

HONORABLES MAGISTRADOS
 CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA
 E. _____ S. _____ D. _____

REF: ACCION DE TUTELA
 ACCIONANTE: **SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO C.C. 41.692.364**
 ACCIONADAS: **CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION "F".**

Acude a su despacho, **CRISTIAN ANIBAL FERNANDEZ GUTIERREZ**, Abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado judicial de **SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO**, acorde con el poder que acompaño con el presente escrito, mediante el cual pido ser reconocido, para manifestar a los Honorables Consejeros, que interpongo **ACCION DE TUTELA** en contra del **CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION "F"**, por la vulneración de las causales genéricas de procedibilidad y por ende en vías de hecho en la providencias de fecha **03 de Marzo del 2022 y 27 de Abril del 2021**, proferidas por estas corporaciones, mediante las cuales se negó las suplicas de la demanda, dentro del proceso con radicado **No. 25000-23-42-000-2019-00508-01 (2561-2021)** y que atentan contra derechos fundamentales tales como Igualdad, Debido Proceso y Mínimo Vital, Seguridad Social entre otros.

HECHOS

PRIMERO: Mí representada **SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO**, nació el día **30 de noviembre de 1955** y cotizó al sistema pensional como se relaciona a continuación:

RELACION TIEMPOS DE SERVICIO				
Entidad	Desde	Hasta	Total Días	Acumulado
SECRETARIA DE EDUCACION DE CUNDINAMARCA	28/07/1975	01/05/1980	1.714	1.714
COLPENSIONES	01/02/1997	22/06/1999	862	2.576
PROTECCION	23/06/1999	a la fecha	870	3.446
SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA D.C	25/02/2002	22/03/2002	28	3.474
	07/02/2003	11/04/2003	65	3.539
	21/04/2003	22/04/2003	2	3.541
	23/04/2003	27/06/2003	65	3.606
	14/07/2003	12/12/2003	149	3.755
	05/02/2004	19/01/2007	1.065	4.820
	19/02/2007	17/12/2007	299	5.119
	23/01/2008	20/06/2008	148	5.267
	21/06/2008	12/12/2008	172	5.439
	13/12/2008	11/12/2009	359	5.798
	12/12/2009	12/07/2010	211	6.009
27/07/2010	17/11/2013	1.191	7.200	
18/11/2013	31/12/2018	1.844	9.044	

Se demuestra cotizaciones al FOMAG antes de vigencia de la ley 812 de 2003

SEGUNDO: Teniendo en cuenta lo anterior la señora **SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO** solicito mediante radicado 2018_PENS-626165 del 22 de agosto de 2018, ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento de una pensión jubilación por aportes, conforme a las Leyes 71 de 1988 y 91 de 1989

TERCERO: Mediante número **10498 del 12 de octubre del 2018** el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** niega el reconocimiento de una pensión jubilación por aportes.

CUARTO: En vista de lo anterior mi representada a través de apoderado judicial instaura demanda de Acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, a fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos proferidos por **FOMAG** y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el reconocimiento de la Pensión Jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al estatus pensional de acuerdo con lo establecido en la **Ley 71 DE 1988**.

QUINTO: Por reparto la demanda le correspondió al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION "F"**, bajo el radicado **No. 25000-23-42-000-2019-00508-01** en donde fueron surtidos todos los trámites legales, hasta el día **27 de abril de 2021**, cuando el despacho antes mencionado profiere la respectiva sentencia, la cual resuelve **ACCEDER PARCIALMENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**.

SEXTO: Conforme a lo precedente, la apoderada de la parte demandante interpuso Recurso de Apelación ante el **CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**, con ponencia del CONSEJERO **DR. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ**, quien mediante **Sentencia de fecha 19 de marzo de 2020**, confirmó la sentencia proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION "F"** que **accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda**, argumentando lo siguiente:

Por esta razón, en virtud de la autonomía de ambos marcos jurídicos pensionales, resulta necesario tener en cuenta los efectos prestacionales de cada uno de manera independiente, sin que rijan las previsiones de la Ley 100 de 1993. De este modo, luego de evidenciarse que la libelista no efectuó aportes privados al entonces ISS o a una caja de previsión social, como lo

¹⁴ Condiciones que también fueron precisadas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 11 de mayo de 2017, dictada en el proceso con radicado 52001-23-33-000-2014-00553-01(3149-16), en la que se señaló lo siguiente: «[...] A partir del contenido de las normas referidas se colige que desde la expedición de la Ley 71 de 1988, resulta posible acumular los tiempos de servicios cotizados en el sector público y en el privado para tener derecho a una pensión, siempre y cuando, se cumpla con los demás requisitos establecidos en la citada ley, esto es, acreditar 55 años de edad si es mujer o 60 años si es varón, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Instituto del Seguro Social. [...]».

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia
www.consejodeestado.gov.co



21

Radicado: 25000-23-42-000-2019-00508-01 (2561-2021)
Demandante: Susana Imelda Jiménez Castillo

requiere expresamente la Ley 71 de 1988, dicha normativa no podría gobernar su situación, sino la Ley 33 de 1985 conforme lo determinó el *a quo* al hallar que aquella era beneficiaria del régimen excepcional de los maestros oficiales al haber sido vinculada bajo esa calidad antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En suma, efectivamente se requería demostrar la acumulación de 20 años de servicio exclusivamente público, los cuales acreditó hasta el 13 de febrero de 2018, tal como se determinó en el fallo apelado.

SEPTIMO: Teniendo en cuenta lo anterior considero que la interpretación brindada por el Honorable Magistrado es errónea dado que es procedente recordar que mi representada, al pertenecer a un régimen prestacional especial como lo es el de los docentes y estar vinculada

al FOMAG con anterioridad a la entrada en vigencia de la **ley 812 de 2003** se le debe aplicar la **Ley 91 de 1989** que remite a **La Ley 71 de 1988** la cual se desarrolla de la siguiente forma:

El artículo **31 del Decreto 692 de 1994**, establece la posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores así:

"Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** creado por la **ley 91 de 1989**, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los portes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras del regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad".

El artículo 7° de la Ley 71 de 1988 determinó que el derecho a la pensión surgía cuando el empleado público cumpliera las siguientes dos condiciones:

La edad de 60 o 55 años según sean hombres o mujeres y **20 años** de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social ya sean de origen **públicos o privados**.

DÉCIMO: Ahora bien, sobre la naturaleza del régimen legal aplicable al personal docente,

“2.6.1. Régimen legal aplicable al sector docente en relación con el IBL para pensionados cuya vinculación sea anterior a la Ley 812 de 2003

La Ley 100 de 1993 al circunscribir su campo de aplicación, dispuso que el sistema general de pensiones se aplicaría a todos los habitantes del territorio nacional, salvo los casos previstos en su artículo 279, entre las cuales se incluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“ARTÍCULO. 279. - Excepciones. 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 aquél 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. (Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995).”

Por lo tanto, es claro que la referida norma exceptuó a los docentes, disposición que fue ratificada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que señaló expresamente en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

«A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo’.

(...)

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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 esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada

ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003». (Subrayado fuera de texto original)

De la simple lectura de esa disposición en concordancia con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, resulta evidente que persiste la existencia de una regulación especial para el reconocimiento de los derechos pensionales de los docentes, tal como lo sostuvo la Sala en los fallos del 10 de agosto, 6 de septiembre y 23 de noviembre de 2017.»

Para determinar cuál es el régimen aplicable a este sector (docentes), es necesario hacer referencia al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, según el cual:

- 1. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** 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.*
- 2. Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, quienes deben ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en este, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.*

De lo anterior se deduce que el momento en el cual haya sido vinculado el docente, definirá el régimen pensional aplicable, pues si se trata de una persona vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como ocurre en el presente caso, se respetará la aplicación de las leyes que venían regulando su situación”.

OCTAVO: Mi representada, es beneficiaria de la **Ley 91 de 1989** por ser vinculada al Magisterio Oficial Colombiano con anterioridad a la entrada en vigencia la **Ley 812 de 2003**, y adicional es excluida de la aplicación de la **Ley 100 de 1993** que en su artículo **279** señala:

Por lo anterior los beneficiarios del régimen exceptuado del magisterio oficial colombiano están exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, no es de recibo la argumentación del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA** cuando estudia esta prestación a luz del **REGIMEN GENERAL DE PENSIONES**.

NOVENO: La pensión por aportes. El artículo 7o de la Ley 71 de 1988 establece el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:

Los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencia, comisarial o Distrital y en el Instituto de 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.

Según lo anterior, la pensión de jubilación por acumulación de aportes resulta de la sumatoria de tiempos cotizados en el sector público y privado. Este sistema permite que quienes, durante su trayectoria laboral, hubieren prestado sus servicios a entidades de naturaleza pública y empleadores del sector privado puedan consolidar su derecho a la pensión, lo cual no era posible hasta la promulgación de la Ley 71 de 1988.

DECIMO: Al pertenecer a un régimen prestacional especial como lo es el de los docentes y estar vinculado al **FOMAG** con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley **812 de 2003** se

le debe aplicar la Ley 91 de 1989 que para el caso en concreto remite a la Ley 71 de 1988 que desarrolla la pensión de jubilación por aportes.

CONSIDERACIONES DE DERECHO

NORMATIVIDAD APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACION DE PENSIONES DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL MAGISTERIO OFICIAL COLOMBIANO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 812 DE 2003

1. El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la **Ley 100 de 1993**, en el **artículo 279**, exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, situación que continua vigente para todos los vinculados hasta la entrada en vigencia de la **Ley 812 de 2003**. Aspecto que ha sido ratificado en las siguientes instancias:

- En el orden constitucional por el Acto Legislativo **01 de 2005**.
- El Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, por **CONCEPTO RENDIDO EL 10 DE SEPTIEMBRE DE 2009, RADICACION No. 1857** que señaló sobre el régimen pensional de los docentes y los efectos del Acto Legislativo No 01 de 2005:

“ ... el régimen de los docentes, atendiendo a su fecha de vinculación al servicio público docente, a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 y al régimen de transición consagrado en particular para ellos, es así:

*- El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la **Ley 91 de 1989** sin que termine el 31 de julio de 2010;*

-El régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres, sin que termine el 31 de julio de 2010.”

- Finalmente, en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, **Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, con ponencia de su honorable despacho, del 28 de agosto de 2018, en el numeral 95** ratifica que esta no es de aplicación para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados con anterioridad de la vigencia de la **Ley 812 de 2003**.

2. Para los docentes vinculados hasta el 26 de junio de 2003 al Magisterio oficial colombiano, el reconocimiento y liquidación de la pensión jubilación se rige por lo establecido en la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15 establece:

Artículo 15.

...

Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se

reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

La **Ley 91 de 1989** está vigente para los docentes del Magisterio Oficial Colombiano, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como se ratifica en las siguientes normas:

- Artículo 6 de la Ley 60 de 1993
- Artículo 115 de la Ley 115 de 1994
- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003
- Parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005
- Concepto Consejo de Estado El Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil, del 10 de septiembre de 2009, RADICACION No. 1857, señalo sobre vigencia del régimen pensional de los docentes y los efectos del Acto Legislativo No 01 de 2005.
- Numeral 95 de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, **Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, con ponencia de su honorable despacho.**

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACION DE PENSIONES

El Consejo de Estado, en **sentencia del 14 de mayo de 2018**, con ponencia del **consejero Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio**, dentro del proceso expediente radicado número **11001-03-15-000-2019-00647-00**, Dispuso:

2.6.1. Régimen legal aplicable al sector docente en relación con el IBL para pensionados cuya vinculación sea anterior a la Ley 812 de 2003

La Ley 100 de 1993 al circunscribir su campo de aplicación, dispuso que el sistema general de pensiones se aplicaría a todos los habitantes del territorio nacional, salvo los casos previstos en su artículo 279, entre las cuales se incluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

*“**ARTÍCULO. 279. - Excepciones.** 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 aquél 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. (Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995).”

Por lo tanto, es claro que la referida norma exceptuó a los docentes, disposición que fue ratificada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que señaló expresamente en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

«A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo’.

(...)

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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 esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003». (Subrayado fuera de texto original)

De la simple lectura de esa disposición en concordancia con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, resulta evidente que persiste la existencia de una regulación especial para el reconocimiento de los derechos pensionales de los docentes, tal como lo sostuvo la Sala en los fallos del 10 de agosto, 6 de septiembre y 23 de noviembre de 2017.

Para determinar cuál es el régimen aplicable a este sector (docentes), es necesario hacer referencia al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, según el cual:

1. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** 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.
2. Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, quienes deben ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en este, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

De lo anterior se deduce que el momento en el cual haya sido vinculado el docente, definirá el régimen pensional aplicable, pues si se trata de una persona vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como ocurre en el presente caso, se respetará la aplicación de las leyes que venían regulando su situación.

Es de anotar, que antes de la Ley 812 de 2003 la norma que regulaba el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 «*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*»; al respecto, esta ley estableció en el 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.**”* (Destacado por la Sala)

En sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Consejo de Estado, en el proceso con radicado: 52001-23-33-000-2012-00143-01 se desarrolló el criterio de interpretación sobre el régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley

100 de 1993, para los beneficiarios de la **Ley 33 de 1985**, respecto de la forma del ingreso base de liquidación, y en consecuencia se cambió la posición determinando que a partir de esta última fecha, el IBL debe calcularse incluyendo únicamente las cotizaciones efectuadas al sistema pensional hasta de los últimos 10 años de vida laboral, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.

En esta sentencia de unificación, en el numeral 95 se precisó de la inaplicabilidad para los docentes vinculados al servicio del Estado antes de la vigencia de Ley 812 de 2003, en razón a que este grupo **no hace parte del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993** y que existe una norma propia que reglamenta el reconocimiento y liquidación de estas pensiones, a saber:

*“Esta sentencia **no aplica a los docentes al servicio del Estado, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vincularon antes de 26 de junio de 2003, quienes están exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 por la misma ley y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989**, escenario igualmente amparado en el Acto Legislativo 01 de 2005; razón, por la cual estos servidores **NO ESTAN COBIJADOS POR EL REGIMEN DE TRANSICION**.*

*Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la **Ley 812 de 2003**, esto es, como se dijo la **Ley 91 de 1989 (artículo15)**.*

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Ahora como quiera que en el presente caso lo que estamos solicitando es el reconocimiento de la Pensión de Jubilación por aportes en virtud de la **Ley 91 de 1989** en razón a que su vinculación fue con anterioridad a la **Ley 812 de 2003**, es preciso señalar lo siguiente:

Sentencia 00812 de 2018 Consejo de Estado CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D. C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación: 68001-23-33-000-2014-00812-01 (3597-2015)

Demandante: Rosa María Silva de Parada

En efecto, si bien el ordenamiento jurídico no define expresamente la naturaleza de la interinidad, como una forma de proveer cargos docentes, esta Corporación ha precisado que dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos. Lo anterior, en todo caso, constituye una forma de vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, esto es, a través de la toma de posesión de un cargo docente dando lugar, en consecuencia, a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, tal y como ocurrió en el caso del señor Arcos Gómez"2. (Resalta la Sala). [...] En conclusión, quienes desempeñen la labor docente en calidad de interinos tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia siempre que cumplan con la edad de 50 años y el tiempo de servicios de 20 años, En atención a las anteriores precisiones, la Sala procederá a examinar las pruebas obrantes en el expediente a fin de verificar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por cumplir con los requisitos legales, concretamente frente a los tiempos de servicios acreditados.

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

En criterio de esta Corporación porque ya venían con un régimen especial, consagrado desde la expedición de la Ley 91 de 1989. En efecto, dicha norma en su artículo 15, numeral 2° dispuso lo siguiente:

"2. Pensiones: A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. B. **Para los docentes vinculados a partir del 01 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.** Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional" (Negrillas fuera de texto).

Claramente la disposición transcrita reconoció a los docentes un régimen especial de pensiones cuando con el propósito de compensarles la pérdida de la pensión de gracia les otorgó una pensión liquidada con el 75% del promedio de lo devengado en el último año. Es lo que se ha acostumbrado por el legislador colombiano, cuando se quitan prestaciones económicas se suben salarios o se establecen otras. Tal como ocurrió en los años noventa cuando se disminuyeron prestaciones y se aumentaron salarios. En el caso de los docentes como se dijo se les quitó la pensión de gracia y se concedió una sola, pero con el promedio de todo lo devengado. Apartándose de lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, que privilegiaban en suma los aportes realizados a efectos de la liquidación de la pensión.

Entonces si la Ley 91 de 1989 crea un régimen especial a los docentes para el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación, a estos funcionarios se les debe aplicar las Leyes 33 y 62 de 1985, 71 de 1988, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 entre otras normatividades.

Posteriormente, el **artículo 81 de la Ley 812 de 2003** de manera evidente hace alusión al régimen prestacional de los docentes oficiales, señalando que los docentes que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la vigencia de dicha ley, conservarían el régimen prestacional establecido con anterioridad para el magisterio, tal como pasa a evidenciarse:

"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, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión vejez que será de 57 para hombres y mujeres.

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

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

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

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

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con los recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARÁGRAFO. *Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989".*

Se reitera entonces, que los docentes tienen un régimen especial para el reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación, criterio que se soporta aún más con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 parágrafo transitorio 1°, cuando dispone lo siguiente:

"Parágrafo transitorio 1°. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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 esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".*

En tal sentido como mi mandante legalmente tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, regida por la **Ley 71 de 1988**, la cual ordena su reconocimiento, en una suma equivalente al setenta y cinco por **ciento (75%)** de lo percibido durante el año anterior al **ESTATUS PENSIONAL**, norma que tiene su propio desarrollo jurisprudencial y adicional se deben considerar los medios de prueba que la ley señala como válidos y pertinentes, este derecho se constituye genéricamente en un bien, que fue desprotegido en el sub-lite, contrariando el mandato del **artículo 2° de la Constitución Política**; de la misma manera al ser la pensión jubilación un derecho derivado de la relación laboral, se pretermitió el **artículo 25 de la carta Magna**, que ordena para el trabajador una especial protección por parte del Estado.

El **Artículo 29 de la Constitución política de Colombia**, establece que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Este principio Constitucional consagrado como un derecho fundamental en nuestra Carta, se quebrantó con la expedición de los Actos Administrativos acusados, al no haberse dado aplicación a las normas que señala el procedimiento administrativo, concretamente lo que tiene que ver en materia probatoria que por mandato expreso se establece cuáles son los medios de prueba admisibles, la oportunidad y la forma como deben aportarse al proceso, ciñéndose en todo a las normas establecidas, y que no fueron tenidos en cuenta por la entidad al momento del reconocimiento de tal derecho.

El **artículo 46 de la Constitucional Política de Colombia**, contempla la protección y asistencia de las personas de la tercera edad a cargo del Estado, la sociedad y la familia; con lo aquí señalado, los servidores del Estado y a cargo del pago de las pensiones con decisiones administrativas como las hoy demandadas, hacen nugatorios los derechos ordenados por la ley, haciendo la vida más difícil y penosa a las personas, que como mi poderdante, se encuentran en un grupo social vulnerable y constitucionalmente protegido.

Con el actuar del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que niega la reliquidación de la pensión de mi poderdante, con la inclusión de todos los factores salariales se viola lo establecido en la adición efectuada al **artículo 48 de la Constitución Política**, a través del **Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005, PARÁGRAFO TRANSITORIO PRIMERO** que dice: **"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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 esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecido en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003"**.

Así mismo, no se dio aplicación a los **incisos 2° y 3° del Art. 53 de la Constitución Política**, que consagra como principios favorables a los servidores, como: *"aplicar la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e Interpretación de las fuentes formales de derecho"* y que; *"el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales"*.

Resultan también relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en el derecho laboral, como el principio índubio pro operario (art. 48 de la CP.), mientras que otros son principios fundamentales del Estado colombiano y tiene vigencia en todos los ámbitos del derecho y deben guiar la actuación de los poderes públicos y de los particulares, cumpliendo la esencia del Estado social de derecho (Art. 1 constitucional), la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad (Art. 46 de la C. P.), el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13 de la C. P.) y el derecho al mínimo vital.

En efecto, no sobra recordar, lo manifestado en la Sentencia **C-862 de 2006**, de la Honorable Corte Constitucional que manifestó: ***"en virtud del principio in dubio pro operario entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición se deberá preferir la que lo beneficie. Entonces, como ha sostenido esta Corporación "el sentido protector del derecho del trabajo se refleja, entonces, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos, y en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación; porque las normas laborales tienen como fin último el equilibrio de las relaciones del trabajo, objetivo que comporta inclinar la relación en beneficio del estado de inferioridad económica del trabajador, por ser éste el que genera la injusticia que se pretende corregir"***, por tal razón la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la normatividad vigente en materia laboral ha de ser interpretada en el sentido de reconocer un derecho al mantenimiento de la capacidad adquisitiva de las pensiones.

En el caso que nos ocupa, se dejó de aplicar lo establecido en la **Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral primero**, referente al régimen prestacional de los docentes nacionalizados. De igual manera se aplicó en forma equivocada la **Ley 71 de 1988**, que contemplan los requisitos y la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación por aportes, que goza de un régimen especial y que es más favorable al pensionado; por el contrario se aplicaron normas procedimentales diferentes, que dieron lugar a la negación de la liquidación de la pensión, que son desfavorables en cuanto a la validez probatoria y la forma de liquidación, no obstante, que la misma ley excluye su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensión, quebrantando el principio Constitucional anteriormente transcrito, así como el consagrado en el **artículo 228 de la Carta Magna**, donde se establece que el derecho sustancial prima sobre el derecho formal.

Como mi poderdante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiada de la liquidación de la pensión jubilación regida por el régimen especial, en cuantía equivalente al **75%** del salario mensual devengado en el año anterior al **retiro del servicio**, es por lo que este derecho se encuentra tutelado legalmente, pretermitiéndose por lo tanto lo establecido el **artículo 58 de nuestra Carta Magna**, que garantiza los derechos adquiridos con justo título.

Igualmente, los Actos Administrativos demandados, adolecen de vicios legales al haber violado normas de carácter superior, habiéndose incurrido en errores de derecho en sus distintas modalidades como quedo plasmado en los razonamientos expuestos, que considero suficientes, para que se declare la **NULIDAD TOTAL** de los Actos Administrativos enunciados y se **RESTABLEZCA EL DERECHO** de mi poderdante.

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLENTADOS.

- DERECHO A LA IGUALDAD.

En el caso de mi representada, se vulnera el Derecho de igualdad cuando en casos similares al de ella los despachos judiciales del país han aplicado en debida forma el precedente judicial del Consejo de Estado relacionado con la manera en que se deben reliquidar las pensiones de los empleados públicos en virtud de la Ley 91 de 1989.

Tal y como lo establece El artículo 13 de la C.P. establece: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado proveerá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara las medidas a favor de grupos discriminados o marginados”.

Así las cosas, este principio incluye la obligación objetiva de trato semejante por parte de las autoridades públicas.

- DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

Se vulnera el debido proceso de mi representada cuando la autoridad judicial en el presente asunto aplica de manera errada el precedente judicial del Consejo de Estado, tomando una decisión que no es razonable frente al asunto sin una fundamentación conforme a derecho.

Conforme a lo establecido, El debido proceso ha sido considerado por la doctrina como el conjunto de garantías que protegen a la persona en su libertad física o en su patrimonio de los efectos de un acto de autoridad, garantía que procura asegurar a lo largo del respectivo proceso, el adecuado ejercicio de las competencias públicas, así como también la razonabilidad de las decisiones por adoptarse y fundamentación conforme a derecho.

La H. Corte Constitucional en sentencia T-377 del año 2000, dispuso:

"El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dispone que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyéndose en garantía en las actuaciones surtidas contra los particulares. En este sentido, se ha pronunciado la corte Constitucional:

El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia "de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso.^[8]

Entendido el derecho al debido proceso administrativo como la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales. (negritas y Subrayas por fuera del texto original).

Consecuentemente, El artículo 29 de la C.N., expresa, que: *"El debido proceso es aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado, sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de la forma propia de cada juicio..."*

- DERECHO AL MINIMO VITAL.

En el presente caso con su actuar el despacho judicial desconoce el Derecho al Mínimo Vital, toda vez que al no haber proferido una sentencia conforme a derecho le ha generado no solo inconvenientes económicos sino emocionales y familiares que han desmejorado su calidad de vida, ya que no se reajusto la mesada pensional conforme a derecho, vulnerando también derechos relacionados con la seguridad social.

Este concepto del mínimo vital ha sido definido y desarrollado por la Corte Constitucional en sentencia T – 011 de 1998, con ponencia del Honorable Magistrado **JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO**, define el mínimo vital, como los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a la alimentación y en el vestuario sino en lo referente a la salud, educación, vivienda, seguridad social, en cuanto a factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que no obstante su modestia corresponde a las exigencias elementales del ser humano.

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital- Derecho a la subsistencia que es consecuencia directa de los principios de la dignidad humana y estado social de derecho que define la organización política social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.

La tutela procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es *necesaria para evitar un perjuicio irremediable.*

La jurisprudencia constitucional, con el fin de comprobar la presencia de un perjuicio irremediable en el caso concreto, que en la mayoría de los casos consiste en la afectación del mínimo vital del peticionario y de su familia, ha utilizado criterios como (i) la edad del actor para ser considerado sujeto de especial protección por ser una persona de la tercera

edad, (ii) el estado de salud del solicitante y su familia, y (iii) las condiciones económicas del peticionario¹. Adicionalmente, la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado².

La Corte Constitucional en Sentencia **T- 686 de 2012**, citando su jurisprudencia frente al mínimo vital indicó lo siguiente:

Asimismo, la Corte Constitucional ha sentado criterios para interpretar las situaciones en las que se puede ver vulnerado el derecho al mínimo vital, por ejemplo en la sentencia T-865 de 2009^[10], se consideró que:

“(...) la jurisprudencia constitucional ha señalado unos requisitos que de estar presentes en un caso concreto indican que el derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador o pensionado está siendo objeto de amenaza o vulneración, como son: que (i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave”.”

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL.

La Corte constitucional mediante sentencia **T-024 - DE 2018** estableció este principio como:

...” El principio de favorabilidad consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado/pensionado, en caso de duda en la aplicación de normas y/o interpretaciones jurídicas. Está consagrado normativamente tanto en el artículo 53 de la Constitución como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo”...

*“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

En sentido similar, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo precisa:

“Artículo 21. Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.”

De igual forma indica que:

..." Como se deduce de la literalidad de los artículos citados, es claro que el principio de favorabilidad fue consagrado por el Constituyente y por el Legislador como uno de los dispositivos de solución de conflictos surgidos con ocasión del choque o concurrencia de normas o interpretaciones vigentes y aplicables simultáneamente a un caso determinado. Así mismo, se desprende que la aplicación del principio de favorabilidad no es opcional, sino de obligatorio cumplimiento por expreso mandato normativo.

En efecto, para esta Corporación ha sido claro que cuando se presentan conflictos en la aplicación y/o interpretación de las fuentes formales del derecho laboral, no le es posible a los operadores jurídicos, tanto judiciales como administrativos, desconocer las garantías de los trabajadores y/o pensionados que han sido reconocidas constitucionalmente y a las cuales se les ha otorgado el carácter de inalienables e irrenunciables. En **Sentencia SU-1185 de 2001**^[33], se precisó que:

“En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley”.

..."21. Esta garantía constitucional, se estatuye entonces como un límite a la autonomía judicial al momento de interpretar las normas laborales, pues si bien puede existir multiplicidad de soluciones derivadas de una misma disposición, el juez debe estar siempre inclinado por aquella que mejor proteja los derechos de los trabajadores, ya que, de lo contrario, estaría en abierta inaplicación del texto constitucional, que como es sabido, tiene carácter normativo. Este principio ha sido validado de esta forma desde antaño, así por ejemplo, en **Sentencia T-001 de 1999**^[34], esta Corte dijo:

“Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica”.

..." Así es claro, que en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho, debe preferirse aquella que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia a la disposición pertinente del artículo 53 de la Constitución. En suma, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*^[35].

22. Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, esta Corte ha expuesto que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber:

- (i) **La duda seria y objetiva** ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación.
- (ii) **La efectiva concurrencia de las interpretaciones** en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.

Respecto de estos elementos, la **Sentencia T-545 de 2004**^[36], sostuvo que:

“Sobre el punto, la Corte considera en primer lugar que, la llamada ‘duda’, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

...

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos

interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.”

23. En conclusión, el principio de favorabilidad es una herramienta consagrada por el Constituyente para dirimir los conflictos laborales que puedan surgir de la aplicación tanto de fuentes formales de derecho como de la interpretación que de éstas se pueda desprender. Cuando concurren interpretaciones y, a partir de ello, se genera una duda razonable y seria respecto de la aplicación de una u otra interpretación, el operador jurídico (incluido el juez) siempre debe optar por la opción que más favorezca al trabajador/pensionado, so pena de infringir un mandato constitucional.

De esta forma se puede evidenciar que para el presente caso le es más favorable dar aplicación a lo indicado por el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, *sentencia del 04 de agosto de 2010. En la que el Consejero Ponente es el Dr VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA y de la cual ya se ha indicado en diferentes ocasiones del presente escrito.*

2. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA:

La Corte Constitucional mediante Sentencia **C- 250 de 2012**, estableció este principio como:

..." En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley"...

..." De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión"...

3. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

Para el caso de los docentes que han sido regulados por una normatividad especial, precisamente por el régimen del que son exceptuados, es necesario indicar que el objeto de esta litis versa sobre derechos que ya han sido adquiridos y que por lo tanto la nueva normatividad no les es aplicable máxime cuando en la misma se indica que esta regulación no debe ser tenida en cuenta en razón a que los docentes no son beneficiarios del régimen de transición.

Razones estas para indicar que si bien mediante Sentencia de Unificación, del 28 de agosto de 2018 emitida por el Consejo de Estado, se dan una serie de reglas, en las mismas se excluye a los docentes que son vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 esto es 26 de junio de 2003 y que además es clara en indicar que estos fundamentos son para aquellos que se encuentran en régimen de transición de conformidad con el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que deja sin piso la sentencia del 4 de agosto de 2010, pero precisamente para aquellos que están inmersos en el régimen de transición, mas no para los docentes oficiales.

Con relación a los efectos de la Ley en el tiempo, es menester señalar que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 determina que las leyes sustantivas y de procedimiento prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, aclarando que las actuaciones y diligencias ya iniciadas, se deben regir por la Ley vigente al tiempo de su iniciación.

Aunado a lo anterior, y respecto al tema de la irretroactividad de la Ley propiamente dicho, el Consejo de Estado - Sección Primera, CP Olga Ines Navarrete Barrero del 04 de octubre de 2001 Rad 08001-23-31-000-1997-3133-01 (6840) define este principio señalando:

"En relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos. La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua."

De conformidad con lo anterior se debe colegir:

- El principio de irretroactividad es aquel que determina que una Ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su entrada en vigencia, establecido con el fin de garantizar el respeto de los derechos adquiridos bajo la ley anterior.

4. PRINCIPIO DE RETROSPECTIVIDAD.

Respecto de este principio de Retrospectividad en materia pensional, es menester señalar que el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "A", C P: Luis Rafael Vergara Quintero, del 23 de septiembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-07053-01(1886-07) se ha pronunciado recientemente señalando:

“El efecto temporal de una norma jurídica en materia pensional, por regla general, es inmediato y hacia futuro, pero con retrospectividad, porque la norma pensional posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado, a no ser que la misma proposición jurídica hubiere asignado un efecto temporal distinto a los que consiente la regla general. Debe entenderse como retrospectividad, en este caso de la Ley, cuando apunta a afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, estados jurídicos en curso al momento de su vigencia, como es el caso pensional.” (subrayado y negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior y respecto al principio de la Restrospectividad se debe inferir que implica:

- Que el efecto temporal de una norma jurídica en materia pensional, por regla general inmediato y hacia futuro, pueda afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, estados jurídicos en curso al momento de su vigencia, en el entendido **que puede mejorar las condiciones económicas del pensionado, en virtud del principio de favorabilidad.**
- Que las nuevas normas se aplican inmedatamente, a partir del momento de iniciación de su vigencia, a las situaciones jurídicas en curso.

Para el caso que nos ocupa se ha pasado por alto este principio, pues al momento de consolidar su derecho pensional se debe dar aplicación a la normatividad que se encontraba vigente en el momento y solo se podrá cambiar dicha disposición si la nueva es más favorable, o si se está vulnerando el derecho a la igualdad.

Así las cosas, queda claro que mal podría negarse un derecho que ya fue adquirido y que su expectativa legítima se encuentra inmersa en una norma que le es más favorable y que lo que definitivamente se pretende es que no se desmejore su condición más aun cuando la misma constitución así lo garantiza.

En conclusión, es menester precisar que los regímenes de transición tienen al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de aquellas personas que se encuentran bajo una situación jurídica determinada, y que lo que se pretende es evitar que el cambio del régimen que les era aplicable, termine defraudando tales expectativas.

En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 91 de 1989 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, siempre y cuando, cumplieran a cabalidad los requisitos allí exigidos, y en los cuales no se encontraba que la prestación iba hacer liquidada únicamente con los factores de los cuales se hayan hecho cotizaciones, sino con el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios incluyendo todos los factores salariales devengados.

Es decir, queda claro que los regímenes de transición exceptúan de la aplicación en todo o en parte, lo consagrado con el nuevo régimen de la ley 100 de 1993, más aún si se tiene en cuenta que con esta nueva norma se establece que el índice base de liquidación allí indicado es desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería los principios del derecho laboral y además excluye directamente a los docentes.

Así las cosas, es evidente que la señora **SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO**, al ser vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 tiene derecho a que se le reconozca una pensión vitalicia de jubilación.

DERECHOS ADQUIRIDOS

En relación con los efectos de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, se debe recordar que el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 dispone:

“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control... tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

Por lo tanto a quienes han sido vinculados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 esto es del 06 de junio de 2003 se les debe liquidar la pensión de conformidad con lo estipulado en la Artículo 15 Numeral 1 de la Ley 91 de 1989.

Se encuentra demostrado que mi representada efectivamente fue vinculada como docente al Magisterio oficial y cotizo al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO desde el **28 de julio de 1975**, es decir que tal como lo establece la norma a quienes demostraron su vinculación antes del 06 de junio de 2003, se les liquida con el 75% del salario devengado en el último año del retiro del servicio.

Conforme a lo anterior, el precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional ha señalado que *“...por derechos adquiridos se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del*

orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que las leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente”.

Se entiende que los derechos adquiridos en materia pensional implican la protección a quienes han cumplido requisitos o causado su derecho en relación con cualquier tipo de prestación prevista en la legislación anterior o criterio jurídico precedente.

PRECISIONES Y VIOLACION DE NORMAS LEGALES

Tal como quedó demostrado en el proceso, mi representada(o) fue **vinculado** como docente al Magisterio Oficial colombiano y está cotizando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el **28 de julio de 1975**, es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual de conformidad con lo establecido en el **artículo 15 numeral primero Ley 91 de 1989**, se le debe reconocer y liquidar la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio mensual de los factores salariales del último año de servicio o del cumplimiento del status pensional.

Lo anterior tiene su sustento jurídico en lo siguiente:

1. La Ley 4ª DE 1992 en su artículo 2º establece: *"Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto **del régimen general, como de los regímenes especiales**. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales..."*

2. El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la **Ley 100 de 1993**, en su **artículo 279** exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. Con lo establecido en la **Ley 60 de 1993** mediante la cual se distribuyen competencias a los entes territoriales, en su Artículo 6 se indica:

``(...)

*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 cualquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial`*

4. Mediante la **Ley 115 de 1994**, por la cual se expide la Ley General de Educación, en su artículo 115 se estableció:

*``Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. 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.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.``

5. Con la expedición de la **Ley 812 de 2003**, estableció en su **Artículo 81**, que “el Régimen Prestacional de los docentes oficiales **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**. Subrayado fuera del texto. y que los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

6. Regulación ratificada por el **parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005** al disponer que “**El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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 esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecido en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003**”.

7. El Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil en **CONCEPTO DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 2009** radicación No 1857, manifestó sobre el régimen pensional de los docentes y los efectos del Acto Legislativo No 01 de 2005:

” ... el régimen de los docentes, atendiendo a su fecha de vinculación al servicio público docente, a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 y al régimen de transición consagrado en particular para ellos, es así:

- El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la Ley 91 de 1989 sin que termine el 31 de julio de 2010;

-El régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres, sin que termine el 31 de julio de 2010.”

8. En fallo de Tutela de fecha 21 de junio de 2018 el Consejo de Estado - Sección Quinta - Magistrado Ponente ALBERTO YEPES BARREIRO, una vez más aclaro:

“Adicionalmente, es importante tener en cuenta que con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual fue modificada en algunos apartes por la Ley 62 de 1985.

El inciso segundo del artículo 10 de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla general de pensiones, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial.

Ahora bien, por disposición del artículo 30 del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales de régimen especial.

Visto ello, advierte la Sala que el régimen pensional aplicable a la actora corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989, la cual remite a la Ley 33 de 1985, en lo que concierne al reconocimiento de la pensión de jubilación, debido a que se vinculó al servicio público

educativo oficial antes de que entrara en vigencia la Ley 812 de 2003, como se expuso.

9. En sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2018, que preciso específicamente que esta sentencia **no aplica a los docentes al servicio del Estado, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vincularon antes de 26 de junio de 2003, quienes están exceptuados** de la aplicación de la Ley 100 de 1993 por la misma ley y su régimen pensional está previsto en la **Ley 91 de 1989**, conforme lo ordena igualmente el Acto Legislativo 01 de 2005, por esta razón, estos servidores **NO ESTAN COBIJADOS POR EL REGIMEN DE TRANSICION.**

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Igualmente, en la segunda subregla indica 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, sin embargo como lo dejó estipulado la misma sala en el numeral 95 indica que estos servidores **no están cobijados por el régimen de transición**, por lo que esta última sentencia de unificación NO debe aplicarse para resolver el problema jurídico que aquí debe resolverse.

Así las cosas, no se podría determinar que a mi representado se le debe aplicar lo preceptuado en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, pues es totalmente claro que la misma no se aplicará a los docentes vinculados con anterioridad al 26 de junio de 2003.

10. En fallo de tutela emitido por el Consejo de Estado de fecha 24 de octubre de 2018, radicado 2017-3228, por la Sala de lo contencioso Administrativo Sección Cuarta, Consejera Ponente Stella Jeannette Carvajal Basto, se indicó:

*“Pues si bien la misma fijo una regla y dos sub reglas, las mismas están dirigidas a la forma como debe entenderse la aplicación del régimen general de los empleados públicos contenidos en la ley 33 de 1985, pero que se encontraban por el régimen de transición según el artículo 36 de la ley 100 de 1993, de igual forma dejó establecido **que la misma no era aplicable a los docentes vinculados al FONPREMAG al no estar cobijados por el régimen de transición, por encontrarse exceptuados de su ámbito de aplicación por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.**”*

ALCANCE DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE A UNA SENTENCIA JUDICIAL

La Corte Constitucional en Sentencia **T-309 de 2015**, realizó un estudio importante sobre la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales, indicando los requisitos generales y específicos, jurisprudencia que por su importancia para el caso en concreto me permito citar a continuación:

2.1. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

2.1.1. Después de varios años de decantar el concepto de vía de hecho³, la Corte Constitucional consideró necesario replantearlo y ampliarlo a las “*causales genéricas de procedibilidad de la acción*”. Así, en la Sentencia C-590 de 2005⁴, la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable la expresión “*ni acción*”, que hacía parte del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 porque restringía el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio del recurso extraordinario de casación en materia penal. En esa oportunidad, se dejó claro que la tutela procede contra todas las providencias judiciales ejecutoriadas cuando se cumplen con los requisitos generales de la tutela y se prueba alguna de las causales específicas de procedibilidad de esta acción constitucional contra sentencias.

2.1.2. Esta sentencia, sistematizó los **requisitos generales de procedencia de la tutela**, de la siguiente manera:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

2.1.3. En cuanto a las **causales específicas de procedibilidad** de la acción de tutela contra providencias judiciales, ese mismo fallo los resumió así:

³ Aunque la sentencia C-543 de 1992³ declaró inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que disponían la procedencia de la tutela contra sentencias ejecutoriadas, expresó que, de forma excepcional, esta acción constitucional procedía contra decisiones judiciales que, aunque en apariencia están revestidas de la forma jurídica de una sentencia, en realidad implican una vía de hecho. El concepto de vía de hecho fue desarrollado a partir de las sentencias T-079 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-158 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

⁴ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

“Para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.⁵

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución.

Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”

2.1.4. De manera que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales, como las que ahora se acusan, siempre y cuando éstas cumplan los requisitos generales de procedencia, vulneren derechos fundamentales y con ello se demuestre al menos una de las causales especiales de procedibilidad de la acción constitucional.

EL DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE COMO CAUSAL ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES.

La Corte Constitucional en la ya citada Sentencia **T-309 de 2015**, realizó también un análisis sobre el desconocimiento del precedente judicial como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela, manifestando lo siguiente:

Para efectos del presente capítulo, se hará referencia primero al desconocimiento del precedente como modalidad de defecto sustantivo y luego se procederá a analizar concretamente el desconocimiento del precedente constitucional como defecto autónomo.

2.1.5. Desconocimiento del precedente como modalidad de defecto sustantivo

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, una providencia judicial adolece de un **defecto sustantivo** cuando la autoridad jurisdiccional **“(i) aplica una disposición en el caso que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexecutable; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial –horizontal o vertical- sin justificación**

⁵ Sobre la caracterización de este defecto, ver entre otras las sentencias T-1068 de 2006 y T-266 del 3 de abril de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso^{6,7}

Por **precedente**⁸ se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de **(i) patrones fácticos** y **(ii) problemas jurídicos**, y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.⁹ La anterior noción, se ha adoptado en sentencias como la **T-794 de 2011**¹⁰, en la que la Corte indicó los siguientes criterios a tener en cuenta para identificar el precedente:

*“(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.”*¹¹

Ahora, la Corte ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el **horizontal** y el **vertical**.¹² El **primero** hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El **segundo**, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción¹³. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.¹⁴

De otra parte, el precedente además de ser criterio orientador resulta **obligatorio** para los funcionarios judiciales, por las razones que se indicaron de manera clara en la sentencia **T-830 de 2012**¹⁵ y que a continuación se transcriben:

*“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de “ley” ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción*¹⁶.

*La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe*¹⁷. *El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz*

⁶ Ver Sentencia T-087 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también, sentencias T-193 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y SU-448 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷ Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ Según el doctrinante Pierluigi Chiassoni en su libro “Desencanto para abogados realistas”, el precedente judicial puede ser entendido en cuatro acepciones; (i) precedente-sentencia, (ii) precedente-ratio, (iii) precedente-ratio autoritativo y **(iv) precedente-ratio decidendi consolidada** o precedente orientación. Este último hace referencia a “*la ratio decidendi por hipótesis común a –y repetida en– una serie (considerada) significativa de sentencias pronunciadas en un arco de tiempo anterior (...) cuya ratio tienen que ver con la decisión sobre hechos y cuestiones del mismo, o similar tipo, con hechos y cuestiones sobre las cuales se trata decidir (...)*”. Esta acepción es el precedente entendido en el sentido más restringido según el autor. Las demás acepciones hacen referencia similar al concepto propuesto por la Corte Constitucional en el sentido en que debe ser una sentencia anterior que trata de hechos cuestiones y elemento muy similares al caso que se pretende resolver.

⁹ El precedente, se diferencia del antecedente en que este último se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo oximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (Sentencia T-830 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹ Cfr. sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio. Ver también las sentencias T-1317 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-292 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹² Ver entre otras, sentencias T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-209 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹³ Ver entre otras, T-123 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-766 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio.

¹⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ En palabras de la Corte Constitucional: “*La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía*”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁷ En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

de los principios de seguridad jurídica¹⁸, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad¹⁹ en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales²⁰. En palabras de la Corte Constitucional:

“La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”²¹.

La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: *“tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes**”* y *“exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante**”²² (énfasis de la Sala).*

De conformidad con las razones expuestas, para la jurisprudencia de esta Corporación el desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un **defecto sustantivo**, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical–, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe²³.

En efecto, en las sentencias como la **T-934 de 2009**²⁴, **T-351 de 2011**²⁵, **T-464 de 2011**²⁶ y **T-212 de 2012**²⁷, la Corte consideró que los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa desconocieron el precedente del Consejo de Estado, y en consecuencia, concedió los amparos solicitados por existencia de un defecto sustantivo, ya que en dichos casos, existía un precedente consolidado sobre la tasación de las indemnizaciones por daño moral, que había sido desconocida sin razones por las autoridades demandadas²⁸.

No obstante, la anterior regla no es absoluta ya que no puede ignorarse que el derecho es dinámico y que cada caso puede presentar elementos que no fueron concebidos con anterioridad en otros fallos judiciales; en esa medida, siempre que exista una justificación razonable y proporcional, las autoridades judiciales pueden apartarse de los precedentes judiciales en atención a su autonomía y a su independencia. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

“(…) vale aclarar que la regla de vinculación del precedente no puede ser adoptada de manera absoluta (…) Por ello, siempre que se sustenten de manera expresa, amplia y suficiente, las razones por las cuales va a desconocer o cambiar una posición anterior, el operador judicial puede apartarse de ella.

¹⁸ Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuentre necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

¹⁹ La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: *“El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares”*.

²⁰ Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. *“La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos”*.

²¹ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²² Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) *“Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: stare decisis (casos previos que vinculan como precedente), ratio decidendi (la razón de ser de la decisión), obiter dicta (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)”* (traducción libre). “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

²³ Ver entre otras, sentencias T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-288 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-464 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, C-634 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁴ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

²⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁸ Lo mismo puede verse en sentencias T-156 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

(...) el juez (singular o colegiado) sólo puede apartarse de la regla de decisión contenida en un caso anterior cuando demuestre y cumpla los siguientes requisitos:

(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia). (ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)”²⁹.

Así las cosas, **los jueces tienen como deber de obligatorio cumplimiento el de acoger las decisiones proferidas por los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones** (ordinaria, contencioso administrativa o constitucional) cuando éstas constituyan precedentes, y/o sus propias decisiones en casos idénticos, por el respeto del trato igual al acceder a la justicia. Sin embargo, pueden apartarse de dicho precedente, en el caso de decisiones adoptadas por órganos de cierre sería la misma Corporación y en el caso del precedente horizontal los mismos jueces, siempre que cumplan la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico, so pena de incurrir en la causal de procedibilidad de la tutela por defecto sustantivo o material, que tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas partícipes del proceso respectivo, entre otros.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO

Conforme a la decisión contenida en la sentencia **T-309 de 2015** de la Honorable Corte Constitucional, y como causal especial de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el caso bajo examen, esta solicitud de amparo deberá considerarse procedente, por cuanto está presente la causal que hace referencia a:

Defecto material o sustantivo: Porque al proferirse las sentencias en cuestión, estas se decidieron con base en la inapropiada puesto que **mi poderdante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiada de la pensión jubilación regida por pertenecer a un régimen prestacional especial como lo es el de los docentes y estar vinculado al FOMAG con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 se le debe aplicar la Ley 91 de 1989 que para el caso en concreto remite a la Ley 71 de 1988 que desarrolla la pensión de jubilación por aportes, en, es por lo que este derecho se encuentra tutelado legalmente, pretermitiéndose por lo tanto lo establecido el artículo 58 de nuestra Carta Magna, que garantiza los derechos adquiridos con justo título.**

Igualmente, los Actos Administrativos demandados, adolecen de vicios legales al haber violado normas de carácter superior, habiéndose incurrido en errores de derecho en sus distintas modalidades como quedo plasmado en los razonamientos expuestos, que considero suficientes, para que se declare la NULIDAD TOTAL de los Actos Administrativos enunciados y se RESTABLEZCA EL DERECHO de mi poderdante.

Del precedente judicial: Se incurre en esta causal en la providencia impugnada mediante esta acción, al desconocer el precedente judicial existente sobre esta materia, tal como se expresa a lo largo de esta acción, con lo cual además se defrauda el principio de confianza legítima en las decisiones judiciales.

Tan es así que en reiterados fallos como, por ejemplo; FALLO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION “E” DEL 21 DE FEBRERO DE 2020 **PROCESO:**11001-33-35-007-2016-00325-01 **MP:** DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRES BRAVO, FALLO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION “F” DEL 06 DE AGOSTO DE 2020 **PROCESO:** 2500023420000160450000 **MP:** LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA, FALLO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINARMACA SECCION SEGUNDA SUBSECCION “E” DEL 15 DE MAYO DE 2020 **PROCESO:** 2500-23-42-000-2017-02460-00 **MP:** JAIME ALBERTO GALENO GARZON, en donde claramente se puede evidenciar el precedente judicial existente sobre la materia que si bien no son sentencias emitidas por el

²⁹ Cfr. Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

concejo de estado si son sentencias de la misma corporación objeto de la tutela con lo cual se evidencia una clara violación a derechos fundamentales como igualdad, debido proceso entre otros.

PRETENSIONES

PRIMERO: Comprobado cómo están los elementos axiológicos para la prosperidad de la acción, respetuosamente solicito **SE DEJE SIN EFECTOS** la sentencia emitida por el **CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA- SUBSECCION -A-** de fecha **03 de Marzo del 2022**, mediante la cual se confirmó parcialmente la sentencia emitida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION "F"** el **27 de Abril del 2021**. Sentencias que desconoce lo establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, solicito respetuosamente al Honorable Consejo de Estado se **ORDENE** al **CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA- SUBSECCION -A-** a proferir sentencia de fondo ordenando al **FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RECONOCER LA PENSIÓN DE JUBILACION POR APORTES a la señora SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO**, identificada con la Cédula de Ciudadanía N° **20.589.901** expedida en Bogotá, con la inclusión de todas las cotizaciones efectuadas al sistema pensional de conformidad a la ley 71 de 1988 y Ley 91 de 1989.

TERCERO: Solicito cordialmente a su distinguida Sala oficiar al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION "F"** para que allegue en su integralidad **25000234200020190050801** como quiera que el expediente ya ha sido devuelto del Tribunal al despacho de origen.

PRUEBAS

1. Copia simple de la sentencia proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION "F"** de fecha **27 de Abril del 2021**, que accede parcialmente a las pretensiones de mí representada.
2. Copia simple de la sentencia proferida por el **CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA- SUBSECCION -A-** de fecha **03 de Marzo del 2022** que confirma la sentencia de primera instancia.

ANEXOS

1. Poder conferido al suscrito por el poderdante para elevar esta acción.
2. Copia de la Cédula de Ciudadanía de mi representada.

COMPETENCIA

El **HONORABLE CONSEJO DE ESTADO** es competente para conocer de la presente **TUTELA** por ser el máximo órgano de la Jurisdicción Administrativa.

DECLARACIÓN

DECLARO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO, que no he interpuesto otra acción de tutela en relación con los hechos aquí narrados y que conozco el alcance de esta afirmación.

NOTIFICACIONES

Mi poderdante y el suscrito en la Calle 39 Bis B No. 29-52 de Bogotá D.C. E-Mail: colombiapensiones1@hotmail.com – atecionalcliente1.colpen@gmail.com – abogado26.colpen@gmail.com

AUTORIZACIÓN ESPECIAL

De la manera más respetuosa le manifiesto al Honorable Consejero(a) que autorizo expresamente a **BRAYAN ALEXANDER MOLANO CLAVIJO** identificado con cedula de ciudadanía **No. 1.032.502.572** de Bogotá D.C., a **DAVID ALEXANDER ARIAS POSSE** identificado con Cedula de ciudadanía **No. 1.010.210.139** de Bogotá D.C; quienes son asistentes o dependientes judiciales del suscrito, para que puedan examinar este proceso, así como para entregar y recibir oficios y certificaciones, sacar copia del fallo y demás actuaciones como dependientes judiciales.

De los Honorables Consejeros,



CRISTIAN ANIBAL FERNANDEZ GUTIERREZ
C.C. 1.010.225.084 de Bogotá D.C.
T.P. 338.433 del C.S. de la J.



República de Colombia
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección 7
Magistrada Ponente: Dra. Patricia Salamanca Gallo

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Demandante: Susana Imelda Jiménez Castillo
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-
 Fondo de Prestaciones Sociales del
 Magisterio
Expediente: 250002342000-2019-00508-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide la Sala en primera instancia sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la señora Susana Imelda Jiménez Castillo contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Susana Imelda Jiménez Castillo, a través de apoderado judicial, solicita lo siguiente:

“PRIMERO: Solicito que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 10498 de 12 de octubre de 2018, proferida por la Secretaria de Educación de Bogotá D.C. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Oficina Regional de Bogotá D.C., mediante la cual se NIEGA el reconocimiento de una Pensión de Jubilación.

SEGUNDO: Solicito que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 298 de 18 de enero de 2019, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Oficina Regional de Bogotá D.C., mediante la cual se resuelve un Recurso de reposición y se confirma la negativa.

TERCERO: Solicito que como consecuencia de la declaratoria de la NULIDAD de la Resolución No. 10498 de 12 de octubre de 2018 y la 298

de 18 de enero de 2019, proferidas por la secretaria de Educación de Bogotá D.C – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio Regional Bogotá D.C. se CONDENE a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá D.C. (...), a:

3.1. Realizar los trámites necesarios para que los aportes efectuados por mi representada en el ISS hoy (Colpensiones), sean trasladados junto con sus rendimientos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.2. Realizar los trámites necesarios para que los aportes efectuados por mi representada en la AFP PROTECCIÓN hoy, sean trasladados junto con sus rendimientos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.3. Realizar los trámites necesarios para que los aportes que se realizaron al sistema pensional, por los tiempos laborados por mi representada COMO INTERINA antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 con la Secretaria de Educación de Bogotá, sea trasladados junto con sus rendimientos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CUARTO: Solicito que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá D.C., reconocer, liquidar y pagar las mesadas pensionales desde la fecha de estatus pensional y hasta cuando se verifique su pago, con los reajustes de ley para cada año.

QUINTO: Solicito que se condene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá D.C. a realizar la indemnización moratoria establecida en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

SEXTO: Solicito que se condene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional de Bogotá D.C. a no hacer ningún tipo de descuento para salud sobre los valores que se lleguen a reconocer en el retroactivo, toda vez que mi representada no ha recibido servicio de salud alguno por estos valores que se le lleguen a reconocer.

SÉPTIMO: Solicito que se ordene a la parte demandada dar cumplimiento a la sentencia en el término fijado por el artículo 187 y 192 del CPACA.

2. Hechos

Indica que la demandante nació el 30 de noviembre de 1955 y labora como docente al servicio del Estado. Anota que prestó servicios por más de 20 años; y cotizó a seguridad social en pensiones en las siguientes entidades: Secretaría de educación de Cundinamarca, Colpensiones, protección y en la Secretaría de Educación de Bogotá,

Señala que una vez cumplió el estatus de pensionada el 17 de noviembre de 2013, solicitó a la Entidad demandada el reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en las Leyes 91 de 1989, 71 de 1988 y 812 de 2013. Agrega que la Entidad demandada negó la petición por cuanto se vinculó después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sin embargo, no tuvo en cuenta los tiempos laborados mediante contrato de prestación de servicios, licencias de maternidad antes de la mencionada Ley.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estima como violados los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Leyes 71 de 1988, 62 de 1985, 91 de 1989 y 100 de 1993; y el Decreto 2709 de 1994.

Indica que la Entidad demandada negó el derecho a la pensión al considerar que no reunía los requisitos exigidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, régimen aplicable conforme la Ley 812 de 2003; sin embargo, desconoció que la demandante se vinculó al servicio docente estatal antes de la expedición de la mencionada ley en interinidad, por lo que tiene derecho al régimen pensional.

Señala que la pensión debe ser reconocida conforme lo previsto en la Ley 71 de 1988 con la inclusión de todos los factores devengados, pues se vinculó como docente en vigencia de la Ley 91 de 1989, por lo que se deben declarar la nulidad de los actos demandados, pues fueron expedidos con falsa motivación.

4. Contestación de la demanda. (f. 81 s.)

La Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando:

Sostiene que el reconocimiento de la pensión de jubilación para los docentes depende de la fecha de su vinculación. Anota que la demandante se vinculó a la entidad mediante nombramiento provisional a partir del 5 de febrero de 2004, en vigencia la Ley 812 de 2003.

Indica que la mencionada Ley, establece que el régimen pensional de los docentes que se vinculen a partir de su entrada en vigencia (27 de junio de 2003) es el de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en esas normas, con excepción de la edad que es de 57 años para hombres y mujeres; y los vinculados con anterioridad se les aplica el régimen pensional anterior.

Señala que la demandante no reúne los requisitos para el reconocimiento de la prestación conforme al régimen pensional aplicable. Agrega que tampoco le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 pues debe acreditar 20 años de servicios tanto públicos como privados, lo que no acreditó.

Manifiesta que en torno a los periodos laborados como docente interina, que se trata de una relación contractual de prestación de servicios y no a una vinculación laboral, por la cual durante el tiempo que el docente labore en esta modalidad debe realizar sus aportes a seguridad social conforme lo establece la Ley 797 de 2003; y no le correspondía a la Administración realizar descuentos con esa finalidad. Anota que la demandante laboró en esta modalidad en los años 2002 y 2003 por varios periodos interrumpida.

Sostiene que la actora se vinculó como docente oficial en la Secretaría de Educación de Cundinamarca el 28 de julio de 1975 hasta el 1 de mayo de 1980; y desde esa fecha se volvió a vincular con la entidad de manera formal el 5 de febrero de 2004, por lo que es claro que perdió la continuidad, pues trascurrieron más de 20 años sin que la accionante estuviera afiliada al Fonpremag.

Propone las excepciones:

4.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva. Señala que teniendo en cuenta la naturaleza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no está llamado para reconocer prestaciones sociales y mucho menos trámite de traslado de aportes, pues los mismos son meramente administrativos y deben ser realizados por la Secretaría de Educación de la entidad territorial a la que pertenece la demandante. Agrega que solo se limita a pagar las prestaciones que son tramitadas por las secretarías de educación.

4.2. **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido.** Indica que, al no haber actuado con el fin de atentar en contra de los derechos laborales de la demandante, por el contrario, se encuentran satisfechos pues no se ha violado norma alguna.

4.3. **Legalidad del acto administrativo.** Manifiesta que los actos demandados son proferidos ajustados a la Ley, ya que fueron expedidos por la autoridad competente, se resuelve de manera particular un a solicitud y fue notificada de manera correcta.

5. Audiencia inicial

En audiencia inicial celebrada el 24 de enero de 2020 (f. 104), se resolvió que la excepción de falta de legitimación en la causa de hecho no estaba llamada a prosperar en esa etapa procesal; y que la legitimación material se analizaría con la sentencia. Así mismo, se precisó que las excepciones denominadas "*Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*" y "*legalidad del acto administrativo*", serían analizadas en la sentencia ya que los argumentos en que se sustentan no impedían un pronunciamiento de fondo. (f. 104 vto)

6. Alegatos de conclusión.

Corrido el traslado para alegar (f. 176), las partes presentaron alegatos y el **Ministerio Público** rindió concepto en los siguientes términos:

6.1. Parte actora (f. 190 s)

La apoderada de la parte actora señala que se debe reconocer la pensión de jubilación de la demandante conforme las Leyes 91 de 1989 y 77 de 1988, ya que se vinculó como docente oficial antes de la entrada en vigencia la Ley 812 de 2003. Anota que la clase de vinculación no es razón suficiente para negar el derecho, pues prestó sus servicios como docente, por lo que el tiempo de servicios como docente en interinidad deben ser tenido en cuenta como tiempo de servicio para el reconocimiento de la prestación.

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

6.2. Entidad demandada.

La apoderada de la Nación, Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio señala que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, establece que el régimen pensional aplicable a los docentes que se vinculen a partir de su entrada en vigencia (27 de junio de 2003) es el de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en esas normas, con excepción de la edad que es de 57 años para hombres y mujeres; y los vinculados con anterioridad se les aplica el régimen pensional anterior.

Anota que la demandante se vinculó el 5 de febrero de 2005 en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que su régimen pensional es el señalado en esa norma y por lo tanto no le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión en los términos que los reclama.

6.3. Ministerio Público. (f. 97s.)

El Procurador 21 Judicial II para asuntos Administrativos, luego de analizar los antecedentes de la demanda, señala que el problema jurídico "*a resolver es las vinculaciones de la demandante antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, ¿a efectos de establecer su situación jurídica?*" (f. 183)

Indica que el régimen pensional de los docentes se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial, para aquellos docentes que se vinculen en vigencia de la Ley 812 de 2003 se encuentran amparados por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Para los docentes vinculados antes de la mencionada ley 812, se les aplican las disposiciones anteriores. Agrega que así lo estableció el Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2018.

Señala que la demandante nació el 30 de noviembre de 1955 y que laboró desde el 28 de julio de 1975 hasta el 1 de mayo de 1980 en la Secretaría de Educación de Cundinamarca, tiempo después ingresó a la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 25 de febrero de 2002 hasta el 12 de diciembre

de 2003 como docente interino. Anota que es claro que la actora se vinculó antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que su régimen pensional es el que determina la Ley 91 de 1989, que no es otro que la Ley 33 de 1985.

Afirma que el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión a la demandante no se encuentra ajustada a derecho, por lo que las pretensiones de la demanda deben ser concedidas.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtido el trámite legal del proceso ordinario y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a adoptar la decisión que en derecho corresponda.

1. Problema jurídico

En el presente asunto en problema jurídico se contrae a establecer, en (i) si le asiste razón a la demandada, Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fonpremag- en cuanto a la configuración de la falta de legitimación material, en caso negativo corresponde determinar, (ii) Determinar la norma que regula el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante en su calidad de docente; y si cumple los requisitos para acceder a la prestación (iii) si procede ordenar los descuentos por concepto de salud del retroactivo pensional; y, (iv) si corresponde ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios previstos en la Ley 100 de 1993.

Para desatar los puntos de inconformidad, la Sala considera que deben hacerse las siguientes precisiones:

2. Sobre la legitimación en la causa de FONPREMAG

La Entidad argumenta que no expidió los actos administrativos demandados, por lo que no es la legitimada para asumir el pago de la prestación reclamada, tesis que no comparte la Sala por las siguientes razones:

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tuviere más del 90% del capital.

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispuso que las prestaciones sociales que pagara el Fondo Nacional del Magisterio serían reconocidas por éste, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo y que el acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales del Magisterio se haría mediante resolución que llevaría la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial certificada, a la que se encuentre vinculado el docente.

Así entonces, se encuentra establecido que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el encargado del **pago** de las prestaciones sociales del personal docente que son reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación, función que se delega en las entidades territoriales, conforme lo previsto en el artículo 9º de la norma referida, razón por la cual es válido que el acto de reconocimiento de prestaciones de los docentes corresponda a la respectiva entidad territorial y su pago a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pues por mandato de la Ley, debe hacerse cargo de dichas prestaciones. Lo anterior debido a que, a fin de agilizar los diferentes trámites, la Ley dispuso que podía delegar tal función en las entidades territoriales.

Así las cosas, está claro que el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les corresponde a las Secretarías de Educación de las entidades a la que se encuentre vinculado la docente, esto es, realizar el trámite correspondiente para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo; entidades que actúan en representación del Ministerio de Educación Nacional.

Así mismo, advierte la Sala que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 2831 de 2005, reglamentario de las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, las Secretarías de Educación cumplen las siguientes funciones en lo que a reconocimiento de prestaciones se refiere:

“Artículo 3. GESTIÓN A CARGO DE LAS SECRETARÍAS DE EDUCACIÓN. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, 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, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

(...)

Num. 2°. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

Num.3° Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación....”

Num. 4° Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.
 (...)

Parágrafo 2° Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo”.

Es por ello que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de fecha 23 de mayo de 2002, al hacer referencia a los litigios similares a los de autos, expuso:

“En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se

encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.”¹

El Consejo de Estado, en sentencia del 20 de febrero del 2020, al estudiar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

4.1.1. “¿La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está legitimada en la causa por pasiva para responder por el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante?

(...)

(...) Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes.

(...)

las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios la docente peticionaria, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional de la docente interesada, según la normatividad vigente².

En ese orden de ideas, si bien la Secretaría de Educación del ente territorial interviene, lo cierto es que en el caso de reconocimiento pensional, actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, como la encargada de elaborar el proyecto de resolución que reconoce o niega la prestación social, resolución que con posterioridad debe ser aprobada o no por la sociedad fiduciaria, quien administra los recursos del Fondo de Prestaciones.

En consecuencia, acorde con lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la Sala de Subsección considera que la entidad responsable del reconocimiento pensional solicitado por la señora LUZ ELENA PÉREZ PALACIO es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y no la entidad territorial, de modo que la falta de legitimación en la causa

¹ Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, Concepto de Fecha 23 de Mayo de 2002, Radicado No 1423, Magistrado Ponente: Cesar Hoyos Salazar.

² En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

por pasiva formulada en el recurso de apelación no está llamada a prosperar.

En ese sentido, se reiterará la posición adoptada en auto del 18 de julio de 2019³, en el que esta Subsección sostuvo que la entidad encargada del reconocimiento de prestaciones sociales es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de modo que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva no está llamada a prosperar y en concordancia con ello, en este aspecto la sentencia impugnada será confirmada.”⁴

De lo anterior se colige que la Secretaría de Educación de Bogotá no debe asumir responsabilidad alguna, pues la Entidad no es quien toma la decisión de conceder, o no, la pensión, razón por la cual el argumento de impugnación no se encuentra llamado a prosperar.

3. De la pensión de jubilación.

La Corte Constitucional, respecto de la pensión ha señalado que: *“La pensión de jubilación, es una de las prestaciones sociales básicas, que tuvo un origen legal pero goza hoy de jerarquía constitucional, pues aparece expresamente consagrada en la Carta Política, motivo por el cual constituye una conquista laboral del más alto nivel que no puede ser suprimida ni desconocida por el legislador”.*

También la misma Corporación, sobre las exigencias para acceder a la pensión como derecho, ha indicado:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la pensión de vejez como una prestación que permite al trabajador que cumplió con los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez que, al dejar de ejercer su actividad laboral, continúe percibiendo un ingreso económico que le permita satisfacer las necesidades básicas de él y de su familia.” (Negrilla fuera de texto)

El artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prevé que para adquirir el derecho a la pensión es necesario cumplir con la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización o capital necesario, así como las demás condiciones que señale la ley.

Entonces, para acceder al derecho pensional, se exige el cumplimiento de

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Auto que resuelve recurso de apelación. Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01243-01(2620-17). M.P.: William Hernández Gómez.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A” sentencia del 20 de febrero de 2020. Rad. 05001-23-33-000-2012-00595-01(3475-15) Actor: Luz Elena Pérez Palacio.

unos requisitos que en cada época fija el legislador, que son edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, monto o cuantía y factores o salario base de cotización o capital, según el régimen prestacional.

3.1. Régimen pensional de los docentes

La Sala advierte que el Decreto 2277 de 1979, por medio del cual se adoptaron las normas para el ejercicio de la profesión docente, no hizo ninguna previsión en torno a la pensión ordinaria de jubilación; fue la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la que determinó en su artículo 15 que el régimen aplicable a los docentes sería el de los pensionados del sector público nacional.

Posteriormente la Ley 60 de 1993 dispuso en su artículo 6º que los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales quedarían sometidos, en cuanto a la pensión de jubilación ordinaria, a lo previsto en la Ley 91 de 1989, previsión que se reiteró en la Ley 115 de 1994.

En razón a las regulaciones así expuestas el Consejo de Estado en pronunciamiento de 24 de noviembre de 2005 expediente 2000-00030-01 Actor Eusebio Leal Muñoz, concluyó que los docentes tienen un régimen pensional especial sólo en lo que tiene que ver con la pensión gracia, pero no en lo atinente a la pensión ordinaria, la cual era susceptible de ser reconocida según el régimen general de pensiones vigente, **hasta antes de la expedición de la Ley 100 de 1993**. Así pues, a fin de obtener el derecho a la pensión los docentes, se han sometido a los regímenes pensionales ordinarios previstos en las siguientes normas:

- **Ley 6ª de 1945** precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distinción de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuo o discontinuo para el Estado;
- **Ley 33 de 1985**: que fijó la edad de reconocimiento en 55 años sin distinción de sexo;

- **Ley 71 de 1988:** determinó en 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, la edad para obtener el estatus pensional, **para el caso de pensiones por aportes;**
- **Ley 812 de 2003:** en su artículo 81 dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados a la fecha en que ésta fue expedida sería el establecido en las disposiciones vigentes; y que los docentes vinculados con posterioridad a su expedición tendrían *"...los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres..."*.

Es del caso anotar que la Ley 100 de 1993, no rigió en forma directa las pensiones de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, dado que los exceptuó de su aplicación por expresa previsión de su artículo 279.

Así las cosas, se concluye que las pensiones de jubilación de **los docentes vinculados hasta antes del 27 de junio de 2003**, se encuentran sometidos al régimen previsto en la Ley 33 de 1985 y por ende los factores para determinar la base sobre la cual se debe liquidar la pensión son los previstos en la Ley 62 de 1985, o por la Ley 71 de 1988 y para quienes ingresaron a partir de dicha fecha, se rigen por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Así lo determinó el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, precisó que el régimen pensional de los docentes se determina por la fecha de ingreso al servicio educativo estatal, o lo que es lo mismo, desde la fecha de su vinculación.

" 2. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. 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 f previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres⁵.

Cabe precisar que aunque el Acto Legislativo No. 1 de 2005 estableció límites temporales a la vigencia de los regímenes especiales, estos no aplican a los educadores, pues la misma normativa constitucional reguló en forma especial el régimen docente, en el parágrafo transitorio 1° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 en el cual precisó que “...el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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 esta...”; aclarando que los docentes vinculados a partir de la vigencia de la mencionada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes que contemplan el sistema general de pensiones.

En tal sentido se pronunció el Consejo de Estado en un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el que indicó el alcance del Acto Legislativo 01 de 2005 frente a los docentes, así:

“...el régimen de los docentes, atendiendo a su fecha de vinculación al servicio público docente, a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 y al régimen de transición consagrado en particular para ellos, así:

- El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la ley 91 de 1989;
- El régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres.

⁵ Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, C.P. César Palomino Cortés, rad. 680012333000201500569-01 demandante Abadía Reynel Tolosa.

Atendiendo los antecedentes del parágrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial.”⁶

Además, se debe destacar que el artículo 1º del Acto Legislativo estableció que no existirían regímenes especiales “sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos” por lo que se debe entender que tal previsión dejó a salvo el régimen docente en los términos ya mencionados.

3.2. Del cómputo del tiempo de servicio prestado como docente interino o mediante contrato de prestación de servicios.

La Sala resalta que el Consejo de Estado ha indicado que los tiempos laborados tanto en interinidad y mediante contratos pueden ser contabilizados para obtener el reconocimiento de la pensión, es así como la Corporación precisó:

“ la Sala estima necesario precisar que si bien en el ordenamiento jurídico colombiano no se define expresamente la naturaleza de la interinidad, como una forma de proveer cargos docentes, esta Corporación ha sostenido que dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos. Lo anterior, constituye una forma de vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, esto es, a través de la toma de posesión de un cargo docente dando lugar, en consecuencia, a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, tal y como ocurrió en el caso de la María Dulfay Ferreira Giraldo. (...). Para la Sala resulta evidente que la vinculación laboral docente de la señora María Dulfay Ferreira Giraldo como docente interina del 16 de enero al 15 de marzo de 1979, es válida para acreditar el tiempo de servicio”⁷

Es oportuno señalar que la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo es pacífica en torno a que los tiempos de servicios

⁶ Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil concepto de 10 de septiembre de 2009, Exp. Rad. 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857), actor: Ministerio de Hacienda Y Crédito Público Y Ministerio de la Protección Social

⁷ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B” sentencia del 27 de enero de 2017, Rad. 76001-23-33-000-2013-00406-01 actor María Dulfay Ferreira Giraldo

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

prestados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, también debe ser tenidos en cuenta para efectos pensionales, al respectó señaló en sentencia del 11 de febrero de 2021:

“Del recuento previamente expuesto y en atención a la jurisprudencia constante de esta Corporación, es claro que procede contabilizar el tiempo durante el cual la demandante prestó sus servicios al Estado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, pues es evidente que tal vínculo no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajeno al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos:

i) Se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones; ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos; y iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado”⁸.

3.3. De los factores de liquidación

La Sala advierte que la Ley 62 de 1985, estableció un listado de factores con los cuales deben ser liquidadas las pensiones. Algunas sentencias adoptaron la tesis según la cual los factores enlistados eran los únicos que podían ser tenidos en cuenta en la base de liquidación, mientras que otra corriente de fallos optó por señalar que éstos no eran taxativos, razón por la cual dichas providencias ordenaban incluir algunos que no estaban mencionados en la Ley. Con la sentencia del 4 de agosto de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado, se determinó que los factores de liquidación que debían tenerse en cuenta para liquidar las pensiones bajo el régimen de la Ley 33 y 62 de 1985 son todos aquellos que constituyen salario.

No obstante lo anterior, en sentencia de unificación proferida por el Órgano Vértice de esta jurisdicción el 25 de abril de 2019, se adoptó un criterio armónico con la segunda subregla propuesta por esa Corporación en la sentencia del 28 de agosto de 2018, en la que se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A” sentencia del 11 de febrero de 2021 Rad: 54001-23-33-000-2012-00047-01(1990-14) actor: Rosa Julia Albarracín Camargo

pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, presentando un parámetro de interpretación distinto al que había fijado en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

La sentencia de unificación fijó la regla Jurisprudencial que se debe tener para liquidar la pensión de jubilación de los docentes oficiales, en los siguientes términos:

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 1° 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.” (negrilla del texto)*

3.4. Responsabilidad del empleador en el pago de aportes.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ⁹ ha señalado que en torno a las pensiones de jubilación y de vejez, el empleado debe efectuar aportes a pensión durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a dichas prestaciones, de manera que cuando se ordena la inclusión de factores salariales en una reliquidación pensional sobre los cuales no se hayan efectuado las respectivas deducciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969¹⁰, *“siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar”*.¹¹ Explica el Alto Tribunal que con ello se busca proteger las finanzas del Estado, pues de omitirse tales descuentos se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. De igual forma, se ha indicado que el monto del descuento debe

⁹ Consejo de Estado, SU-2006-07509-01, de 4 agosto de 2010. MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁰ Artículo 99. Deducciones por aportes que se adeuden. «Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondientes, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio».

¹¹ *Ibidem*.

ser asumido por el empleador y el trabajador en los porcentajes que establece la Ley, aplicable cuando se ordena incluir un factor que no constituye base de cotización al Sistema General de Pensiones.

Sin embargo, en los términos previstos en los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993, “[e]l empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”; y “a las entidades administradoras de los diferentes regímenes [les corresponde] adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador”. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-291 de 2017, así:

“En este orden de ideas, por tratarse de obligaciones que la ley le ha asignado expresamente a los empleadores no podrán ampararse en su propia culpa para exonerarse de su cumplimiento, y mucho menos para evadir las consecuencias de dicha omisión. Por esta razón, si los empleadores no realizan los aportes a pensión respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo hecho, nunca pagó los aportes no puede quedar desamparado el trabajador frente a su expectativa a obtener un derecho pensional. La responsabilidad será diferente en ambas situaciones: (i) si el empleador nunca afilió a su trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, será este quien deba asumir el pago de la pensión en el momento en que el trabajador reúna los requisitos para que le sea reconocida, y será responsabilidad única y exclusiva de este sujeto, como una pensión patronal. (ii) Por el contrario, si este último si se encontraba afiliado al sistema, bien sea al régimen de prima media con prestación definida, o al régimen de ahorro individual y solidaridad, pero su empleador omitió efectuar los aportes respectivos al sistema durante todo o parte del tiempo que un empleado laboró para él, la responsabilidad por esos dineros dependerá de si el fondo de pensiones respectivo llevó o no a cabo la gestión de cobro al empleador por estas sumas. En este sentido, si tal diligencia fue llevada a cabo por el fondo o la administradora de pensiones, que demuestra que hizo las gestiones necesarias para lograr el pago de los aportes pero que a pesar de ello, el empleador no aportó los dineros, responderá este último nuevamente”.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 31 de mayo de 2018 en la que señaló “que cuando se presente omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios”. Preciso que “para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus

beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro”.¹² Y más adelante la Corte señala que “concordante con lo dicho, no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social”.

Posición que la Sala considera que se debe armonizar con la sentencia de unificación SU-226 del 23 de mayo de 2019, en la que indicó que “tratándose de las garantías de la seguridad social, debe partirse del reconocimiento de una regla constitucionalmente clara, desarrollada de modo pacífico por este Tribunal: el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional, pues estas dos partes (el empleador y las entidades administradoras) están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes. Una actuación contraria a este presupuesto jurisprudencial sería abiertamente trasgresora del derecho a la seguridad social del titular de la pensión a que haya lugar”.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia del 11 de febrero de 2021, al analizar el reconocimiento de una pensión de un docente con vinculación contractual, señaló:

“Dentro de la citada protección especial, no solo va inmersa la obligación de la entidad demandada de realizar los aportes al régimen pensional al cual está afiliada la accionante, sino también la responsabilidad de incluir el porcentaje que le correspondía al trabajador, al no haberle realizado ningún descuento,¹³ situación que se presenta en el caso del sub lite, pues,

¹² Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, SL069-2018 Rad. 60445

¹³ El artículo 22 de la Ley 100 de 1993 consagra lo siguiente: **OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR.** El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

según las pruebas obrantes en el plenario, la demandante no cotizó para pensión durante el periodo en que se desempeñó como contratista ni tampoco se observa que el municipio de los Patios hubiere realizado los aportes respectivos

Sobre el particular, esta Corporación señaló:

[...] resulta pertinente evocar la sentencia de 28 de mayo de 2015 de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), que explicó lo siguiente: De conformidad con el art. 17 de la L. 100/1993, modificado por el art. 4 de la L. 797/2003, durante la vigencia de la relación laboral, es obligación del empleador afiliar a su trabajador y efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones, y es también el único responsable de realizar el pago de tales aportes -incluido el porcentaje que le corresponde al trabajador[...]. Ello significa que si el empleador incumple las obligaciones que el Sistema de Seguridad Social le impone, debe soportar no sólo el pago de tales aportes, también las demás sanciones a que haya lugar[...]

Así las cosas, es dable computar los tiempos laborados por la actora bajo la modalidad de «contratos de prestación de servicios» para efectos del reconocimiento prestacional; y la entidad demandada – en este caso el Departamento de Norte de Santander, quien a su vez deberá repetir contra el municipio de los Patios - tiene la responsabilidad de incluir el porcentaje que le correspondía al empleado, al no haberle realizado ningún descuento¹⁴.”

Así las cosas, si un empleador omite efectuar al sistema los aportes de su empleado respecto a algunos factores previstos en la ley, durante todo o parte del tiempo, no se pueden trasladar las consecuencias al trabajador, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes.

De esta manera, cuando los descuentos no se hayan efectuado en razón a que el empleador o el fondo de pensiones incumplieron sus obligaciones, de un lado cotizar; y del otro, exigir su pago, no procederán las deducciones de las sumas a reconocer al pensionado por concepto de aportes para pensión no realizados respecto a aquellos factores que se encuentran incluidos en la

a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

¹⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A” sentencia del 11 de febrero de 2021 Rad: 54001-23-33-000-2012-00047-01(1990-14) actor: Rosa Julia Albarracín Camargo

norma aplicable, pues, aunque se debieron realizar no se recaudaron por omisión del empleador.

Sin embargo, la Entidad demandada puede perseguir el recaudo de la totalidad de los aportes impagados a la Entidad empleadora, actividad interadministrativa que **no constituirá requisito u obstáculo alguno** para el cumplimiento de la condena.

3.5. Caso concreto

En el caso de autos se tiene que la señora Susana Imelda Jiménez Castillo nació el 30 de noviembre de 1955 (fl. 138), por lo que los 55 años de edad los cumplió el 30 de noviembre de 2010; y conforme a las certificaciones expedidas por las Secretaría de Educación de Cundinamarca – (f. 44) y Secretaría de Educación de Bogotá (f. 52), se observa que prestó sus servicios como docente de la siguiente forma:

Entidad	Período		Total	Fondo de previsión
	Desde	Hasta		
Secretaría de Educación de Cundinamarca	28/07/1975	01/05/1980	4 años 9 meses y 4 días	Fonpremag (f. 44)
Secretaría de Educación de Bogotá-	05/02/2004	19/01/2007	2 años 11 meses 14 días	Fonpremag
Secretaría de Educación de Bogotá	19/02/2007	17/12/2007	9 meses 27 días	Fonpremag
Secretaría de Educación de Bogotá	23/01/2008	20/06/2008	4 meses 28 días	Fonpremag
Secretaría de Educación de Bogotá	21/06/2008	11/12/2009	1 año 5 meses 21 días	Fonpremag
Secretaría de Educación de Bogotá	12/12/2009	12/07/2010	7 meses	Fonpremag
Secretaría de Educación de Bogotá	27/07/10	9/03/2018 ¹⁵	7 años 7 meses 13 días	Fonpremag
Total años de servicios			18 años 7 meses 27 días.	

De igual forma, se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá como docente en interinidad así se establece de las certificaciones proferidas por esta entidad (fs. 54, 143)

¹⁵ La demandante se encontraba activa a la fecha de expedición de la certificación.

Entidad	Acto administrativo	Período		Total
		Desde	Hasta	
Secretaría de Educación de Bogotá	Resolución 504 1/3/2002	25/02/2002	22/03/2002	25 días
Secretaría de Educación de Bogotá	Resolución No. 1195 de 2002	1/04/2002	21/06/2002	2 meses 21 días
Secretaría de Educación de Bogotá	Resolución 2319 de 2002	15/07/2002	11/10/2002	2 meses 28 días
Secretaría de Educación de Bogotá	Resolución 3503 de 2002	15/10/2002	30/11/2002	1 mes 15 días
Secretaría de Educación de Bogotá	Resolución 682 3/03/2003	7/02/2003	11/04/2003	2 meses 3 días
Secretaría de Educación de Bogotá	Resolución 941 27/03/03	21/04/2003	22/04/2003	1 día
Secretaría de Educación de Bogotá	Resolución 1286 30/04/2003	23/04/2003	27/06/2003	2 meses 5 días
Secretaría de Educación de Bogotá	Resolución 2146 del 30/07/2003	14/07/2003	12/12/2003	4 meses 28 días
Total años de servicios en interinidad				1 año 5 meses 6 días

Se advierte que son dos los motivos por los cuales la Entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión a la demandante, el **primero**, no contabilizó los periodos laborados como docente interina, precisando que se prestaron mediante una relación contractual de prestación de servicios y no laboral donde la accionante debía asumir el pago de dichos aportes.

La posición asumida por la Administración se aparta de la pacífica jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se indica que la vinculación en interinidad es una relación y reglamentaria con carácter autónomo transitorio, que debe ser contabilizada para efectos pensionales; como también deben ser tenidos en cuenta los tiempos prestados a través de contratos de prestación de servicios.

El **segundo** motivo, tiene que ver con la vinculación a la entidad mediante nombramiento provisional a partir del 5 de febrero de 2004, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, desconociendo las vinculaciones laborales que tuvo la demandante en años anteriores.

La Sala advierte que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, no exige que para la fecha de entrada en vigencia el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, toda vez que lo que cuenta para los efectos pensionales es el tiempo de servicio, por lo que, la pérdida de continuidad no puede constituirse en una causal de pérdida de la transición o del derecho pensional.

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

Así las cosas, como está acreditado en el plenario que la demandante estuvo vinculada al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003, por lo que es claro, contrario a lo decidido en el acto acusado, el derecho prestacional de la accionante no se rige por lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En ese orden de ideas, como el ingreso al servicio docente oficial de la demandante fue el **28 de julio de 1975** (f.44), al que regresó el 25 de febrero de 2002 (f. 54), según lo ha indicado la jurisprudencia tiene derecho a que se le reconozca la pensión de conformidad con el régimen anterior previsto para los servidores públicos del orden nacional, como lo dispone el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, norma especial que permite que a estos servidores la prestación le sea reconocida bajo las normas del régimen general pensiones vigentes antes de la Ley 100 de 1993, como lo es la Ley 33 de 1985.

Se observa que, para el 22 de agosto de 2018, fecha en que la docente elevó la solicitud de reconocimiento pensional ante la Entidad demandada (f.14) acreditó más de 20 años de servicios al sector público. Así las cosas, el análisis del derecho reclamado se rige según lo previsto en la Ley 33 de 1985, que exige para el reconocimiento de la pensión cumplir los requisitos de edad (55 años) y el tiempo de servicio público (20 años).

Es oportuno señalar que la parte demandante solicita que le sean tenidos en cuenta los tiempos laborados en el Instituto Andrés Fey – Hnas del Niño Jesús Pobre, desde el **1 de febrero de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2001**, los cuales fueron cotizados a Protección según se desprende de la certificación que obra a folio 147. Cabe precisar que las primeras 123 semanas de dicho período fueron cotizadas por dicho Instituto a Colpensiones, esto es, del 1 de febrero de 1997 hasta el 31 de julio de 1999 (f. 149) y luego trasladadas a Protección, a través de bono pensional.

La Sala considera que este período no puede ser contabilizado para completar tiempo de servicio en el régimen de prima media con prestación definida, pues los aportes pertenecen al régimen **de ahorro individual con**

solidaridad¹⁶ (RAIS) el cual no es compatible con el de prima media que se reconoce a los docentes. En consecuencia, solo sería procedente contabilizarlo para reconocer la prestación en los términos de la Ley 100 de 1993.

La Sala advierte que la Corte Suprema de Justicia sobre el tema precisó que la decisión *“era equivocada al conceder prestaciones propias del régimen de prima media a quienes se encuentran en el RAIS, dado que ‘el carácter excluyente de los mismos impide que las regulaciones de uno y otro se combinen¹⁷’”*

La Corte Constitucional en sentencia C-401 de 2016, precisó que *“El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos aquellos y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, las cuales, una vez ocurren, dan lugar al reconocimiento de las pensiones de invalidez, jubilación y sobrevivientes, respectivamente. Esto se logra básicamente a través de dos regímenes excluyentes regidos por el principio de la solidaridad: (i) el régimen de prima media con prestación definida y (ii) el sistema de ahorro individual con solidaridad”*. (negrilla fuera de texto)

En el caso de autos, La Sala considera que los tiempos que se deben tener en cuenta para otorgar la pensión en los términos de la Ley 33 de 1985 son los siguientes:

Período		Total
Desde	Hasta	
28/07/1975	01/05/1980	4 años 9 meses y 4 días
25/02/2002	22/03/2002	25 días
1/04/2002	21/06/2002	2 meses 21 días
15/07/2002	11/10/2002	2 meses 28 días
15/10/2002	30/11/2002	1 mes 15 días
7/02/2003	11/04/2003	2 meses 3 días
21/04/2003	22/04/2003	1 día
23/04/2003	27/06/2003	2 meses 5 días
14/07/2003	12/12/2003	4 meses 28 días
05/02/2004	19/01/2007	2 años 11 meses 14 días
19/02/2007	17/12/2007	9 meses 27 días
23/01/2008	20/06/2008	4 meses 28 días
21/06/2008	11/12/2009	1 año 5 meses 21 días
12/12/2009	12/07/2010	7 meses
Subtotal		12 años 5 meses 10 días

¹⁶ Ver: artículo 59 de la Ley 100 de 1993. Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “A” Sentencia del 7 de marzo de 2013, rad. 25000-23-25-000-2010-01214-01(1913-12) actor: Luis Hernando Guzmán Calderón, Corte Constitucional SU-856 de 2013

¹⁷ Corte Suprema de Justicia sentencia 14 de noviembre de 2012 actor Pedro Antonio Montoya Medina

27/07/2010	13/02/2018	7 años 6 meses 20 días
Total de tiempo		20 años

Así las cosas, aunque la demandante reclama el reconocimiento de la pensión a partir del 11 de diciembre de 2013, la pretensión no se encuentra llamada a prosperar como quiera que el requisito de tiempo de servicio solo se cumplió el **13 de febrero de 2018**.

Así las cosas, se reitera que la demandante cumplió los requisitos exigidos por la norma para ser beneficiaria de la pensión en los términos de la Ley 33 de 1985, el 13 de febrero de 2018, por lo tanto, la prestación se debe reconocer a partir del día siguiente, esto es, **14 de febrero de 2018** equivalente al 75% del promedio de los factores cotizados en el último año de servicios, en armonía con lo expuesto en precedencia. Es del caso establecer que en el presente caso no operó el fenómeno de la prescripción, pues entre la fecha de la petición 22 de agosto de 2018 (f. 2) y la presentación de la demanda 26 de marzo de 2019 (f. 56), no transcurrieron tres años.

En el caso de autos, la Sala concluye que la accionante tiene derecho a que la pensión sea reconocida con aplicación de la Ley 33 de 1985 de conformidad con la Ley 91 de 1989, edad de 55 años y 20 años de servicios públicos y la tasa de reemplazo equivalente al 75% de los factores cotizados en el año anterior a la adquisición de estatus, efectiva a partir del **14 de febrero de 2018 con los reajustes anuales de ley**.

Advierte la Sala que de acuerdo a las reglas fijadas por las actuales sentencias de unificación del Consejo de Estado, en torno a que se deben tener en cuenta en liquidación de la pensión los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes para pensión y sobre los cuales se haya debido efectuar aportes conforme a la ley; es del caso determinar cuáles factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios (13 de febrero de 2017 al 13 de febrero de 2018) deben ser tenidos en cuenta para liquidar la pensión de la demandante, se realizará un cuadro comparativo así:

Factores Ley 62 de 1985	Devengados en el último año de servicio anterior al retiro 13 de febrero de 2017 al 13 de febrero de 2018 (f. 20 y 21)
<ul style="list-style-type: none"> • asignación básica, • gastos de representación; 	<ul style="list-style-type: none"> • asignación básica

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

<ul style="list-style-type: none">• 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.	<ul style="list-style-type: none">• prima de servicio• bonificación Decreto• prima de vacaciones• prima de navidad
---	---

Advierte la Sala que en la liquidación de la pensión a reconocer a la demandante se debe incluir la **asignación básica, prima de vacaciones y bonificación Decreto**, factores que se ajustan a las reglas del Consejo de Estado en cuanto existen normas que establecen que constituyen base de cotización al Sistema General de Pensiones.

En cuanto a la **prima de vacaciones**, se advierte fue creada por el **Decreto 1381 de 1997** “...para los docentes de los servicios de Educativos Estatales”, que dispuso en el artículo 6 que la prestación “se regirá por lo establecido en el Decreto-ley 1045 de 1978”, así entonces, al ser ésta prima factor para liquidar la pensión conforme el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, debe ser incluido en la base de liquidación. Factor que en el presente caso la Administración realizó aportes como se advierte a folios 20 y 21

Así mismo, la **bonificación** es base de cotización y debe ser incluida en la liquidación, atendiendo a que se devenga mensualmente y fue creada en el año 2014¹⁸, en Decreto que estableció que “*constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes*”. Se advierte que año tras año el Gobierno Nacional la ha renovado en los mismos términos¹⁹. Es así como, en el año 2018, mediante **Decreto 322 del 19 de**

¹⁸ Decreto 1566 del 15 de agosto de 2014

¹⁹ Decreto 1272 del 9 de junio de 2015 “Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones.” Decreto 123 del 26 de enero de 2016 “Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones.” Decreto 983 del 9 de junio de 2017 “Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes

febrero 2018²⁰ se reguló nuevamente su reconocimiento mensual a partir “del primero (1º) de enero de 2018 y hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2018, mientras el servidor público permanezca en el servicio.” reiterando “constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios.

En cuanto a los factores de **prima de servicios y prima de navidad** al no estar incluidos en la mencionada Ley 62 de 1985 o norma que establezca que constituyen factor salarial para la cotización al Sistema General de Pensiones, no podían ser considerados para liquidar la prestación de la causante según la jurisprudencia vigente.

En efecto, la **prima de navidad** fue creada por el **Decreto 3135 de 1968**²¹ proferido por el Gobierno Nacional, para “[T]odos los empleados públicos y los trabajadores oficiales” quienes “tendrán derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre”. Por tanto, es claro que la norma en cita no señala que este emolumento hace parte de la base de liquidación de la pensión de jubilación.

En cuanto a la **prima de servicios** esta fue creada por el Decreto 1545 de 2013²² expedido por el Gobierno Nacional, para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media (artículo 1) con la finalidad de que fuera pagada a partir del año 2014, así: “1. En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año. 2. A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.” Siendo claro que dicho Decreto en ninguna de sus disposiciones contempló que la prima de servicios sea factor de aportes a pensión.

y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones.”

²⁰ “Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones.”

²¹ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

²² “Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.”

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

Resalta la Sala, que según las pruebas obrantes en el plenario la demandante no cotizó para pensión durante el periodo en que se desempeñó como docente en interinidad años 2002 y 2003, ni sobre la bonificación por decreto, como tampoco se observa que la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá hubiere realizado los aportes respectivos, pues certificó que *“para los años que laboró como interino, le informo que una vez revisada la hoja de vida no se encontraron evidencias de aportes a seguridad social”* (f. 27).

Frente al tema, en caso que los descuentos no se hayan efectuado en razón a que el empleador o el fondo de pensiones incumplieron sus obligaciones, de un lado cotizar; y del otro, exigir su pago, no procederán las deducciones de las sumas a reconocer al pensionado por concepto de aportes para pensión no realizados respecto a aquellos factores sobre los cuales debían cotizar, pues en tales casos no se recaudaron por omisión del empleador, quien debe asumir las consecuencias de su desidia, como ocurrió en esta oportunidad.

Así las cosas, la Entidad demandada debe reconocer la prestación y puede perseguir el recaudo de la totalidad de los aportes impagados a la Entidad empleadora, actividad interadministrativa que **no constituirá requisito u obstáculo alguno** para el cumplimiento de la condena.

Compatibilidad de la pensión de jubilación y el salario en el régimen especial docente.

Advierte la Sala, que conforme a la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Cundinamarca el 30 de noviembre de 2018, la actora continuaba prestando sus servicios como docente, por lo que se debe definir, sí el reconocimiento de la pensión de la demandante debe estar condicionado o no al retiro del servicio. Sobre la compatibilidad del salario y la pensión de jubilación, en el caso de los docentes, el artículo 5 del Decreto Ley 224 de 1972, dispone: *“El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad”*.

A su turno, el artículo 3 del Decreto 2277 de 1979, prevé: *“Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto”*.

La Ley 60 de 1993 mantuvo, en materia de docentes, la posibilidad de percibir pensiones de forma paralela con otras remuneraciones, específicamente el artículo 6, inciso 3 de la referida normativa, señala:

“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.”

A su vez, el párrafo 2.º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al señalar las excepciones de la aplicación del régimen de seguridad social, incluyó a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *“(…) cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración (…)*.

Luego se expidió la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81 dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados a la fecha en que ésta fue expedida sería el establecido en las disposiciones vigentes; y que los docentes vinculados con posterioridad a su expedición tendrían *“...los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres...”*.

Conforme al marco normativo expuesto el Consejo de Estado, en sentencia del 7 de noviembre de 2019, señaló *“que los docentes pueden adquirir el estatus pensional, obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y, a la vez seguir en ejercicio de la actividad, toda vez que su caso, no existe incompatibilidad entre la pensión ordinaria de jubilación y el salario, así como tampoco entre la pensión gracia, el salario y la pensión de jubilación”*. Además indicó:

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se concluye:

- Bajo el imperio de la Constitución Nacional de 1886 y de la Constitución Política de 1991 ha existido la prohibición general de devengar dos o más asignaciones provenientes del erario público, salvo las excepciones legales.

- Respecto de los educadores, existieron excepciones legales a la regla prohibitiva general, que se circunscriben a: Pensión gracia con pensión de jubilación y con servicios docentes, pensión de jubilación con salario proveniente de la vinculación como educador.

- Las normas aplicables en materia pensional a los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 señalan explícitamente la incompatibilidad entre pensión de invalidez y pensión de jubilación, con la posibilidad de que se opte por la que resulte más favorable (Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1748 de 1969).

- Por su parte, aquellos docentes que se vincularon al servicio con posterioridad a la Ley 812 de 2003, sometidos a la reglamentación de la Ley 100 de 1993, también se encuentran afectados por la incompatibilidad entre pensión de invalidez y pensión de vejez, al tenor de lo dispuesto por el artículo 13 ibidem.²³

En ese sentido, se pronunció el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa, en sentencia del 20 de febrero de 2020, al estudiar el caso de una docente a quien se le negó el derecho a la pensión, en la que el Alto Tribunal precisó en primer lugar que la educadora tenía derecho al régimen pensional aplicable es el de la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta que “se vinculó antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003”. En segundo lugar, se pronunció en torno a la “compatibilidad de la pensión de jubilación y el salario en el régimen especial docente” concluyendo que “las situaciones administrativas de los docentes, entre otros, es regulada por un régimen especial, que analizado en conjunto con las disposiciones constitucionales, les otorga prerrogativas, tales como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo y, en algunos casos, inclusive la denominada pensión gracia”.²⁴

De lo anterior es viable concluir que las situaciones de los docentes, que es regulada por un régimen especial, Ley 91 de 1989, les permite percibir simultáneamente pensión y sueldo. Mientras aquellos educadores vinculados

²³ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “A” sentencia del 7 de noviembre de 2019, Rad.: 25000-23-25-000-2012-00937-01(0683-17) Actor: Marlene Arias Díaz

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A” sentencia del 20 de febrero de 2020, Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00117-02(2959-18) Actor: Ligia Angarita Angarita.

a partir del 27 de junio de 2003, que se rigen por la Ley 100 de 1993, no pueden de forma simultánea devengar sueldo y pensión.

Así las cosas, como la vinculación de la accionante fue en vigencia de la Ley 91 de 1989, mantiene la prerrogativa a que su derecho pensional no esté condicionado al retiro del servicio, pues el régimen especial al que pertenece, le permite el pago, en forma concurrente de la pensión de jubilación y las asignaciones derivadas de la actividad docente.

4. De los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Ley 100 de 1993 implementó en el Territorio Nacional el sistema de seguridad social integral, regulando entre otros, tres (3) sistemas generales diferentes a saber: pensiones (Libro I), salud (Libro II) y riesgos profesionales (Libro III).

Se advierte que este acápite se centra en establecer si como destinataria del servicio de seguridad social en salud, la demandante está obligada a efectuar aportes a salud desde el reconocimiento de la pensión, pese que para ese momento el servicio no se le presta. En consecuencia, es pertinente acudir a las normas que fijan las condiciones para acceder a los servicios de salud, las cuales se encuentran consignadas en el Libro Segundo de la Ley 100 de 1993.

La citada normatividad contiene no solo los fundamentos, dirección, organización y funcionamiento del sistema de salud, sino también las normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.²⁵

En cuanto a los participantes del sistema, previó el régimen legal que *“...todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados...”*, con lo cual se distinguieron dos (2) tipos de afiliados:

²⁵ ARTÍCULO 152.

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

“...1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título III de la presente Ley.

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana...”²⁶

Según el artículo 202 de la citada Ley 100 las personas que hacen parte del régimen contributivo son aquellas que se encuentran vinculadas con el sistema a través de un aporte económico financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. Dispone la norma:

*“CAPÍTULO I
DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO*

ARTÍCULO 202. DEFINICIÓN. El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador.”

Así mismo señaló el artículo 203 ibídem que *“...Serán afiliados obligatorios al régimen contributivo los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157...”* es decir, las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, **los pensionados y jubilados** y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Nótese entonces que la norma incluyó dentro del sistema y como parte del régimen contributivo a todos los pensionados y jubilados, sin distinción alguna, situación que resulta completamente entendible si se tiene en cuenta que la solidaridad es uno de los pilares fundamentales del régimen, de manera que no es viable admitir que no se puede ordenar los descuentos por este concepto desde el reconocimiento de la prestación.

²⁶ *ARTÍCULO 157. Ley 100 de 1993.*

Conforme a lo expuesto no se puede afirmar que exista una omisión legislativa que regule el tema, pues como se vio, el ordenamiento jurídico incluyó a todos los pensionados dentro del régimen contributivo, es decir, determinó que los pensionados se vincularán con el sistema a través del pago de una cotización o aporte económico financiado directamente por el afiliado, en este caso, el pensionado, sin efectuar discriminación alguna respecto del régimen pensional salvo excepciones de Ley y menos el momento a partir del cual se debe iniciar hacer los mismos.

Ahora bien, en cuanto al monto o porcentaje de dicho aporte, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 determinó que “...*La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral...*”. Así también, señalaba el artículo 204 ibídem que “...*La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo...*”, norma que posteriormente fue modificada por la Ley 1122 de 2007 en los siguientes términos:

“...La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).”

Frente al particular se manifestó la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“...Adviértase entonces que el inicial artículo 204 de la Ley 100 de 1993 preveía que, toda persona afiliada al régimen contributivo en salud (vinculada mediante contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad

de pago), debían pagar una cotización obligatoria del 12% del salario base de cotización...

En tal sentido, el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 incrementó, a partir del 1º de enero de 2007, el monto de la cotización en salud del 12% al 12.5% del ingreso o salario base de cotización. En cuanto a la distribución de la cotización, la norma dispone que el empleador asumirá el 8.5% de la misma, es decir, se le incrementó en 0.5%, en tanto que aquella a cargo del trabajador se mantuvo en un 4%.

Pues bien, un examen atento del artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 evidencia que (i) a partir de la reforma a la Ley 100 de 1993, los trabajadores activos, sean particulares o servidores públicos, seguirán cotizando el mismo 4% del ingreso o salario base de cotización; (ii) la parte de la cotización en salud a cargo de los empleadores se incrementó en 0.5%, es decir, aumentó del inicial 8% al 8.5%; (iii) quienes carecen de empleador, por ser pensionados o trabajadores independientes, deberán cancelar ya no el 12% inicial sino un 12.5% del ingreso, destinado al sistema general de seguridad social en salud... ”.²⁷

Sin embargo, dicha normatividad fue modificada por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008 el cual expresamente dispuso que “...*La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional...*”, situación que refleja la obligación que tienen los pensionados para efectuar aportes con destino a la prestación de los servicios de salud.

Encuentra la Sala entonces, que el legislador en forma expresa fijó la obligación para que todos los pensionados, sin distinción alguna, efectuaran aportes con destino al sistema de seguridad social en salud y que el monto de dicho aporte, luego de la expedición de la Ley 1250 de 2008, corresponde al doce por ciento (12%) del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Frente a la obligación de cotización de los pensionados ha manifestado la jurisprudencia constitucional:

“... Es pues claramente constitucional que la ley obligue a los pensionados a cotizar a fin de que reciban los correspondientes servicios de salud. El único interrogante que subsiste es entonces el relativo al monto de esa cotización, pues el actor considera que viola la igualdad y la especial protección a las pensiones que el jubilado deba cancelar la integridad de ese porcentaje (12 %), mientras que el trabajador activo únicamente contribuye con el 4 %, puesto que el otro 8 % es asumido por el patrono. Según su criterio, esa regulación implica una disminución considerable

²⁷ SENTENCIA C-1000 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

del ingreso efectivo de los pensionados. Por el contrario, la Vista Fiscal y los intervinientes justifican esa regulación, por cuanto la situación del trabajador activo es distinta a la de los pensionados, pues el primero cuenta con un patrono que debe correr con una parte de la cotización. Por ende, una vez desaparecida esa contribución patronal, es natural que el pensionado asuma la totalidad de la cotización para la salud, pues la seguridad social no es gratuita sino que se financia con los aportes de los beneficiados.”²⁸

Ahora bien, es preciso aclarar que con el fin de evitar el doble pago de cobertura en la prestación del servicio de salud, el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, *“Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, dispuso que *“... Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga ...”* (Negrilla fuera de texto).

En estos casos, previó la norma que los servicios de salud deben ser prestados a través del régimen de excepción, mientras que las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el FOSYGA en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes, de manera que no puede afirmarse válidamente que por hacer parte de un régimen excepcional en materia de pensiones, el afiliado se encuentra exento de efectuar aportes al sistema de seguridad social en salud, ya que persiste la obligación de efectuar los aportes sobre dichos ingresos adicionales, pues no puede olvidarse que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1º del Decreto 510 de 2003, mediante la cual se reglamentó parcialmente la Ley 797 de 2003, *“... Se entiende por ingresos efectivamente percibidos por el afiliado aquellos que él mismo recibe para su beneficio personal...”*, disposición que por demás, resulta concordante con lo preceptuado en los artículos 52 y 65 del Decreto 806 de 1998, que claramente establecen la obligación para que las personas que reciban pensión de más de una Administradora, coticen sobre la totalidad de los ingresos.

²⁸ SENTENCIA C-126 DE 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

Debe concluirse entonces que sí existe disposición normativa que de manera clara y expresa consagra la obligación para que el aporte que se efectúe sobre el ingreso se dirija al FOSYGA, pues así lo establece expresamente el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, disposición que por demás, resulta concordante con el mandato del artículo 280 de la Ley 100 de 1993, según el cual, los aportes para los fondos de solidaridad en el régimen de salud consagrado en el artículo 204 será obligatorio en todos los casos y sin excepciones.

En torno, a la procedencia de los descuentos con retroactividad, la Jurisprudencia del Órgano Vértice de la Jurisdicción Contenciosa, en sentencia del 20 de septiembre de 2018²⁹, señaló que:

“Los actos administrativos que reconocen una pensión son declarativos de un derecho y no constitutivos de él, por tal razón y debido a que es obligatorio cotizar en salud sobre los ingresos que se perciben por pensión, toda administradora de pensiones una vez reconocida la misma, debe proceder a descontar la cotización en salud con retroactividad a la fecha a partir de la cual se determina que empieza a devengar la pensión y transferirla a la EPS a la cual se encontraba afiliado el pensionado. [...] [L]os recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal. [L]os recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social (...) llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones [...] [L]os recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del Estado o de cualquier otro actor del sistema, tienen necesariamente destinación específica. (Negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas, ha de concluirse que, los descuentos por concepto de salud deben realizarse desde el reconocimiento de la pensión, conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y a las normas que la modifican o

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda sentencia del 20 de septiembre de 2018 Rad. 05001-23-33-000-2014-00468-01(2353-16) Actor: Saul Hernán Jiménez Betancur

complementan, por lo que no se encuentra llamada a prosperar la solicitud de la parte actora en cuanto a que éstos no deben ser efectuados.

5. De los intereses de mora regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

El inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Política dispone que “El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.”, lo cual a su vez constituye una garantía del derecho al mínimo vital de los beneficiarios y sus familias”³⁰.

Por su parte en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se prevé que: “A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago”. (Subrayado original).

De acuerdo con la norma transcrita, por la tardanza en el pago de las mesadas de las pensiones reconocidas, la entidad encargada de esa obligación debe reconocer y pagar al beneficiario de la prestación tanto el capital adeudado como los intereses moratorios sobre este a la tasa máxima vigente al momento del pago. En cuanto a la interpretación de esta norma, el H. Consejo de Estado expuso lo siguiente:

“Por su parte, en providencia del 23 de agosto de 2018³¹ que tuvo por objeto un caso en el que la discusión giraba en torno al reconocimiento de los intereses moratorios generados por el pago tardío de las mesadas pensionales, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

“Problema jurídico

[...]

1. ¿Es procedente el pago de intereses de mora conforme a lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el retraso en el reconocimiento y pago de la pensión gracia a favor del demandante?

[...]

Al respecto la Subsección sostendrá la siguiente tesis: no es procedente el pago de intereses moratorios por el reconocimiento tardío de la pensión gracia de la demandante, pero sí por el pago tardío de las mesadas pensionales causadas a partir del acto que reconoció la prestación [...].

³⁰ Sentencia C-247 de 2001.

³¹ Radicado núm. 50001-23-33-000-2014-00523-01.

[...]

De acuerdo con el precedente citado [sentencia C-601 de 2000], conforme a lo regulado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1.º de junio de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y cancelará al pensionado sobre el importe de la obligación a su cargo, la tasa máxima de interés moratorio.

Esta indemnización no es más que una forma de conminar a la entidad previsional encargada de pagar las mesadas pensionales de forma oportuna una vez se reconoce la pensión, con la finalidad de proteger a los pensionados en su calidad de vida, para mantener el poder adquisitivo del valor de su pensión, pues en principio esta es la única forma de ingreso para la subsistencia de las personas de la tercera edad, quienes han perdido su fuerza laboral.

Realizada la anterior precisión, la Subsección considera necesario resaltar que de conformidad con el citado artículo 141 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de los intereses de mora tiene aplicación en los casos en los que el pago de las mesadas pensionales no se discute porque está en firme el reconocimiento de la prestación a quien ostenta la calidad de pensionado y lo que se presenta es una negativa de la entidad a efectuar el pago, tal y como lo ha considerado en otras oportunidades esta Corporación³²". (La Sala Subraya)

De lo expuesto, valga destacar que los intereses moratorios se puedan generar siempre y cuando la obligación haya nacido al mundo jurídico y se encuentre vencida o incumplida. Así, en el caso particular de las mesadas pensionales, si bien el estatus de jubilado puede ser adquirido en determinado momento, lo cierto es que la obligación se hace exigible únicamente a partir de la firmeza del acto administrativo que decidió de forma definitiva el reconocimiento del derecho.

Así, la Sala concluye que: i) actualmente, el reconocimiento de intereses moratorios para personas jubiladas en regímenes especiales tiene sustento en el artículo 141 previsto en la Ley 100 de 1993; ii) estos intereses no se generan por el retardo en el reconocimiento del derecho pensional sino en el pago de las respectivas mesadas y; iii) se liquidan desde que el acto administrativo que otorgó el derecho queda ejecutoriado, hasta el momento en que se realiza el pago de la suma efectivamente adeudada"³³.

De acuerdo con lo anterior, el pago de intereses de mora solo procede cuando el reconocimiento de la pensión se encuentra en firme y la entidad a cargo del pago de las mesadas pensionales se rehúsa a realizarlo.

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2018. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05069-01(0505-17).

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", Sentencia de tutela del 7 de septiembre de 2020. C.P. Dr. JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS. Rad. 11001-03-15-000-2020-03187-00. También pueden consultarse las sentencias del 21 de junio de 2018, proferidas por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". C.P. Dr. William Hernández Gómez. Rad. 25000-23-42-000-2014-02587-01(3756-16) y 23001-23-33-000-2015-00065-01(0133-17).

228

En esa medida, la mora en el reconocimiento del derecho pensional no conlleva la sanción contenida en la norma bajo estudio, pues tal supuesto de hecho no se contempló, sino que el pago de intereses se genera a partir del momento en el que la obligación se hace exigible, lo cual ocurre con la firmeza del acto administrativo de reconocimiento pensional.

Así las cosas, como en el caso de autos a la demandante no se le ha reconocido la pensión, no procede el reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En suma, la demandante es acreedora a la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, al haber cumplido los requisitos exigidos en la norma, esto es, la edad (55 años) y el tiempo de servicio público superior a 20 años, cumplidos el **13 de febrero de 2018**, por lo que la prestación debe ser reconocida a partir del día siguiente, esto es, **del 14 de febrero de 2018; con los reajustes anuales de ley**, equivalente al 75% del promedio de los factores de asignación básica, prima de vacaciones y bonificación decreto; devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, esto, es, del **13 de febrero de 2017 al 13 de febrero de 2018**, reconocimiento que no está condicionado al retiro del servicio. Y se deben negar las pretensiones encaminadas a (i) no ordenar el descuento por concepto de seguridad social en salud desde el reconocimiento de la pensión, pues como se estableció estos son obligatorios (ii) reconocer los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues solo procede cuando la Entidad no realiza el pago de la mesada pensional ya reconocida, lo que no ocurre en este caso y (iii) ordenar el traslado de los aportes efectuados a seguridad social en pensión a Colpensiones y AFP Protección, no es del caso, pues las semanas cotizadas no son necesarias para contabilizar los 20 años de servicios.

Por último, se observa que la Entidad demandada propuso como **excepciones** "*Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*" y "*legalidad del acto administrativo*" por cuanto considera que la demandante reclama un derecho que no le asiste, pues se vinculó como docente oficial mediante nombramiento provisional el 5 de febrero de 2004, fecha posterior a la entrada en vigencia a la Ley 812 de 2003, 27 de junio de 2003, por lo que su régimen pensional es el contenido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Sin

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

embargo, como quedó expuesto líneas atrás, en el presente caso se demostró que la accionante se vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003, por lo que el régimen aplicable a la demandante es el contenido en la Ley 91 de 1989, norma especial que permite que a estos servidores la prestación le sea reconocida bajo las normas del régimen general pensiones vigentes antes de la Ley 100 de 1993, como lo es la Ley 33 de 1985, lo que impone negar este argumento de contradicción de la demandada.

6. Costas.

En relación a la condena en costas, la Sala advierte que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”

La condena en costas fue consagrada como una forma de sancionar a la parte que resulta vencida en el litigio y consiste en el reconocimiento a favor de la parte contraria de los gastos en que incurrió para impulsar el proceso (expensas) y de los honorarios de abogado (agencias en derecho).

Ahora bien, a efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala acoge la tesis expuesta por las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, según la cual, para determinar las costas se debe tener en cuenta la conducta procesal de las partes. En efecto, la subsección A indicó que: *“no hay lugar a condena en costas por cuanto la actividad de las partes se ciñó a los parámetros de buena fe y lealtad procesales, sin que por lo mismo se observe actuación temeraria ni maniobras dilatorias del proceso”*³⁴. Así mismo, la subsección B ha señalado que su procedencia resulta *“de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas siendo consonantes*

³⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “A”. CP: Gabriel Valbuena Hernández. 12 de agosto de 2019, Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01357-00(0933-17).

con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso antes mencionado; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas”³⁵.

En el caso de autos, igual que sucedió en el analizado por el Consejo de Estado, no se advirtió el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma que implique la imposición de costas en esta instancia, por ello no procede esta condena, pues no obra prueba alguna que evidencie la causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada quien hizo uso mesurado de su derecho al acceso a la administración de justicia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la Entidad demandada de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones **Nos. 10498 de 12 de octubre de 2018 y 298 de 18 de enero de 2019**, a través de las cuales la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó el reconocimiento de pensión a la señora Susana Imelda Jiménez Castillo, identificada con cédula de ciudadanía número 20.589.901 de Gama.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a **RECONOCER Y PAGAR** la pensión de jubilación a favor de la señora **Susana Imelda Jiménez Castillo**, identificada con cédula de ciudadanía número 20.589.901 de Gama - Cundinamarca, a partir el **14 de febrero de 2018**, equivalente al 75% del promedio de los factores de

³⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez. 8 de agosto de 2019, Radicación número: 760012331000201101517 01 (4192-17).

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

asignación básica, prima de vacaciones y bonificación decreto devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, con los reajustes anuales de Ley, reconocimiento que no está condicionado al retiro del servicio.

Si existen factores sobre los que se debieron cotizar y los empleadores incumplieron tal obligación, dicha circunstancia no impedirá la inclusión de tales emolumentos, ni la ejecución de la condena.

CUARTO: Las sumas que resulten en favor de la parte actora, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor correspondiente a las diferencias de mesadas dejadas de pagar, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO: De las sumas a reconocer, la Entidad demandada **DESCONTARÁ** el valor que corresponda a los aportes en salud, liquidados sobre el valor de las mesadas pensionales resultantes.

SEXTO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

227

NOVENO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

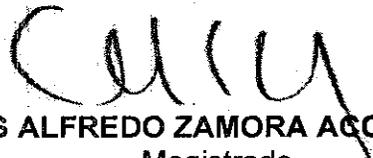
DECIMO: REALÍCENSE las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (CPACA, art. 298), **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias respectivas.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada


BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada


LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado

te providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Sección Segunda, Subsección "F" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

MAY 14 21 PM 2006





**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2019-00508-01 (2561-2021)
Demandante: SUSANA IMELDA JIMÉNEZ CASTILLO
Demandada: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹

Temas: Reconocimiento pensión de jubilación de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado. Aplicación integral de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. No se consolidó el derecho prestacional en virtud de la Ley 71 de 1988, por afiliación y aportes a una AFP privada en lugar del ISS (hoy Colpensiones). Se consolida el derecho con base en la Ley 33 de 1985.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011 (Modificada por la Ley 2080 de 2021)

O-038-2022

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Susana Imelda Jiménez Castillo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folios 1 a 2)

¹ En adelante FNPSM.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.



1. Declarar la nulidad de la Resolución 10498 del 12 de octubre de 2018, en virtud de la cual la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a favor de la libelista; así como de la Resolución 298 del 18 de enero de 2019, con la que la referida entidad al resolver el recurso de reposición interpuesto por aquella contra la decisión primigenia decidió confirmarla.
2. A título de restablecimiento del derecho, se condene al FNPSM a realizar los trámites necesarios para que se trasladen a dicho fondo los aportes realizados al entonces ISS (hoy Colpensiones) y a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección por sus vínculos en el sector privado y como docente interina antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
3. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la parte demandada reconocer y pagar a favor de la señora Jiménez Castillo una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al cumplimiento del estatus jurídico pensional, con efectividad desde el 11 de diciembre de 2013.
4. Se conmine al pago actualizado de las mesadas adeudadas desde esta última data y hasta que se verifique el pago de la prestación.
5. Que el Ministerio de Educación, FNPSM pague la indemnización moratoria prevista en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y que dicha autoridad no realice descuento alguno por concepto de aportes a salud sobre los valores insolutos, en tanto no ha recibido este servicio.
6. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 187 y 192 del CPACA.

Supuestos fácticos relevantes (Folios 2 a 4)

1. La señora Susana Imelda Jiménez Castillo nació el 30 de noviembre de 1955. Aquella se ha desempeñado como docente oficial y ha realizado aportes a pensión de la siguiente forma:

RELACION TIEMPOS DE SERVICIO				
Entidad	Desde	Hasta	Total Días	Acumulado
SECRETARIA DE EDUCACION DE CUNDINAMARCA	28/07/1975	01/05/1980	1.714	1.714
COLPENSIONES	01/02/1997	22/06/1999	862	2.576
PROTECCION	23/06/1999	a la fecha	870	3.446
SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTA D.C	25/02/2002	22/03/2002	28	3.474
	07/02/2003	11/04/2003	65	3.539
	21/04/2003	22/04/2003	2	3.541
	23/04/2003	27/06/2003	65	3.606
	14/07/2003	12/12/2003	149	3.755
	05/02/2004	19/01/2007	1.065	4.820
	19/02/2007	17/12/2007	299	5.119
	23/01/2008	20/06/2008	148	5.267
	21/06/2008	12/12/2008	172	5.439
	13/12/2008	11/12/2009	359	5.798
	12/12/2009	12/07/2010	211	6.009
27/07/2010	17/11/2013	1.191	7.200	
12/12/2013	31/12/2018	1.820	9.020	
TOTAL COTIZACIONES	DIAS	9.020	SEMANAS	1.288,58



2. La libelista se desempeñó inicialmente como educadora oficial con nombramiento provisional al servicio de la Secretaría de Educación de Cundinamarca desde el 28 de julio de 1975 hasta el 1.º de mayo de 1980. Posteriormente laboró como docente interina de la referida entidad territorial entre 2002 y 2003, y finalmente volvió a ser vinculada en provisionalidad desde el 5 de febrero de 2004 y de manera intermitente al menos hasta la fecha de presentación de la demanda (26 de marzo de 2019).
3. La demandante radicó petición ante la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá el 22 de agosto de 2018, con el fin de que el FNPSM le reconociera la pensión de jubilación por aportes en aplicación de las Leyes 91 de 1989, 812 de 2003 y 71 de 1988.
4. La autoridad demandada dio respuesta negativa a dicha solicitud mediante la Resolución 10498 del 12 de octubre de 2018, al asegurar que la docente no cumplía con los requisitos previstos en las Leyes 797 de 2003 y 100 de 1993 que le eran aplicables en la medida en que fue vinculada como tal, después de la vigencia de la Ley 812 de 2003.
5. La señora Jiménez Castillo interpuso recurso de reposición el 2 de noviembre de 2018 contra la mentada decisión, el cual fue resuelto por el FNPSM a través de la Resolución 298 del 18 de enero de 2019, en el sentido de confirmar el acto primigenio.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

Fecha de la audiencia inicial: 24 de enero de 2020.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«[...] En el asunto bajo estudio se formularon excepciones que se denominaron **inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido y legalidad del acto administrativo** (f. 86) debe decirse que no tienen la calidad de previas por cuanto no dan lugar a la inhibición para conocer sobre el fondo del asunto. Así pues, los argumentos en que se sustentan se deberán tener como alegaciones de la defensa susceptibles de ser analizadas junto con los demás fundamentos de la contestación de la demanda.

También formuló la excepción de **"Falta de legitimidad en la causa por pasiva"**, frente a ésta es pertinente resaltar que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que la falta de legitimación, tanto por activa como por pasiva, se configura en dos modalidades, "... **una de hecho** y **otra material**, siendo la primera la que se estructura entre las partes con la notificación del auto admisorio del libelo, esto es, con la debida integración del contradictorio; y la segunda, la que se edifica en la relación causal entre los hechos que soportan las pretensiones y las partes...". [...]

Así las cosas y conforme a la jurisprudencia del Órgano Vértice de la Jurisdicción, en la audiencia inicial se decide la excepción previa de falta de legitimación en la causa de hecho *"la que se estructura entre las partes con la notificación del auto admisorio*



del libelo"; y en sentencia se decide la falta de legitimación material en la causa, que se refiere a "*relación causal entre los hechos que soportan las pretensiones y las partes*".

En el caso de autos se observa que la demanda fue dirigida contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en razón a que el Fondo de Prestaciones del Magisterio pertenece a esa Autoridad y tiene la función de pagar las pensiones de los docentes afiliados, según las Leyes 91 de 1988 y 962 de 2005.

Se advierte entonces que el Ministerio de Educación Nacional fue notificado en debida forma (fl. 62 s.) por lo que la legitimación en la causa de hecho no se encuentra llamada a prosperar en esta etapa procesal; y la legitimación material deberá ser analizada en la sentencia conforme a lo expuesto, por lo que no es del caso vincular a la Secretaría de Educación de Bogotá.». (Negrilla y cursiva del texto original. Folios 104 vuelto a 105 y CD obrante a folio 109 del plenario).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] **PROBLEMA JURÍDICO:** La controversia se contrae a determinar, las vinculaciones de la demandante antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, a efectos de establecer su situación jurídica. [...]» (Negrilla y mayúscula conforme a la transcripción. Folios 105 vuelto a 106 y CD que reposa a folio 109 del expediente).

SENTENCIA APELADA (Folios 207 a 227)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 27 de abril de 2021, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

Inicialmente, el tribunal de primera instancia expuso que conforme a la sentencia del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, se concluye que las pensiones de jubilación de los docentes vinculados hasta antes del 27 de junio de 2003, se encuentran sometidas al régimen previsto en la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988 según el caso, y por ende los factores para determinar la base sobre la cual se debe liquidar la prestación son los previstos en la Ley 62 de 1985. Ahora, señaló que para quienes ingresaron como maestros oficiales a partir de la referida fecha, la normativa aplicable son Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Adicionalmente adujo que el máximo órgano judicial de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en providencia del 27 de enero de 2017 (2013-00406) precisó que los tiempos laborados por docentes tanto en interinidad como a través de contratos de prestación de servicios, deben ser contabilizados para consolidar el reconocimiento de una pensión de jubilación.

Seguidamente advirtió que son dos los motivos por los cuales la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión a la libelista, el primero corresponde a que no contabilizó los períodos laborados como docente



interina, al resaltar que estos tuvieron origen en una relación contractual de prestación de servicios y no en una laboral con el Estado.

Sobre el punto afirmó que la posición asumida por Colpensiones se aparta de la jurisprudencia pacífica del juez de cierre de esta jurisdicción en la que se plantea que la vinculación en interinidad es de carácter legal y reglamentaria, así como autónomo y transitorio, por lo que necesariamente debe ser tenida en cuenta para efectos pensionales.

Sostuvo que el segundo motivo del FNPSM para denegar la prerrogativa bajo examen, tiene que ver con el hecho de que el nombramiento de la señora Jiménez Castillo como docente oficial fue provisional a partir del 5 de febrero de 2004, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

No obstante, el *a quo* manifestó que el artículo 81 *ibidem* no exige que para esa data el educador deba tener un nexo estatal vigente, sino que con anterioridad a ese momento haya laborado como tal, toda vez que lo que cuenta para los efectos pensionales es el tiempo de servicio, de manera que la pérdida de continuidad no puede constituirse en una causal para enervar la transición o del derecho prestacional.

Bajo este análisis aseveró que al estar acreditado en el plenario que la demandante estuvo vinculada al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003 debido a su nombramiento inicial en provisionalidad del 28 de julio de 1975 hasta el 1.º de mayo de 1980, así como los subsiguientes en interinidad, resulta claro que contrario a lo decidido en los actos administrativos demandados, el derecho prestacional de la demandante no se rige por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y por consiguiente es acreedora de la pensión de conformidad con el régimen anterior previsto para los servidores públicos del orden nacional como lo consagra el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es decir la Ley 33 de 1985, más aún en el entendido de que aquella acumuló más de 20 años de servicio público oficial al 22 de agosto de 2018 cuando radicó la petición de reconocimiento.

Ahora bien, destacó que la parte activa solicitó que le sean tenidos en cuenta los tiempos laborados en el Instituto Andrés Fey - Hermanas del Niño Jesús Pobre, esto desde el 1.º de febrero de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2001, los cuales fueron cotizados a la AFP Protección según se desprende de la certificación que obra a folio 147 del plenario. Al respecto recalcó que las primeras 123 semanas de aquel lapso fueron abonadas a Colpensiones, y luego trasladadas a la administradora privada a través del bono pensional.

Acerca de este punto consideró que dicho período no puede ser contabilizado para completar el tiempo de servicio en el régimen de prima media con prestación definida, pues los aportes pertenecen al régimen de ahorro individual con solidaridad, el cual no es compatible con el primero que se reconoce a los docentes, al punto de que solo sería procedente tenerlo en cuenta para reconocer la prestación en los términos de la Ley 100 de 1993.

Por ello aseguró que aunque la libelista reclama el reconocimiento de la prerrogativa a partir del 11 de diciembre de 2013, tal pedimento no puede prosperar, habida cuenta de que el requisito de tiempo de servicio solo se cumplió el 13 de febrero de 2018, desde cuando deberá ser efectiva la pensión



por ser compatible con el salario percibido por la docente al haberse vinculado en vigencia de la Ley 91 de 1989 que permite esa coexistencia de emolumentos.

A continuación refirió que de acuerdo con las reglas fijadas por las actuales sentencias de unificación del Consejo de Estado atinentes a que en la liquidación pensional se deben tener en cuenta solo los factores salariales sobre los cuales se hayan efectuado los aportes para pensión en virtud de una obligación legal, se encuentra que durante el último año de prestación de servicios de la señora Jiménez Castillo, es decir, entre el 13 de febrero de 2017 y el 13 de febrero de 2018, aquella percibió y efectuó cotizaciones sobre los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de vacaciones y «bonificación decreto».

Acorde con los anteriores razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que en su parte resolutive se resume de la siguiente forma: i) declaró la nulidad de los actos administrativos demandados; ii) a título de restablecimiento del derecho ordenó al FNPSM reconocer y pagar a favor de la libelista una pensión de jubilación a partir del 14 de febrero de 2018 en cuantía del 75% del promedio de la asignación básica, la prima de vacaciones y la «bonificación decreto» devengados por esta en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto con los respectivos reajustes de ley y sin que se requiera la demostración del retiro definitivo del servicio; y iii) conminó a la entidad demandada a descontar de las sumas a reconocer el valor que corresponda a los aportes en salud, liquidados sobre el valor de las mesadas pendientes de pago.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 247 a 250)

La **parte demandante** formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que esta sea revocada parcialmente a fin de que se acceda a la totalidad de sus pretensiones. Para ello argumentó que, en atención a que la señora Jiménez Castillo se vinculó al magisterio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, no puede pertenecer al régimen de prima media con prestación definida como lo contempla el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, contrario a lo sostenido por el tribunal de primera instancia, quien consideró que no es posible computar los tiempos laborados en el sector privado, sino solo los derivados de vínculos oficiales, situación que desconoce el retroactivo pensional al que tiene derecho desde el 11 de diciembre de 2013.

Sobre el punto de inconformidad manifestó que la Ley 71 de 1988 tenía por objeto permitir que las personas que no lograran consolidar solo tiempos públicos para que les fuera reconocida una pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1985, pudieran acreditar cotizaciones inherentes a servicios derivados del sector privado para acceder a la mentada prerrogativa.

No obstante lo anterior, recordó que el régimen del magisterio es exceptuado, por lo que los docentes, en principio, no tendrían derecho a la aplicación de la Ley 100 de 1993 ni a su transición que implicaría la observancia de la Ley 71 de 1988. Empero, aseguró que como lo ha sostenido el Consejo de Estado, si se evidencia que la normativa especial es menos beneficiosa para el



trabajador que la general, se debe dar prevalencia a esta última en razón al principio de favorabilidad.

Añadió que es la misma entidad demandada la que ha concedido pensiones de jubilación bajo el amparo de la norma en cita, con base en el régimen exceptuado del magisterio, esto a aquellos docentes que se vincularon con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Destacó que en la mayoría de los casos, la controversia se presenta en determinar si se deben o no tener cuenta los nombramientos de educadores en calidad de interinos, ello para aplicar las previsiones de la Ley 91 de 1989, el Decreto 2277 de 1979 y para este caso, la referida Ley 71 de 1988 en punto a la pensión por aportes, que implica computar los tiempos cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme a la constancia secretarial visible a folio 258 del expediente, en el asunto *sub examine* no se presentaron alegaciones ni concepto del Ministerio Público, dado que tampoco fue necesario decretar ni practicar pruebas de segunda instancia. La ausencia de un período probatorio en esta oportunidad tornaba improcedente agotar el referido trámite, de acuerdo con lo previsto en el artículo 247, numeral 5.º del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, vigente para la época de interposición del recurso de apelación objeto de estudio).

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada, la cual en el presente caso fue presentada únicamente por la parte demandante.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe únicamente a los motivos de inconformidad esgrimidos por la parte apelante, los cuales se resumen en la siguiente pregunta:

¿La pensión de jubilación a favor de la señora Susana Imelda Jiménez Castillo, debe reconocerse en atención a los preceptos de la Ley 71 de 1988, es decir, bajo el régimen pensional por aportes con el cómputo de las cotizaciones efectuadas a la AFP Protección en virtud de su vinculación en el sector privado, y por lo tanto, dicha prestación debe causarse con efectividad a partir del 11 de diciembre de 2013 en lugar del 14 de febrero de 2018 como lo determinó el *a quo*?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: debido a la condición especial de docente oficial que detenta la demandante por vinculaciones anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, resulta aplicable a su caso de



reconocimiento pensional la sentencia de unificación dictada por la Sección Segunda de esta Corporación el 25 de abril de 2019, en virtud de la cual en principio podría tenerse en cuenta la Ley 71 de 1988, no obstante, lo cierto es que aquella no cumplió con una de las exigencias previstas en dicha norma y en el Decreto Reglamentario 2709 de 1994 para ser acreedora de una pensión por aportes, ello como se explica a continuación:

➤ **La calidad de docente oficial de la demandante y sus efectos en materia pensional**

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que con base en el sustento argumentativo del recurso de apelación de la parte activa, se infiere que esta busca que el reconocimiento de la pensión de jubilación declarada en primera instancia y sin oposición por parte del FNPSM, se haga con fundamento en la Ley 71 de 1988 y no bajo la égida de la Ley 33 de 1985 como lo determinó el tribunal de origen.

Dicha posición jurídica la asumió en el entendido de que a lo largo de su historia laboral, la libelista realizó cotizaciones provenientes de una relación de trabajo en el sector privado, al igual que de algunas vinculaciones legales y reglamentarias con el Estado en provisionalidad e interinidad como docente oficial al servicio de la Secretaría de Educación de Cundinamarca.

Al respecto indicó que se efectuaron aportes por el contrato laboral privado celebrado con el Instituto Andrés Fey – Hermanas del Niño Jesús Pobre, estos abonados al entonces Instituto de los Seguros Sociales (ISS), los cuales posteriormente fueron trasladados a la AFP Protección donde mantiene una afiliación activa.

Asimismo precisó que se han realizado cotizaciones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, luego de haber sido afiliada en razón de su nombramiento en calidad de educadora estatal, tanto del 28 de julio de 1975 al 1.º de mayo de 1980, como del 25 de febrero de 2002 en adelante, al menos hasta la fecha de presentación de la demanda (26 de marzo de 2019³).

Pues bien, sobre el particular la Subsección resalta que en esta instancia no existe discusión alguna acerca de la calidad de maestra oficial que detentó la demandante, así como tampoco del hecho de que aquella tuvo su primera vinculación bajo el mentado cargo desde el 28 de julio de 1975, es decir, antes del 27 de junio de 2003 cuando entró en vigencia de la Ley 812 del mismo año. Lo anterior se advierte en la medida en que la señora Jiménez Castillo fue la apelante única en este caso, y en ningún momento rebate dichos postulados fácticos.

Conforme a este entendido, se estima que, para la solución jurídica del presente caso, deben aplicarse los postulados a título de reglas previstos en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019⁴, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual pese a relacionarse concretamente con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados al FNPSM, resulta útil en

³ Ver hoja individual de reparto a folio 56 del plenario.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019. Radicado: 680012333000201500569-01 (0935-2017).



cuanto a las previsiones normativas sobre regímenes, requisitos y condiciones jurídicas para acceder y consolidar el derecho prestacional propiamente dicho.

➤ **Sobre la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019**

Al respecto se recuerda que la providencia en comento fue dictada por 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 2018 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.

Pues bien, la determinación de tal punto es esencial en el *sub iudice*, habida cuenta de que al hallar el marco regulatorio que rige la situación particular de la demandante, será posible verificar el cumplimiento de requisitos y condiciones para estimar la procedencia o no del derecho pensional reclamado bajo una u otra normativa, como las que se debaten en esta instancia en punto a la aplicación de la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988.

Acerca de los efectos de esta decisión, es válido anotar que la misma sentencia los contempló de manera retrospectiva según su ordinal segundo de la parte resolutive, ello a fin de que se extendieran a todas las situaciones pendientes de definición jurídica que no hayan sido objeto de consolidación del fenómeno de cosa juzgada, por lo que claramente es pertinente y necesario su estudio y sometimiento para resolver el asunto *sub lite*.

Ahora, en concreto, se resalta que a lo largo del proveído aludido, el Consejo de Estado precisó que de acuerdo con el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes oficiales tanto nacionales, nacionalizados y territoriales, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso al servicio educativo estatal, así:

i) Los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, quienes, en virtud de la Ley 91 de 1989, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 y los factores que se deben tener en cuenta en el ingreso base de liquidación, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

Al respecto, la mencionada providencia fijó la siguiente regla:

«[...] **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 los factores 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. [...]» (Negrilla del texto original).

Así, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1981 tanto nacionales como nacionalizados, y de los nombrados a partir del 1.º de enero de 1990 pero en todo caso antes del 27 de junio de 2003 cuando entró a regir la Ley 812 de 2003, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- Edad: 55 años para hombres y mujeres
- Tiempo de servicios: 20 años
- Tasa de remplazo: 75%.
- Ingreso Base de Liquidación: Que comprende i) el período del último año anterior a la adquisición del estatus y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: 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.

ii) A 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, aplica el régimen pensional de prima media regulado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto con los requisitos previstos en dicha reglamentación, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Para este personal, el ingreso base de liquidación se rige por lo previsto en la Ley 100 de 1993, con los factores señalados por el Decreto 1158 de 1994, sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Sobre este grupo de docentes la sentencia de unificación fijó la siguiente regla:

«[...] 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. [...]» (Negrilla conforme a la transcripción).

En ese orden, los parámetros que se deben atender para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales vinculados con posterioridad a la Ley 812 de 2003, son los siguientes:

- Edad: 57 años para hombres y mujeres
- Semanas de cotización: Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
- Tasa de remplazo: 65%-85%⁵

⁵ Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.



- Ingreso Base de Liquidación: Comprende i) El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y ii) los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, bonificación por servicios prestados, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

En suma, se colige que la aplicación de uno u otro régimen está condicionada a la fecha de vinculación al servicio educativo oficial que acredite cada docente. Para el asunto de marras, según lo expuesto en el primer acápite referente a la condición de educadora estatal de la demandante, esta debe ser considerada como tal desde el 28 de julio de 1975 cuando fue nombrada en provisionalidad por parte de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, aspecto que se reitera, no es objeto de debate en esta oportunidad.

Bajo el entendido en mención y conforme a las reglas jurisprudenciales precisadas hasta este punto, el marco normativo aplicable a la situación jurídica de la señora Susana Imelda Jiménez Castillo para determinar el derecho prestacional debatido, sería la Ley 33 de 1985. Empero, debe tenerse en cuenta el hecho de que la libelista alega en su recurso de alzada que a lo largo de su historia laboral realizó aportes derivados del servicio prestado tanto en el sector privado como en el público, a fin de acreditar el tiempo de cotización requerido, lo cual, en principio distorsionaría el ajuste de la mentada norma al caso *sub lite*.

Acerca de este postulado y como se vislumbra de lo expuesto con antelación, la sentencia unificadora aludida 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 el educador también tiene acumulados tiempos del sector privado, aportados a una entidad diferente al Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para esa clase de eventos, el entendimiento inicial es que la normativa aplicable necesariamente correspondería 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. Tal postura se ha planteado de manera reiterada por esta misma Sala⁶ en varias sentencias en las que se precisó lo siguiente:

«[...] Empero, sin perjuicio de lo anterior, la Subsección advierte que la falta de pronunciamiento expreso sobre el particular 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

⁶ 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)), del 30 de enero de 2020 (Rad.: 08001233300020140119901 (2751-2017)), del 18 de noviembre de 2020 (Rad.: 66001-23-33-000-2016-00082-01 (4676-2017)) y del 18 de marzo de 2021 (Rad.: 63001-23-33-000-2014-00249-01 (0249-2016)).



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 aplicado para resolver procesos de reconocimiento y 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.

[...] Bajo este contexto, encuentra la Sala que para los casos de docentes con acumulación de aportes del sector público y del privado como es el de la demandante, 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, sería la Ley 33 de 1985 en armonía con la Ley 71 de 1988, esta última para permitir el cómputo de los tiempos cotizados en el sector privado y público a fin de acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación. La referida Ley 71 de 1988 previó para el referido efecto en su artículo 11 una integración normativa en materia pensional para los empleados del sector público y privado que se hicieran titulares de dicha prestación, a saber:

«**Artículo 11** .- Esta ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de Previsión Social del Sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez.»

Por lo expuesto, la aplicación de la Ley 71 de 1988 en los asuntos de docentes oficiales con acumulación de aportes en el sector privado, que solicitan el reconocimiento o reliquidación de su pensión de jubilación, no modifica la posición adoptada por esta Corporación mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Para el caso de marras resulta necesario entonces remitirse a la mentada norma que complementa el régimen de pensiones, en el sentido de que esta permite el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el trabajador cuando aquel hubiese laborado en entidades de orden público y privado con el propósito de acceder a dicho beneficio pensional. Lo anterior, en observancia de los requisitos de edad, tiempo y monto pensional previstos en la Ley 33 de 1985, como en efecto se consideró en la mentada providencia. [...]».

En suma, la aplicación de la Ley 71 de 1988 en orden de determinar la pensión de jubilación de los docentes oficiales con vinculaciones anteriores al 27 de junio de 2003, es perfectamente viable cuando se evidencia la acumulación de aportes públicos y privados. Sin embargo, debe resaltarse que esa no es la única condición verificable para aquellos eventos, pues la aludida tesis tiene un marco fáctico de concreción muy específico, el cual se deriva de la misma teleología de la norma en cita.

Pues bien, el referido supuesto de hecho esencial para la procedencia de la línea de intelección en comentario, implica que las cotizaciones de los docentes por servicios prestados a empleadores particulares, y en algunos casos también a autoridades públicas diferentes al magisterio, tienen que haberse abonado y reportado, al menos en una parte, al entonces ISS (hoy Colpensiones), no a administradoras de fondos de pensiones privadas.



Ello se corrobora al verificar los casos abordados en las providencias enlistadas en el pie de página 7, así como en otras proferidas por el mismo Consejo de Estado. Por ejemplo, en la sentencia del 18 de marzo de 2021⁷, al examinar los tiempos de servicio y las entidades receptoras de los aportes, se advierte que los inherentes a las relaciones contractuales de trabajo sostenidas por la demandante de aquel litigio, efectivamente fueron realizados al mentado Instituto de los Seguros Sociales, así:

«[...]

REQUISITOS PENSIÓN DE JUBILACIÓN LEY 71 DE 1988		
«ARTÍCULO 7.º 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.»	Tiempo de servicios: Cotizó al ISS (hoy Colpensiones) con aportes del sector privado y público un total de 1.423 semanas, lo cual equivale aproximadamente a 27 años, 4 meses, comprendidos de manera discontinua entre el 21 de septiembre de 1972 al 28 de febrero de 2006. Del mismo modo, desde el 1.º de marzo de 2006, la libelista ha efectuado aportes como afiliada al FNPSM, al menos hasta el 23 de septiembre de 2014 (fecha de presentación de la demanda), un total de 8 años, 6 meses por su servicio en el sector público como docente oficial nombrada y posesionada en el Municipio de Armenia. El total del período acumulado por labores y cotizaciones en ambos sectores es superior a 35 años.	La demandante acreditó los requisitos para obtener la pensión de jubilación prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, más de 20 años de aportes a pensión tanto del sector privado como público y 55 años de edad.

[...]». (Negrilla y mayúscula del texto original).

Esta especificidad en punto a la exigencia de haber cotizado imperiosamente en alguna proporción al extinto ISS (hoy Colpensiones) por labores provenientes del sector privado o público, así como a otras entidades de

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 18 de marzo de 2021 (Rad.: 63001-23-33-000-2014-00249-01 (0249-2016)).



previsión social, se desprende del mismo marco normativo aplicable al caso, en tanto la propia Ley 71 de 1988 que en su artículo 7.º reza lo siguiente:

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

El 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.». (Negrita intencional).

Frente a aquel postulado se destaca que, concretamente en vigencia de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto 2709 de 1994 que reguló el precepto normativo transcrito *ut supra*, ello al punto de indicar las condiciones bajo las cuales se consolidaría la denominada pensión por aportes, de las que se destaca la noción de entidades de previsión y demás elementos para los efectos de este contexto jurídico, tal como se advierte a continuación:

«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.**

[...]

Artículo 4º. Entidad de previsión. Para efectos de la pensión de jubilación por aportes, se tendrá como entidad de previsión social a **cualquiera de las cajas de previsión social, fondos de previsión, o las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales.**

Artículo 5º. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.

[...]

Artículo 11. Cuotas partes. **Todas las entidades de previsión social** a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tienen la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagadora de la pensión con la cuota parte correspondiente.

Para el efecto de las cuotas partes a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince (15) días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el



cual, si no se ha recibido respuesta, se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

La cuota parte **a cargo de cada entidad de previsión** será el valor de la pensión por el tiempo aportado a esta entidad, dividido por el tiempo total de aportación.». (Negrita fuera de texto).

Como se desprende del referido contexto, la pensión por aportes de manera general, conlleva la necesaria acreditación de ciertas cotizaciones efectuadas al ISS (bien sea por relaciones laborales o legales y reglamentarias), así como a otras entidades de previsión, las cuales corresponden a aquellas cajas o fondos de carácter indispensablemente públicos como lo exige la norma *ejusdem*, que además hagan sus veces en materia de reconocimientos pensionales, y que sean del orden nacional, distrital, departamental o municipal.

Ahora bien, en el caso particular de los docentes oficiales como la demandante, que hubiesen realizado aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con motivo de su actividad en razón del mentado cargo, se torna inexorable que, a fin de consolidar el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes con base en la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, igualmente se acredite el hecho de que también se han efectuado algún tipo de cotizaciones provenientes del sector privado, o de este último y del oficial por otros vínculos diferentes al educativo estatal, ello siempre y cuando tales conceptos se hubiesen abonado y reportado forzosamente a: i) el Instituto de los Seguros Sociales en su momento (Colpensiones en la actualidad), o, ii) a esta misma entidad y adicionalmente a una o más cajas o fondos públicos de previsión social de cualquier orden.

➤ De la situación particular de la libelista

Una vez determinadas las condiciones de aplicabilidad de la Ley 71 de 1988 para el caso de los docentes oficiales, resulta necesario examinar conforme a los hechos probados, cómo se han efectuado las cotizaciones a pensión por parte de la señora Jiménez Castillo a lo largo de su historia laboral.

Al respecto se observa que:

i) Respecto de los aportes efectuados al Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Sala hace remisión expresa a los tiempos de servicio como educadora estatal que fueron tenidos en cuenta por el *a quo*, dado que sobre el punto no existe discusión en esta instancia. Estos corresponden a los siguientes (ver folios 217 vuelto a 218):

Período		Total
Desde	Hasta	
28 /07/ 1975	01/05/1980	4 años 9 meses y 4 días
25/02/2002	22/03/2002	25 días
1/04/2002	21/06/2002	2 meses 21 días
15/07/2002	11/10/2002	2 meses 28 días
15/10/2002	30/11/2002	1 mes 15 días
7/02/2003	11/04/2003	2 meses 3 días
21/04/2003	22/04/2003	1 día
23/04/2003	27/06/2003	2 meses 5 días
14/07/2003	12/12/2003	4 meses 28 días
05/02/2004	19/01/2007	2 años 11 meses 14 días
19/02/2007	17/12/2007	9 meses 27 días
23/01/2008	20/06/2008	4 meses 28 días
21/06/2008	11/12/2009	1 año 5 meses 21 días
12/12/2009	12/07/2010	7 meses
Subtotal		12 años 5 meses 10 días
27/07/2010	13/02/2018	7 años 6 meses 20 días
Total de tiempo		20 años



Lo anterior se corrobora al verificar el certificado de historia laboral emitido por la Secretaría de Educación de Cundinamarca el 14 de junio de 2018 (folio 44), del que se advierte que efectivamente la demandante estuvo vinculada en provisionalidad como docente del Estado desde el 28 de julio de 1975 hasta el 1.º de agosto de 1980.

Asimismo, de la constancia suscrita el 8 de julio de 2008 por el jefe del grupo de certificaciones laborales de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá (folio 54), se evidencia que la libelista ejerció como educadora en virtud de nombramientos interinos en los siguientes lapsos: i) del 25 de febrero al 22 de marzo de 2002, ii) del 1.º de abril al 21 de junio de 2002, iii) del 15 de julio al 11 de octubre de 2002, iv) del 15 de octubre al 30 de noviembre de 2002, v) del 7 de febrero al 11 de abril de 2003, vi) del 21 de abril al 27 de junio de 2003, y vii) del 14 de julio al 12 de diciembre de 2003.

También se encuentra en el expediente el formato único de expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá el 19 de julio de 2018 (folios 143 a 144), del cual se extrae que la señora Jiménez Castillo mantuvo sendas relaciones legales y reglamentarias con dicha entidad territorial en calidad de maestra oficial durante los siguientes períodos: i) del 5 de febrero de 2004 al 19 de enero de 2007, ii) del 19 de febrero al 17 de diciembre de 2007, iii) del 23 de enero de 2008 al 12 de julio de 2010, y iv) del 27 de julio de 2010 al 13 de febrero de 2018 cuando consolidó un total de 20 años de servicio al magisterio con cotizaciones directas al Ministerio de Educación, FNPSM.

ii) Por otro lado, se logró evidenciar a partir del certificado de semanas cotizadas a Colpensiones (folios 149 a 150), que la demandante realizó aportes a dicha entidad por sus servicios prestados en el sector privado al Instituto Andrés Fey⁸, esto desde el 1.º de febrero de 1997 al 31 de julio de 1999.

No obstante, dichos tiempos equivalentes a 123,14 semanas fueron trasladados a la administradora privada de fondo de pensiones Protección S.A., ello por solicitud de traspaso del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde además de los anteriores abonos, se realizaron cotizaciones posteriores en virtud de la mentada relación laboral a partir del 1.º de julio de 1997 y hasta el 30 de noviembre de 2001 (folios 147 a 148), para un total de 244 semanas acumuladas por labores desarrolladas a un empleador particular.

Sobre la aludida situación de la señora Susana Imelda Jiménez Castillo, la Sala efectuó una consulta con corte al 18 de febrero de 2022 en el sistema público de información de la protección social a través del Registro Único de Afiliados (RUAF), ello con el fin de determinar cuáles son sus afiliaciones activas en materia pensional, búsqueda que arrojó el siguiente resultado:

⁸ Ver certificación laboral emitida el 14 de enero de 2002 por la rectora del Instituto Andrés Fey de las Hermanas del Niño Jesús Pobre, en la que se indica que la señora Susana Imelda Jiménez Castillo laboró mediante contrato de trabajo en dicho centro educativo desde el 1.º de febrero de 1997 al 30 de noviembre de 2001. (Folio 152).



Radicado: 25000-23-42-000-2019-00508-01 (2561-2021)
Demandante: Susana Imelda Jiménez Castillo



SISPRO
Sistema Integral de Información de la Protección Social
RUAF
Registro Único de Afiliados

Afiliaciones de una Persona en el Sistema

Fecha de Corte: 2022-02-18

INFORMACIÓN BÁSICA					
Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo
CC 20589901	SUSANA	IMELDA	JIMENEZ	CASTILLO	F

No se han reportado afiliaciones para esta persona

Fecha de Corte: 2022-02-18

AFILIACIÓN A PENSIONES			
Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación
PENSIONES: AHORRO INDIVIDUAL	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN SA	1999-08-01	Activo cotizante
PENSIONES: EXCEPCIÓN	FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO	2010-08-09	Activo cotizante

No se han reportado afiliaciones para esta persona

Fecha de Corte: 2022-02-18

AFILIACIÓN A COMPENSACIÓN FAMILIAR					
Administradora CF	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Tipo de Miembro de la Población Cubierta	Tipo de Afiliado	Municipio Labora
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR	2010-08-24	Activo	Afiliado	Trabajador afiliado dependiente	
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR	2010-08-24	Activo	Afiliado	Trabajador afiliado dependiente	

Fecha de Corte: 2021-12-31

AFILIACIÓN A CESANTIAS				
Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Municipio Labora
CESANTÍAS: TRADICIONAL	FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO	2008-02-01	VIGENTE	Bogotá, D.C. - BOGOTÁ
CESANTÍAS: TRADICIONAL	FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO	2010-08-09	VIGENTE	

No se han reportado pensiones para esta persona

Fecha de Corte: 2022-02-18

VINCULACIÓN A PROGRAMAS DE ASISTENCIA SOCIAL

No se han reportado vinculaciones para esta persona.

Fecha de Corte: 2021-12-31

De este modo, como se extrae a partir de la relación de hechos probados relevantes en la presente instancia, la demandante a la fecha se encuentra afiliada tanto al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de la AFP Protección S.A., como a un régimen excepcional y especial correspondiente al de los docentes oficiales administrado por el Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Asimismo, se advierte con claridad que en el primer escenario en comento, la libelista tiene acumulados sendos aportes originados en un vínculo contractual con un empleador privado, mientras que ante la segunda entidad, se verifica que aquella ha efectuado cotizaciones de carácter público provenientes de su relación legal y reglamentaria como educadora del Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que la señora Jiménez Castillo sostiene en su recurso de apelación, que el *a quo* debió tener en cuenta el tiempo de servicio privado acumulado en la AFP Protección para computarlo con el cotizado en el FNPSM, a fin de que le fuera reconocida la pensión de jubilación por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 con efectividad desde una fecha anterior a la determinada en la sentencia recurrida.

Empero, al buscar la aplicación de aquella normativa a la situación de la demandante, se evidencia que ello no es posible al encontrar que los aportes inherentes al contrato de trabajo con el Instituto Andrés Fey, se encuentran abonados y reportados a una administradora privada del régimen de ahorro individual con solidaridad y no a Colpensiones en calidad de sucesora del extinto ISS.

Es decir, las referidas cotizaciones que se solicitan tener en cuenta, no están a cargo de una entidad pública de previsión social como en efecto lo son esta última institución y el Ministerio de Educación, FNPSM, tal como lo exige la



Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994 para la procedencia de la prestación debatida.

Debe recordarse que por la condición especial de docente oficial que detenta la libelista desde antes del 27 de junio de 2003, el régimen pensional que resulta aplicable a su caso es el excepcional previsto para el magisterio, es decir, de acuerdo con las previsiones de la Ley 91 de 1989, en concordancia con la Ley 33 de 1985 o bien la Ley 71 de 1988, ello cuando se satisfagan las exigencias previstas en una u otra de estas dos normas en comento, según lo que se acredite en cada caso particular.

Ahora, en punto a la aplicabilidad de la Ley 71 de 1988, se recuerda que conforme a lo expuesto en el acápite anterior, la esencia de dicho precepto es que el reclamante haya efectuado aportes derivados de labores prestadas tanto en el sector público como en el privado, pero que estos se verifiquen reportados y abonados entre entidades públicas de previsión social, dentro de las que al menos una parte de las cotizaciones se encuentren necesariamente en Colpensiones (anteriormente ISS), esto en orden de concretar la figura de las cuotas partes de que trata el artículo 11 del Decreto 2709 de 1994 relacionado con la forma financiar la prerrogativa entre las mentadas autoridades.

De lo expuesto hasta punto se resalta que la normativa precitada no previó la posibilidad de que se pudieran computar tiempos de servicio acumulados en el régimen de ahorro individual con solidaridad⁹ (del que son titulares las administradoras de fondos de pensiones como Protección S.A.), en conjunto con los acopiados en el régimen de prima media con prestación definida¹⁰ administrado por el entonces ISS (hoy Colpensiones), ello con motivo de la incompatibilidad por multifiliación entre ambos marcos jurídicos, prevista en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993.

Bajo esta misma línea de intelección, tampoco sería viable asumir la posibilidad de que puedan tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento de una pensión por aportes, las cotizaciones provenientes del RAIS y aquellas estructuradas bajo regímenes excepcionales como el de los docentes a cargo del FNPSM, pues no solo su regulación es autónoma y específica, sino que además no podría predicarse la articulación entre entidades de previsión social de cualquier orden al tenor de los artículos 4.º y 11 del Decreto 2709 de 1994, pues las AFP al ser privadas no se acompañarían con la finalidad de dicha norma como sí lo hacen las cajas o fondos públicos, por ejemplo, el entonces ISS y el Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Si en lo atinente a la situación de multifiliación referida en la que se encuentra la señora Jiménez Castillo, se pensara que debe darse aplicación a la figura de los bonos pensionales y las formas de traslado entre regímenes desarrollados en los Decretos 3800 de 2003¹¹ y 3995 de 2008¹², tendrá que resaltarse que dichas normas son reglamentarias de la Ley 100 de 1993, es decir, del Sistema General de Pensiones que comprende solo al régimen de

⁹ Correspondiente a las siglas RAIS.

¹⁰ Correspondiente a las siglas RPMPD.

¹¹ «Por el cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2o de la Ley 797 de 2003.»

¹² «Por el cual se reglamentan los artículos 12, 13 y 16 de la Ley 100 de 1993.»



ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media con prestación definida, no a los regímenes exceptuados como el del magisterio.

Acerca de este punto es imperioso recordar que, los docentes oficiales a quienes les aplica la regulación especial por haber tenido vinculaciones anteriores al 27 de junio de 2003¹³, se encuentran expresamente 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, así como tampoco los cobijan los postulados sobre traslados de regímenes, bonos pensionales y cuotas partes entre actores del sistema, dado que no se trataría de una discusión por multifiliación entre RAIS y RPMPD.

Concretamente frente a la situación de la libelista, se observa que las cotizaciones provenientes del sector privado se encuentran activas en una AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad, mientras que el resto de aportes por labores en el sector público están acumulados en una entidad de previsión social especial como lo es el Ministerio de Educación, FNPSM.

Lo anterior implica que el caso *sub examine*, no estudia una coexistencia entre los dos marcos jurídicos del Sistema General de Pensiones, sino entre el RAIS y el régimen excepcional del magisterio, los cuales son totalmente autónomos, sometidos a regulaciones diferentes no articuladas, y con consecuencias jurídicas independientes en temas prestacionales, que no permiten hacer traslados ni asumir bonos o cuotas partes entre los distintos administradores involucrados, debido a su naturaleza divergente, más aún cuando por ejemplo en este proceso nunca fue vinculada Protección S.A. a fin de hipotéticamente haberle impuesto algún tipo de orden o carga en punto al reconocimiento pensional debatido.

Bajo el análisis desarrollado hasta este punto, la Subsección estima que, tal como lo determinó el *a quo*, a la demandante no le era aplicable la figura de la pensión por aportes contenida en la Ley 71 de 1988 y reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, habida cuenta de que si bien acreditó la acumulación de sendas cotizaciones derivadas de un contrato de trabajo con un empleador particular, estas se abonaron a una AFP privada del régimen de ahorro individual con solidaridad en la que aún se encuentra activa, y no al entonces ISS como debió haberlo hecho por exigencia expresa de las normas *ejusdem*, ello en procura de que el FNPSM asumiera el reconocimiento y pago de aquella prestación con el correspondiente trámite de cuotas partes a cargo de Colpensiones, no en cabeza de la AFP Protección S.A., por no estar contemplada esa posibilidad en el marco jurídico aplicable a su situación excepcional como docente oficial.

De este modo, resulta válido entender que si la señora Jiménez Castillo pretendía consolidar el derecho a una pensión de jubilación por aportes efectiva en un tiempo menor al determinado en la sentencia de primera instancia, el traslado de afiliación o de aportes que sí debió solicitar y tramitar era el de la AFP Protección S.A. al entonces Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones), esto con el objetivo de dar cumplimiento a las condiciones requeridas para la aplicabilidad de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de

¹³ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.



1994¹⁴, situación que evidentemente no ocurrió y que por competencia no puede ser ordenada en esta instancia.

En suma, la pensión de jubilación de la libelista como beneficiaria del régimen especial de los docentes oficiales al haber ejercido como tal antes del 27 de junio de 2003 cuando entró en vigencia la Ley 812 del mismo año, es el aplicado en la sentencia impugnada, esto es, la Ley 91 de 1989 en concordancia con la Ley 33 de 1985 para pensiones derivadas de tiempos de servicio eminentemente públicos, por lo que la aludida decisión se encuentra ajustada a derecho.

Ahora, lo referido hasta este punto no implica el desconocimiento de la autonomía que se predica del RAIS en el marco del Sistema General de Pensiones frente a los efectos prestacionales que podría tener para la demandante el haber cotizado a una administradora de pensiones privada, pues será en ese escenario donde se defina si eventualmente y en razón de lo que se demuestre en tal caso, aquella reunió o no los requisitos para obtener una pensión de vejez por tiempos exclusivamente prestados a empleadores particulares bajo la afiliación exclusiva al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, o si por el contrario podía acceder a la figura de la devolución de saldos prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 aplicable a este régimen.

En conclusión: el derecho prestacional debatido a favor de la señora Susana Imelda Jiménez Castillo, no debe reconocerse con efectividad desde el 11 de diciembre de 2013, según los preceptos de la Ley 71 de 1988, es decir, bajo el régimen pensional por aportes con el cómputo de las cotizaciones efectuadas a la AFP Protección en virtud de su vinculación en el sector privado en el RAIS, toda vez que estas se encuentran abonadas y reportadas a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad y no al extinto ISS (hoy Colpensiones) conforme lo exigido tanto en la referida norma como en el Decreto Reglamentario 2709 de 1994 para poder consolidar dicha prerrogativa.

Debe tenerse en cuenta que el presente caso no consiste en una multifiliación de la demandante entre el RAIS y el RPMPD que permita el traslado entre regímenes ni la expedición de bonos o transferencia de aportes entre actores del sistema, sino que se trata de una coexistencia entre el primero y el régimen exceptuado de los docentes oficiales administrado por una entidad pública de previsión social como lo es el Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por esta razón, en virtud de la autonomía de ambos marcos jurídicos pensionales, resulta necesario tener en cuenta los efectos prestacionales de cada uno de manera independiente, sin que rijan las previsiones de la Ley 100 de 1993. De este modo, luego de evidenciarse que la libelista no efectuó aportes privados al entonces ISS o a una caja de previsión social, como lo

¹⁴ Condiciones que también fueron precisadas por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 11 de mayo de 2017, dictada en el proceso con radicado 52001-23-33-000-2014-00553-01(3149-16), en la que se señaló lo siguiente: «[...] A partir del contenido de las normas referidas se colige que desde la expedición de la Ley 71 de 1988, resulta posible acumular los tiempos de servicios cotizados en el sector público y en el privado para tener derecho a una pensión, siempre y cuando, se cumpla con los demás requisitos establecidos en la citada ley, esto es, acreditar 55 años de edad si es mujer o 60 años si es varón, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Instituto del Seguro Social. [...]».



requiere expresamente la Ley 71 de 1988, dicha normativa no podría gobernar su situación, sino la Ley 33 de 1985 conforme lo determinó el *a quo* al hallar que aquella era beneficiaria del régimen excepcional de los maestros oficiales al haber sido vinculada bajo esa calidad antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En suma, efectivamente se requería demostrar la acumulación de 20 años de servicio exclusivamente público, los cuales acreditó hasta el 13 de febrero de 2018, tal como se determinó en el fallo apelado.

Decisión de segunda instancia

Según lo expuesto, se impone confirmar la sentencia proferida el 27 de abril de 2021 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación formulado por la libelista.

De la condena en costas

Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016¹⁵, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, determinó el criterio objetivo-valorativo, para la imposición de condena en costas, bajo los siguientes fundamentos:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

¹⁵ Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁶ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]».



De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público¹⁷.

Ahora, aun bajo este hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la demandante, en la medida que a pesar de haber resultado vencida en esta oportunidad, conforme el numeral 8.º del artículo 365 del CGP no es posible la comprobación de dicha carga, en tanto no hubo intervención de las partes en segunda instancia ante la ausencia de un período probatorio y el consecuente traslado de alegatos de conclusión según lo previsto en el artículo 247, numeral 5.º del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), tal como se indica en la constancia secretarial visible a folio 258 del plenario.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 27 de abril de 2021 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Susana Imelda Jiménez Castillo contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas de segunda instancia.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa SAMAI y una vez ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

¹⁷ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]».»



Radicado: 25000-23-42-000-2019-00508-01 (2561-2021)
Demandante: Susana Imelda Jiménez Castillo

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

Honorable:

CONSEJO DE ESTADO. - SECCION SEGUNDA -REPARTO.
E.S.D.

SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO, identificada como aparece al pie de mi firma, por medio del presente escrito manifiesto que confiero **PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE** a los Doctores: **TONY ALEX ATUESTA SOLORZANO, CRISTIAN ANIBAL FERNANDEZ GUTIERREZ** y a **NORA YANINE CHAPARRO AVILA**, identificados civil y profesionalmente como aparecen al pie de sus correspondientes firmas, para que en mi nombre y representación inicien y lleven hasta su terminación **ACCIÓN DE TUTELA**, tendiente a obtener la protección de mis derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, principio de legalidad, acceso al juez natural, al debido proceso, a la seguridad jurídica, y a la igualdad vulnerados por **VIAS DE HECHO** por el **HONORABLE CONSEJO DE ESTADO - SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “A”**, mediante providencia de fecha **03 de Marzo del 2022** que **CONFIRMO** la sentencia de primera instancia proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “F”** de fecha **27 de Abril de 2021** la cual **ACCEDIO PARCIALMENTE** las pretensiones de la demanda dentro del proceso N° **25000-23-42-000-2019-00508-01**

Otorgo a mis apoderados las facultades para presentar Petición, Notificarse, Demandar, Conciliar, Recibir, Sustituir, Reasumir, Transigir, Desistir, presentar Acciones de Tutela, interponer los Recursos de Ley y en general los demás eventos tendientes a la defensa de mis intereses de conformidad al artículo 77 del C.G.P.

Sírvase señores consejeros, reconocerles personería a mis apoderados.

Cordialmente,


SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO
C.C. N° 20.589.901

ACEPTO,

TONY ALEX ATUESTA SOLORZANO
C.C. 80.254.968 de Bogotá D.C.
T.P No. 312.174 del C.S. de La J.


CRISTIAN ANIBAL FERNANDEZ GUTIERREZ
C.C. 1.010.225.084 de Bogotá D.C.
T.P No. 338.433 del C.S. de La J.

NORA YANINE CHAPARRO AVILA
C.C. 52.477.785 de Bogotá D.C.
T.P. N° 260.674 del C. S, de la J.

www.colombiapensiones.com

CALLE 39 BIS B No. 29 -52 Teléfonos 5703040 – 5704090
CEL: 3118129555-3123315582-3102524419 Bogotá D.C., Colombia
E-mail: colombiapensiones1@hotmail.com



DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL
Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015



10453202

En la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el doce (12) de mayo de dos mil veintidos (2022), en la Notaría Setenta (70) del Círculo de Bogotá D.C., compareció: SUSANA IMELDA JIMENEZ CASTILLO, identificado con Cédula de Ciudadanía / NUIP 20589901, presentó el documento dirigido a HONORABLE CONSEJO DE ESTADO-SECCIÓN SEGUNDA y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.



Susana Jiménez C.



60mvdpv498m3
12/05/2022 - 10:19:16



----- Firma autógrafa -----

Conforme al Artículo 18 del Decreto - Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante cotejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Natalia Perry Turbay



NATALIA PERRY TURBAY

Notario Setenta (70) del Círculo de Bogotá D.C.

Consulte este documento en www.notariasegura.com.co
Número Único de Transacción: 60mvdpv498m3

Id Documento: 11001031500020220306000005025210004

