de la referencia.
- 2.2. Determinar si a la demandante le asiste derecho o no a que se le reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes, equivalente al

75% de lo devengado antes del cumplimiento del estatus pensional, fecha en la que cumplió 55 años de edad y 1.000 semanas de cotización, en compatibilidad con el salario de la docencia, debidamente ajustada.

3. Acto Administrativo Demandado

En el presente caso se controvierte la legalidad de la **Resolución No. 2743 del 4 de abril de 2019**, expedida por la Secretaría de Educación Distrital del Distrito – Dirección de Talento Humano, por medio de la cual se negó la pensión de jubilación por aportes a la demandante, por considerar que la demandante fue nombrada en periodo de prueba el 12 de enero de 2016 por lo que se le debe aplicar la Ley 812 de 2003 ya que su situación pensional se rige por el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y no le es aplicable la Ley 71 de 1988 que fija los parámetros de la pensión por aportes.

4. Legitimación en la causa de la Secretaría de Educación de Bogotá

La apoderada de la Secretaría de Educación de Bogotá propuso la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, por considerar que en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda, la entidad llamada a responder sería el Fondo de Prestación Social del Magisterio y la Fiduprevisora como administradora de esa cuenta especial, por lo que la entidad territorial sólo estaría obligada de acuerdo con la Ley anti trámites a la elaboración y remisión del acto administrativo que debe ser aprobado por el Fonpremag, quien es en últimas quien hace el análisis de la norma para conceder la prestación pensional.

Al respecto, es menester señalar que en virtud de los artículos 5º numeral 1 y 8º de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, con el fin de efectuar, entre otros, el pago de las prestaciones sociales de sus docentes afiliados, constituido por recursos económicos provenientes especialmente de los aportes de los mismos.

En relación con el manejo de los recursos antes referidos y que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 3º ibídem, previó la suscripción de un contrato de fiducia mercantil entre el Gobierno Nacional y una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o de economía mixta, como lo es la Fiduciaria La Previsora S.A.

Posteriormente, mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el Congreso de la República dispuso que la atención de las solicitudes relacionadas con las

prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, quienes están encargadas de elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del fondo para su aprobación, acto administrativo que una vez aprobado deberá ser suscrito por el Secretario de Educación con cargo de dicho fondo.

Así las cosas, si bien es cierto que la Fiduciaria la Previsora S.A., tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, se advierte que no es ni la Secretaría de Educación del ente territorial respectivo ni la Fiduciaria mencionada quienes están llamadas a responder en el caso en que prosperen las pretensiones de la demanda, pues es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien realiza el reconocimiento de las prestaciones sociales de sus docentes afiliados, entidad que al no contar con personería jurídica propia, requiere que se demande a la entidad a la cual se encuentra adscrita, esto es, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En tal sentido, se declara probada la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuesta por la entidad demandada – Secretaría de Educación de Bogotá.

5. Marco normativo

Régimen jurídico aplicable a los docentes para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación¹

Bajo el marco de una trascendental reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 de 1993, es preciso afirmar que, como materialización de lo ordenado por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, su entrada en vigencia no altera aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresan al patrimonio de sus beneficiarios.

Con esta norma, el legislador pretende la estandarización de los regímenes pensionales que antes de su promulgación, se encontraban difusos en el

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. CP Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 25 de marzo de 2021. Radicación número: 76001-23-33-000-2013-00362-01(0395-20) Actor: MARÍA LUBIOLA HERRERA BETANCUR Demandado: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE TULUÁ, NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). Tema: Reconocimiento pensión de jubilación docente oficial – tiempos públicos y privados – vinculación a la Ley 812 de 2003.

ordenamiento jurídico, estableciendo reglas comunes aplicables a todos los trabajadores del país, sin considerar la naturaleza de su relación laboral.

No obstante, de manera expresa en su artículo 279 describe algunos servidores públicos y trabajadores, cuyas situaciones pensionales no son reguladas por ella, así:

«El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. 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.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARAGRAFO. 1º- La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARAGRAFO. 2º- La pensión gracia para los educadores de que tratan las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARAGRAFO. 3º- Las pensiones de que tratan las Leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARAGRAFO. 4º- Adicionado por el art. 1, Ley 238 de 1995. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.».

De esta manera, se exceptúan de la aplicación de la Ley 100 de 1993, algunos sectores que tienen normas especiales, entre los cuales se encuentra el Magisterio cuyas prestaciones se gobiernan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Así, la Ley 91 de 1989, «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», establece:

«Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

(...)

Artículo 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(....)».

De lo anterior se tiene que a los docentes nacionales vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les reconoce una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectúa de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 60 de 1993, en cuanto al régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, dispone:

«Artículo 6º. (...)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)»

Al respecto, esta Corporación señala:

«De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de origen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100 de 1993.

(...)

La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º del artículo 115 claramente dispone: “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley”. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o de derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que intitula “Régimen Especial de los Educadores Estatales”, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª de 1945 o el D.L. 3135 de 1968 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron carácter de especiales.».

Ahora bien, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario», establece:

«Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, (...).».

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del anterior artículo, mediante la sentencia C-369 del 27 de abril de 2004, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, expresó:

«Ahora bien, un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente esta Corporación ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio.

Por ello, esta Corte ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.

*Y por ello esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.».*

De la misma manera el parágrafo transitorio 1° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, consagra:

«Artículo 1°. (...)

Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta.

(...).».

Las disposiciones analizadas, prevén que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, que no es otro que el dispuesto en la Ley 33 de 1985, «por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público», que en su artículo 1° señala:

«ARTICULO 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

(...).»

Así, entonces, se tiene que a los maestros nacionales, nacionalizados y territoriales regidos por la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicio, tratamiento pensional aplicable para estos, siempre y cuando hayan servido durante su vida laboral como docentes oficiales por 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años de servicios.

Así las cosas, se puede establecer que el régimen jurídico aplicable a los docentes oficiales para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de expedición de la Ley 812 de

2002, es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, siempre y cuando acrediten con el cumplimiento de los requisitos vistos con anterioridad.

Ahora bien, para los eventos en que los docentes no hayan servido al Estado durante toda su vida laboral sino que hayan prestado sus servicios en entidades públicas y privadas, cotizando para pensión al ISS, durante el periodo laborado en el sector privado, la Ley 71 de 1988 «por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones», estableció la **pensión por aportes** y en su artículo 7º indica:

«ARTICULO 7o. 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 Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas».

Sobre el alcance de esta pensión, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de junio de 2011 (Exp. 117-2009), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, concluye, a partir de la redacción del citado artículo:

«(...) la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión».

La ley 71 de 1988, en un principio fue reglamentada por la Ley 1160 de 1989, que en lo relativo a la pensión de jubilación por acumulación de aportes, tuvo vigencia hasta cuando se expidió el Decreto 2709 de 1994, «(p)or el cual se reglamenta el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988», que lo derogó, establece la prestación en los siguientes términos:

«Artículo 1º. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público».

De este modo, para acceder a la **pensión de jubilación por acumulación de aportes**, se requiere acreditar los siguientes presupuestos: i) 60 años de edad si es hombre o 55 si es mujer; y ii) haber realizado 20 años de cotizaciones o aportes al ISS y a una o varias de las entidades de previsión social del sector público, las cuales pueden ser en tiempos continuos o discontinuos y en cualquier tiempo.

Por su parte, el artículo 8° ibídem establece que 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».

Es de indicarse, que a la aplicación de régimen pensional dispuesto en la Ley 71 de 1988 es viable por beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que indica:

«ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

(...).

El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por «los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con **35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados**». Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición.

Entonces, en la hipótesis del docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudir integralmente a esta última norma.

Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado².

La Sección Segunda del Consejo de Estado, con el fin de sentar jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FNPSM, específicamente en cuanto a la aplicación de la subregla fijada en la sentencia igualmente de unificación del 28 de agosto de 2018³ acerca de los factores salariales a incluir y en lo atinente a los regímenes existentes para tales educadores en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003.

Empero, al verificar las reglas jurisprudenciales planteadas en aquella providencia, es dable considerar que esta también desarrolló postulados claros y de obligatoria observancia sobre los regímenes pensionales aplicables a los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio oficial, debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

Puntualmente en lo relativo a las precisiones efectuadas en el proveído unificador en comento respecto del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales, se señaló lo siguiente:

«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**, 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.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. CP. William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00082-01(4676-17) Actor: MARÍA FABIOLA RESTREPO MORALES Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, en la que se fijaron las reglas y subreglas respecto del ingreso base de liquidación para computar la pensión de jubilación de quienes gozan del régimen de transición.

- ✓ 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 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 de 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 2003, 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.» (Negrilla conforme a la transcripción).

Según lo referido con antelación, jurisprudencialmente se planteó la importancia de diferenciar cuál es el régimen pensional aplicable a cada docente con observancia de su fecha de vinculación o entrada al servicio público oficial educativo, de suerte que se contemplarían las siguientes opciones:

«La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.»¹² (Negrilla del texto original).

En suma, como reglas jurisprudenciales definitivas para la situación jurídica pensional de los docentes oficiales, la providencia plurimentada previó lo siguiente:

«La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente**, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º

de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. 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.» (Resaltado original).

Como se vislumbra de lo transcrito, la sentencia unificadora en alusión solo desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público. No obstante, dicha providencia se abstuvo de plantear el supuesto cuando, por ejemplo, como sucede en el *sub iudice*, la docente también tiene acumulados tiempos cotizados en el sector privado y aportados a otra administradora como lo era el entonces ISS (hoy Colpensiones). Para esta clase de eventos, la normativa aplicable necesariamente correspondía a la Ley 71 de 1988 que regulaba lo propio en lo que respecta a la denominada «pensión por aportes» y no la Ley 33 de 1985.

Empero, sin perjuicio de lo anterior, se advierte que la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia de unificación bajo estudio, no implica que aquella no pueda aplicarse o que deba resolverse el caso sin su observancia. Esta situación lo que conlleva es el planteamiento de un ejercicio hermenéutico sistemático y teleológico que concite tanto el marco normativo que rige lo propio como los lineamientos jurisprudenciales existentes sobre la materia, a fin de articular de manera coherente posturas jurídicas que permitan resolver el problema jurídico planteado. Este presupuesto interpretativo ya ha sido utilizado precisamente para resolver procesos de reliquidación pensional con base en la Ley 71 de 1988, pero con sujeción de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 que desarrollaba fundamentos sobre la base de la Ley 33 de 1985.

Al respecto se destacan la siguiente sentencia⁴ que en los asuntos en comento han precisado lo siguiente:

«[...] Por otro lado, es pertinente aclarar que si bien en la precitada sentencia de unificación la Sala Plena hizo alusión a los parámetros de aplicación del régimen pensional previsto por la Ley 33 de 1985, no es menos cierto que dicho régimen no era el único reglamentado para los servidores públicos o trabajadores oficiales que fueran beneficiarios de la transición, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, también se encontraban contempladas, verbi gracia, los postulados consagrados en la Ley 71 de 1988, los cuales fueron previstos por el legislador para quienes acumularon tiempo de servicio al sector oficial y al sector privado, y en ese sentido, precisó que tenían derecho a la pensión quienes acreditaran 20 años de aportes en cualquier

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 27 de agosto de 2020 (Rad.: 25000-23-42-000-2015-01757-01 (2315-2018)) y del 30 de enero de 2020 (Rad.: 08001233300020140119901 (2751-2017))

tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, siempre que cumplieran 60 años en el caso de los hombres y 55 años si son mujeres.

Aunado a ello, se tiene que el Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, indicó en su artículo 6.º que: «[...] El salario base para la liquidación de las pensiones por aportes, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. [...]».

En consecuencia, la Subsección considera que las reglas de unificación también deben aplicarse a los beneficiarios de la pensión por aportes que a su vez están inmersos en el régimen transición [...]»

Bajo este contexto, es claro que para los casos de docentes con acumulación de aportes del sector público y del privado, la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, no podría ser la Ley 33 de 1985, sino por analogía interpretativa y precisión normativa, el consagrado en la Ley 71 de 1988.

Aun con esta línea de intelección esbozada, es imperioso aclarar que tal como se contempló en la providencia objeto de referencia, los docentes a quienes les aplica este régimen anterior al 26 de junio de 2003, se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por mandato del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Por esa misma razón, aquellos no son beneficiarios del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tampoco están sometidos a las condiciones que en materia de ingreso base de liquidación pensional desarrolló el artículo 21 ibídem.

En este sentido, al no resultar regentes para el caso de los aludidos educadores oficiales las previsiones que sobre el ingreso base de liquidación formuló la Ley 100 de 1993, evidentemente el período para la determinación de tal concepto no podría ser el correspondiente al del artículo 21 de la norma *ejusdem*, sino el formulado en la propia Ley 71 de 1988 (en este caso particular de pensión por acumulación de aportes privados y públicos), esto es, el señalado en el artículo 6.º del Decreto 2709 de 1994¹⁵ que indicó lo siguiente:

«Artículo 6º. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.» (Líneas fuera de texto).

Ahora bien, tal como se resaltó en la norma trasuntada, el período que debe tenerse en cuenta para calcular el IBL de la pensión por aportes es el del último año de servicios. Sin embargo, dicho presupuesto contempla la excepcionalidad legal que le sea propia, y por tal motivo, al verificar que el presente caso se trata de una pensión por aportes de un docente oficial, claramente se presenta una

divergencia que atañe a que el período aludido es el del año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional y no el de la última anualidad de labores.

A este punto se arriba en la medida en que precisamente, la condición especial de los educadores estatales, implica que éstos pueden percibir dos asignaciones del tesoro público como serían específicamente el salario y la pensión ordinaria de jubilación, tal como lo contempla el artículo 19, literal g) de la Ley 4.^a de 1992. Aquel planteamiento supone que no era necesaria la demostración ante el FNPSM del retiro definitivo del servicio para hacer efectiva su prestación, pues a pesar de tratarse de una pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, la calidad de docente oficial es preponderante y genera la aplicación de previsiones excepcionales como esta.

Por último, en cuanto a los factores salariales a incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión por aportes a que tienen derecho los maestros oficiales con acumulación de cotizaciones del sector público y privado, debe señalarse que éstos efectivamente corresponden únicamente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los descuentos respectivos y que se encuentren enlistados específicamente en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

Por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a éstos, puesto que tal presupuesto fue objeto de definición de regla jurisprudencial de manera general en la sentencia de unificación objeto de estudio para este tipo de servidores, sin que por el hecho de consolidarse este caso en una pensión por aportes o por la condición de educadores ello pueda variar para contabilizar todos los emolumentos de tipo remunerativo que se hubiesen percibido.

Caso concreto.

En el presente asunto de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso se encuentra acreditado que:

- La señora Blanca Elcira Herrera Cadena nació el 24 de junio de 1958.
- La demandante ha prestado los servicios al sector docente siendo afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 12 de junio de 1997 hasta el 01 de febrero de 2006 cumpliendo con ello 08 años, 7 meses y 19 días; y del 12 de enero de 2016 hasta la actualidad, cotizando para el magisterio por más de 6 años,
- De igual manera, la señora Blanca Elcira Herrera Cadena cotizó a COLPENSIONES desde junio de 1996 al 04 de enero de 2016, para un total de 569,14 semanas (Aproximadamente 10 años)

- La accionante solicitó ante la Secretaría de Educación Nacional de Bogotá el reconocimiento y pago de su pensión por aportes; no obstante, mediante Resolución No. 2743 del 04 de abril de 2019 dicha entidad negó la solicitud de pensión bajo el argumento de que a la docente le era aplicable la Ley 812 de 2003 y por ende debía cumplir los requisitos exigidos por la ley 100 de 1993.

Conforme a lo anterior, es preciso establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en la ley 71 de 1988, a cuyo efecto, para determinar esto, en imperativo analizar si la señora Blanca Elcira Herrera Cadena cumple con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto en tanto así lo dispuso la sentencia reciente del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez en sentencia del 25 de marzo de 2021. Radicación número: 76001-23-33-000-2013-00362-01(0395-20), que al respecto cabe resaltar:

*“41. El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por «los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados». Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para **tener el derecho adquirido al régimen de transición.***

*42. **Así, en la hipótesis del docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudir integralmente a esta última norma.***” (Resaltado fuera de termino)

Bajo ese orden de ideas, y de las pruebas allegadas al proceso se puede establecer que la señora Blanca Elcira Herrera Cadena nació el 24 de junio de 1958, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al 01 de abril de 1994 contaba con 35 años y 10 meses de edad; cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 36 de la mencionada ley; es decir que la misma se encuentra bajo el régimen de transición y en esa medida, es procedente dar aplicación a lo dispuesto en la ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988.

Ahora bien, pretende la parte actora la aplicación de la Ley 71 de 1988, para el reconocimiento de su derecho pensional, cuyos requisitos son: i) 60 años de edad si es hombre o 55 si es mujer; y ii) haber realizado 20 años de cotizaciones o aportes al ISS y a una o varias de las entidades de previsión social del sector público, las cuales pueden ser en tiempos continuos o discontinuos y en cualquier tiempo.

Así las cosas, en primer lugar y como se indicó en líneas anteriores la demandante nació el 24 de junio de 1958 luego cuenta con 64 años de edad por lo que cumple con el requisito de edad dispuesto en la ley antes mencionada; ahora bien, en cuanto al tiempo de cotización se advierte que la demandante ha laborado y hecho aportes a las siguientes entidades:

1. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Del 12 de junio de 1997 al 01 de febrero de 2006: total de 08 años, 7 meses y 19 días (Documento 23.2 del expediente digital).
2. Cotizó en la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones en tiempo simultáneos desde junio de 1996 al 2016; empero teniendo en cuenta el tiempo dispuesto entre el 02 de febrero de 2006 hasta el 04 de enero de 2016, se establece un total de 569,14 semanas (Aproximadamente 10 años) (Documento 1.1 folio 12 del expediente digital).
3. Nuevamente realizó aportes ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Del 12 de enero de 2016 hasta el 31 de mayo de 2019 fecha esta ultima de presentación de la demanda, para un total de 3 años, 4 meses y 19 días (Documento 23.3 del expediente digital).

De tal suerte que la demandante ha cotizado y realizado aportes tanto en el sector público como en el sector privado, que sumados superan los 20 años de cotizaciones dispuestos por la ley; en esa medida y al cumplir con lo dispuesto tanto en el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 como los requisitos de la **Ley 71 de 1988**, es procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes.

Por lo anterior, no es de recibo los argumentos expuestos por la entidad demandada en el acto administrativo objeto de estudio y en la contestación de la demanda, en tanto nada tiene que ver que la demandante se hay vinculado nuevamente al Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el año 2016 y sea la norma vigente para ese año la que

deba aplicarse en el reconocimiento de la pensión de jubilación; por cuanto, como se dijo en líneas anteriores, la señora Blanca Elcira Herrera Cadena cumple con los requisitos de transición dispuestos en la Ley 100 de 1993 y por ende le es aplicable en todo sentido la Ley 71 de 1988; esto sin distinguir los aportes que se hayan realizado tanto en el sector público como en el privado, tal y como lo prevé la normatividad.

En esa medida, concluye el Despacho que es procedente acceder a las pretensiones de la demanda y en esa medida ordenar al Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer la pensión de jubilación por aportes a la señora Blanca Elcira Herrera Cadena de conformidad con lo dispuesto en la **Ley 71 de 1988** teniendo en cuenta para el efecto el artículo 8° que dispone:

“ARTÍCULO 8o. 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”.

En la normativa citada se indica que el monto de la pensión será equivalente al 75% del salario base de liquidación, este salario base de liquidación de acuerdo a lo contemplado en Decreto 2709 de 1994 corresponde al salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la Ley. No obstante, el artículo 6° que determinaba este salario base para la liquidación en la pensión de jubilación por aportes, fue expresamente derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

En ese entendido, el Despacho venía ordenando que se efectuara la liquidación pensional con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985; empero, teniendo en cuenta que el Honorable Consejo de Estado unificó criterios frente a la situación de las pensiones de los servidores públicos y en especial lo que respecta a los docentes oficiales, a través de la sentencia de Unificación No. SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019⁵ se indicaron los parámetros para liquidar y reliquidar la pensión de los docentes de acuerdo a la transición pensional a la que pertenecen.

De tal suerte que dicha Corporación luego de realizar un estudio juicioso respecto del régimen pensional de los docentes concluyó que la liquidación de la pensión ordinaria de los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003), que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación, para los servidores públicos del orden Nacional previsto

⁵ Sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, Magistrado Ponente Doctor Cesar Palomino Cortes (Proceso No. 680012333000201500569-01).

en la Ley 33 de 1985, deberá liquidarse teniendo en cuenta la edad de 55 años para hombre y mujer, 20 años de servicio, tasa de remplazo del 75% y en cuanto al Ingreso Base de Liquidación debe comprometer:

1. El periodo del último año de servicio docente y
2. Los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en el artículo 1° la Ley 62 de 1985⁶, y por lo tanto no será factible incluir algún otro factor diferente del allí contenido o enlistado.

De manera que, así se ordenará la liquidación de la pensión de jubilación por aportes de la docente Blanca Elcira Herrera Cadena.

6. Decisión:

Consecuencia de lo anterior, el Despacho accederá a las pretensiones de la demanda, en tal virtud, declarará la nulidad del acto administrativo acusado y ordenará reconocer, liquidar y pagar la pensión de la docente equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio devengado y teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se efectuó cotización en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus pensional, esto es, entre el 23 de abril de 2016 y el 24 de abril de 2017 (tiempo en que cumplió los 20 años de servicio) junto con los reajustes legales correspondientes.

A las sumas que resulten a favor de la parte actora y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una vez efectuada la liquidación de las diferencias adeudadas, el valor resultante será indexado en cumplimiento a lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., mediante la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que se obtiene de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia,

⁶ Factores salariales artículo 1° ley 62 de 1985:

- Asignación básica,
- Gastos de representación;
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;
- Dominicales y feriados;
- Horas extras;
- Bonificación por servicios prestados; Y
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Esta providencia deberá cumplirse en los términos previstos en los artículos 192 al 195 del C.P.A.C.A.

Finalmente, respecto a la prescripción de mesadas, este fenómeno jurídico no prosperará, teniendo en cuenta que la pensión debió ser reconocida con efectividad a partir del 24 de abril de 2017 y la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada ante la entidad el día 23 de marzo de 2019 (fl. 28 documento 1.1 del expediente digital), de allí que no ha transcurrido el término trienal que estipula la norma para que se configure dicha excepción.

7. Costas

Considerando que no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida por parte de la entidad demanda y que los argumentos de la defensa estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuesta por la entidad demandada – Secretaría de Educación de Bogotá.

SEGUNDO.- DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 2743 de 04 de abril de 2019, proferida por la Directora de Talento Humano de la Secretaría de Educación

de Bogotá, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación por aportes a la docente BLANCA ALCIRA HERRERA CADENA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 35.335.211, equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio devengado y teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se efectuó cotización en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus pensional, esto es, entre el 23 de abril de 2016 y el 24 de abril de 2017 (tiempo en que cumplió los 20 años de servicio) junto con los reajustes legales correspondientes.

QUINTO.- Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- A las anteriores declaraciones se les dará cumplimiento dentro del término de los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A. y los valores que resultaren liquidados deberán actualizarse en la forma dispuesta en el artículo 187 ibídem.

SEPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

OCTAVO.- Sin costas.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previa devolución a la parte actora de los valores consignados para gastos, excepto los ya causados. Déjense las constancias de las entregas que se realicen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁷,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

⁷ notificacionerscundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
t_sdz@fiduprevisora.com.co
notjudcial@fiduprevisora.com.co
chepelin@hotmail.fr

Firmado Por:

Tania Ines Jaimes Martinez
Juez
Juzgado Administrativo
054
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:

b33e063f7edbf386ca0842b9abcd4b392efd26d8e58b685398ca1ad6da3d0662

Documento generado en 29/03/2022 10:54:21 AM

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