



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 09 de junio del 2020.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ELSA OMAIRA NIÑO GONZALEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
EXPEDIENTE:	15001-3333-006-2017-00159-00

Agotados los ritos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda:

La señora ELSA OMAIRA NIÑO GOMZALEZ, identificado con cédula de ciudadanía No.40.018.592, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas

PRIMERA- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución SUB 92762 del 09 de junio de 2017, expedida por el Subdirector de Determinación de la Dirección de Prestaciones Económicas de la Administradora Colombiana de pensiones - COLPENSIONES-, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a favor de la señora ELSA OMARIA NIÑO GONZALEZ.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

SEGUNDA. - Que se declare la nulidad de la Resolución SUB 135564 del 25 de junio de 2017, expedida por el Subdirector de Determinación de la Dirección de Prestaciones Económicas de la Administradora Colombiana de pensiones -COLPENSIONES-, por el cual se resuelve un recurso de reposición y confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 92762 del 09 de junio de 2017.

TERCERA. - Que se declare la nulidad de la Resolución DIR 13245 del 15 de agosto de 2017, expedida por el subdirector de determinación de la Dirección de Prestaciones Económicas de la Administradora Colombiana de pensiones -COLPENSIONES-, por el cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 92762 del 09 de junio de 2017.

CUARTA. - Que se declare que la señora ELSA OMARIA NIÑO GONZALEZ, tiene derecho a la que la Administradora Colombiana de pensiones – COLPENSIONES, le reconozca y pague la pensión de jubilación, a partir de la fecha de cumplimiento del estatus pensional, esto es, 55 años de edad y 20 años de servicio (28/01/2016), en cuantía del 75% del salario con la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

QUINTA. - Condenar a Colpensiones, a pagar a favor de la accionante, la diferencia del valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley desde la fecha de adquisición de status, el 28/01/2016.

SEXTA. - Condenar a Colpensiones, a pagar a favor de la accionante dichas mesadas de manera compatible con el ejercicio de la docencia, sin que tenga que demostrar retiro definitivo del servicio.

SEPTIMA. - Condenar a Colpensiones, a pagar a favor de la accionante, a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante se incorporen los ajustes del valor, conforme al IPC, conforme al artículo 187 del CPACA.

OCTAVA. - Condenar a Colpensiones a que reconozca y pague los intereses moratorios de que trata la ley 100 de 1993, art.141.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

NOVENO. - Condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria sobre las sumas adeudadas a la accionante, conforme a lo ordenado en el artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO. - Que se ordene a la accionada a que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO PRIMERO. - Que se condene en costas y en agencias en derecho a la accionada.

1.3. Fundamentos Fácticos.

El apoderado del actor hace un relato de los hechos que se pueden resumir en los siguientes términos:

.- Manifiesta que la señora ELSA OMARIA NIÑO GONZALEZ, nació el 28 de enero de 1961, luego, cuenta con 56 años de edad.

.- Señala que la accionante prestó sus servicios como docente del magisterio en el colegio de Boyacá, nombrada en propiedad, entre el periodo comprendido del 01 de abril de 1985 a la fecha.

.- Expresa que la señora NIÑO GONZALEZ, ha cotizado un total de 1620, equivalente a 31 años de servicio, cumpliendo con los requisitos para que se le reconozca y pague la pensión de jubilación de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, esto es, con 55 años de edad y 20 años de servicio, adquiriendo su status de servicio el 28 de enero de 2016.

.- Indica que la accionante pertenece a un régimen especial que le permite devengar pensión y salario al mismo tiempo hasta la edad de retiro forzoso.

.- Mediante Resolución SUB 92762 del 09 de junio de 2017 (notificada el 15 de junio siguiente), la entidad accionada negó la solicitud realizada por la accionante el día 20 de enero de 2017, tendiente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

cual el 22 de junio de 2017, bajo el radicado No.2017-6491635, interpone recurso de reposición y en subsidio apelación.

.- Por medio de la Resolución DIR 135564 del 25 de julio de 2017, la entidad resuelve el mencionado recurso, confirmando en todas sus partes la Resolución SUB 92762 del 09 de junio de 2017.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación.

- De carácter Constitucional: Preámbulo, Artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336.

- De carácter legal: Ley 33 de 1985, artículo 1; Ley 91 de 1989, artículo 15; Ley 812 de 2003, artículo 81.

.- Indicó que la Carta fundamental en su artículo 1º prescribe que nuestro país está organizado como un Estado Social de Derecho que obliga a las autoridades a adelantar sus actuaciones dentro de los términos preestablecidos en la Constitución y la Ley. Que la Entidad accionada al negar el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante, viola estos principios, porque los actos atacados desconocen los derechos que le corresponden, al invocar como fundamento de su decisión una interpretación distinta y restrictiva a la que regula la normatividad aplicable en el caso bajo estudio.

.- Qué la entidad demandada desconoció los principios de dignidad humana, seguridad social e igualdad al negar con el acto administrativo demandado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del actor, desde el momento en que cumplió su estatus, el cual está claramente consagrado en normas legales, el que debió ser protegido, provocando con su actuación una odiosa discriminación frente a los demás docentes a quienes se les ha reconocido este derecho.

.- Afirmó que el artículo 53 de la Norma Superior fue transgredido por la Administración al impedir que al demandante se le garantice el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales, pues actor demostró cumplir los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

.- Aseguró que la accionante demostró cumplir los requerimientos legales para que se le reconozca su pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día de septiembre de 2017 ante la Oficina de Apoyo a los Juzgados Administrativos y repartida a este Despacho (fl.19).

Posteriormente, mediante auto del 12 de octubre de 2017 se admitió la demanda (fls. 48-49) y se ordenó la notificación personal a la entidad demandada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita a folios 54 y siguientes del expediente.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por el inciso 5° del artículo 199 del CPACA -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012- y el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 (fls.57).

Mediante proveído del 14 de septiembre de 2018, se dispuso fijar fecha para la celebración de audiencia inicial (fl.117). Posteriormente con auto de fecha 14 de noviembre de 2018(fl.119 y 120), se dejó sin efectos las actuaciones surtidas desde auto admisorio de 12 de octubre de 2017 y en su lugar dispone admitir la presente demanda en contra de COLPENSIONES.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por el inciso 5° del artículo 199 del CPACA -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012- y el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 (fls.126). Así, transcurrido tal término, mediante auto del 05 de julio de 2019 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (fl.152).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 17 de septiembre de 2019, según consta en el acta que reposa de folios 159-164 del expediente, y de la cual puede destacarse que hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

En consecuencia, el día 23 de octubre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (Fls.187 a 188), en dicha diligencia se corrió traslado a las partes para que presenten los correspondientes alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la demanda

Dentro del término de traslado para la contestación de la demanda, la apoderada de COLPENSIONES manifiesta oponerse a las declaraciones y condenas, argumentando que en los actos administrativos emitidos por la entidad se realizó un estudio de la prestación de la accionante a la luz de la normatividad de la prima media, esto es, ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, estableciendo que no le asiste derecho a la aplicación de las normas de los regímenes exceptuados.

Expresa que se estableció que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ella contaba con 33 años de edad y acreditaba 463 semanas de servicios prestados, por tanto, no cumple con los requisitos para conservar el régimen de transición.

Propone como excepción previa la falta de integración del contradictorio o integración del litisconsorcio necesario; como excepciones de mérito propone las siguientes: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, improcedencia de la indexación, improcedencia de los intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, prescripción e innominada o genérica.

2.2. Alegatos de conclusión

2.3.1. Parte demandada (fls. 124-126)

Dentro del término legal COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión reiterando su oposición a las pretensiones de la demanda, argumentó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por no cumplir con los requisitos consagrados en el

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

artículo 36 de la Ley 100 de 1993; así mismo, que los actos demandados fueron emitidos a la luz de la normatividad aplicable a su caso, esto es la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003 considerando que Colpensiones administra las prestaciones vinculadas a éste régimen y no de quienes pertenecen a regímenes especiales.

2.3.2. Parte demandante y Ministerio Público

El apoderado de la parte actora guardó silencio.

El agente del Ministerio no presentó concepto.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

3.1. Problema Jurídico a resolver:

Debe este Despacho determinar si la señora Elsa Omaira Niño González, en calidad de docente, tiene derecho a que se le reconozca, liquide y pague la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 al ser la normativa aplicable y, en caso afirmativo si es procedente liquidar la prestación con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de adquisición del status pensional, además de ser compatible con el ejercicio de la docencia sin demostrar retiro definitivo de servicio así mismo se reconozca el pago de los interés de mora establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; o si por el contrario y como lo afirma la parte demandada el reconocimiento de su prestación se rige por Ley 100 de 1993, en cuyo caso a la fecha no ha adquirido las condiciones para ser beneficiaria de la pensión reclamada.

Para resolver la controversia planteada el despacho analizará los siguientes ítems (1). Régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales; (2). De La Naturaleza Jurídica del Colegio de Boyacá. (3) Naturaleza del Personal

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

Docente Vinculado al Colegio de Boyacá. (4) Régimen de jubilación aplicable al demandante; (5). Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del personal docente (6). Sentencias C-258 de 2013, SU -230 de 2015 y SU 395 de 2017 proferidas por la Corte Constitucional (7). Compatibilidad entre la pensión de jubilación y los salarios para el personal docente (8). Intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (9). Prescripción de mesadas (10) De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

4. -Régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales

La Ley 6ª de 1945 sobre prestaciones oficiales consagró:

"Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

...

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a..".

En principio esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

Luego el Decreto-Ley 3135 de 1968, disponía:

"Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio" (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

Tanto el Decreto-Ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidió y aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6ª de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

Con posterioridad se expidió el estatuto docente con el Decreto Ley 2277 de 1979, que comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985 que en su artículo 1º establece:

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

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)*

Parágrafo. 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Par. 3º. En todo caso los empleados oficiales que, a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley."

Como se advierte, la normativa en cita es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

De su aplicación se exceptúan tres casos:

1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.

3-) Y los empleados oficiales que, a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema dispuso lo siguiente:

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

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

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

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

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

"Artículo 15º.- 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.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

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 registrarán 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”.

La Ley 60 de 1993, dispone en su artículo 6º que:

“... 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 del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

“Así mismo, se exceptúan 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...”.

En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

“Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
 Demandante: Elsa Omaira Niño González
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente”¹.

De otra parte, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

*"Art. 115 **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."*

Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen "especial". Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.

En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales".

Ahora bien, en este punto no puede perderse de vista lo estatuido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, cuyo texto señala:

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

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

Por su parte, el Acto Legislativo No. 01 de 2005 señaló:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 23 de septiembre de 2010. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
 Demandante: Elsa Omaira Niño González
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

"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". (Negrillas de fuera del texto).

De las disposiciones en cita se deduce que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda según la fecha en que se hayan vinculado, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial. Al respecto el Consejo de Estado, ha señalado:

"En la actualidad hay dos situaciones:

- *La de los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, **es la establecida en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha**, sin que termine el 31 de Julio de 2010.*
- *La 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.*² (Negrillas fuera del texto).

Bajo este contexto queda establecido que la Ley 812 de 2003 es aplicable siempre y cuando los docentes se vinculen con posterioridad a la fecha de su vigencia (27 de junio de 2003), en tanto que quienes ingresaron con anterioridad a esa fecha le son aplicables las normas que con antelación rigen la materia.

4.1 De La Naturaleza Jurídica del Colegio de Boyacá.

Por medio de la Ley 2º del 28 de febrero de 1972, se dio al Colegio de Boyacá el carácter de Establecimiento Público del Sector Descentralizado del Orden Nacional adscrito al

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 10 de septiembre de 2009. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

Ministerio de Educación Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio en los siguientes términos:

"Artículo 1: Reorganizase el Colegio de Boyacá como establecimiento público de carácter docente, con personería jurídica, autonomía Educación Nacional. Su domicilio será la ciudad de Tunja.

(—)

Artículo 8°. El patrimonio del Colegio estará constituido por:

1. Las partidas que con destino al Colegio se incluyen anualmente en el Presupuesto Nacional."

La Constitución Política de 1991 realizó una redistribución de competencias en la prestación del servicio educativo, confiriendo responsabilidades tanto a la Nación como a los entes territoriales. A fin de materializar los citados postulados fue expedida la Ley 60 de 1993, con la cual, se inició la descentralización de los servicios educativos desde preescolar hasta la media; la citada norma contiene disposiciones sobre el reparto de competencias entre la Nación y los entes territoriales y distribuyó los recursos necesarios para la prestación de este servicio por parte de los Departamentos, Distritos y Municipios certificados.

Posteriormente, con la Ley 715 de 2001, se agudizó el proceso citado, oportunidad en la que se dispuso la transformación de las instituciones educativas a cargo de la Nación en los siguientes términos:

"Artículo 9: (...) Parágrafo 3° Los Establecimientos Públicos educativos del orden nacional que funcionan con recursos del presupuesto nacional, serán traspasados con los recursos a las respectivas entidades territoriales, conservando su autonomía administrativa.

Así, el Colegio de Boyacá del orden Nacional adscrito al Ministerio de Educación Nacional, se traspasó a la entidad territorial certificada Municipio de Tunja.

Con la Ley 790 de 2002, en su artículo 20 inciso segundo se dispuso: "Las Entidades Educativas que dependen del Ministerio de Educación Nacional serán descentralizadas y/o vertidas en entes autónomos. En tal caso, el Gobierno Nacional garantizará con recursos del Presupuesto General de la Nación distintos a los provenientes de Sistema

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

General de Participaciones y transferencias su viabilidad financiera. ", y en su artículo 101, se estableció que la Nación no podía administrar plantas de personal que presten servicios asignados a los departamentos o municipios.

En cumplimiento a la normatividad en cita el Concejo Municipal de Tunja expidió el Acuerdo No 0008 del 13 de abril de 2005, por medio del cual se creó un Establecimiento Público del Orden Municipal denominado "Colegio de Boyacá", como entidad descentralizada adscrita a la Secretaría de Educación Municipal, con domicilio en la ciudad de Tunja, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, situación que fue protocolizada a través del decreto 3176 de 2005.

4.2. Naturaleza del Personal Docente Vinculado al Colegio de Boyacá.

Es importante en este punto recordar que el régimen de salarios y prestaciones de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales se rige por lo dispuesto en Ley 91 de 1989, antes y con posterioridad a la expedición de la Ley 60 de 1993; esta última, mantuvo las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989, para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales.

Ahora bien, en relación con el campo de aplicación de la Ley 91° de 1989, "por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", el artículo 1° de dicha norma señaló que personal docente tiene la calidad de i) nacional: vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional, ii) nacionalizado: vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975 y iii) territorial: vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Y en relación con las prestaciones sociales a cargo del FOMAG, el artículo 4°, indicó que este fondo atendería las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de promulgación de la Ley 91 de 1989, y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

Así, de conformidad con lo establecido en sentencia del Consejo de Estado, del 09 de marzo de 2006, exp. 15001-23-31-000-02850-01, M. P. Ana Margarita Olaya Forero, los docentes del Colegio de Boyacá no son considerados docentes nacionales, ya que su nombramiento lo hacía directamente el rector de la institución, razón por la cual no tenían la calidad de docentes territoriales ni nacionalizados.

Por ende, los docentes que laboran o laboraban en el Colegio Boyacá son destinatarios de las disposiciones del Estatuto General Docente, al margen de calidad de docente que ostente y, por tanto, les resulta aplicable la excepción contenida en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el que señala: *"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,..."*.

4.3. -Régimen de jubilación aplicable al demandante

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso se tiene que la señora Elsa Omaira Niño González **se vinculó desde el 4 de marzo de 1985** como docente de medio tiempo en el Colegio de Boyacá (fl.34, 157), es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que se infiere que le es aplicable el régimen previsto en la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento pensional solicitado, ello, por cuanto el régimen de los docentes es exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, por disposición del artículo 279 de este estatuto.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

Sea el momento para resaltar que aun cuando el Colegio de Boyacá resulte ser un establecimiento público del orden municipal³, ello no determina en modo alguno que el régimen de los docentes de dicha institución educativa, sea el mismo que cobija a los demás servidores públicos que laboren en esta clase de entidades, más aún cuando las labores desempeñadas por unos y otros resultan ser diversas.

En otras palabras, es el aspecto material el que determina el régimen del empleado y no el concepto puramente estructural⁴, el cual se refiere únicamente a la organización y al grado de autonomía de los entes que conforman la administración.

Así las cosas, para el caso concreto, el reconocimiento y pago de la pensión del demandante se debe gobernar por el régimen que para el efecto resulta aplicable al personal docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, que no es otro que el consagrado en la Ley 33 de 1985.

En consideración a lo expuesto, el Despacho procede a verificar si la demandante reúne los requisitos que prevé la Ley 33 de 1985 para ser beneficiario de la pensión de jubilación solicitada, esto es, 55 años de edad y 20 años de servicio.

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente se probó que la demandante nació el 28 de enero de 1961 (fl.20); que se vinculó como docente de medio tiempo, el 4 de marzo de 1985 y de tiempo completo el 08 de febrero de 1988 a la fecha, por lo que cumple los requisitos que señala la normativa citada para ser beneficiario de la prestación social reclamada, por lo que la excepción denominada inexistencia del derecho y la obligación no tiene vocación de prosperidad.

Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva material. El despacho dirá que esta tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que tal como se dijo en precedencia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen injerencia en las resultas del presente proceso, en la medida que el demandante no se encuentra afiliado a dicha entidad, y que fue a ésta última en donde realizó sus respectivos aportes.

³ De acuerdo al Decreto 3176 de 2005.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Sentencia de 7 de febrero de 2013. Radicación No. 15001-23-31-000-2010-00042-01(2642-11). CD.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

4.4 -Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del personal docente

Partiendo del hecho que el demandante se encuentra cobijado por la Ley 33 de 1985, para su reconocimiento pensional, procede el Despacho a analizar qué factores salariales se deben tener en cuenta para liquidar su prestación.

En la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señala:

"Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

En este punto, no se puede desconocer la sentencia de unificación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01 (0935-17)SUJ-014-CE-S2- 19, que se ocupó sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En caso similar, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del 13 de junio de 2019, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, exp. 2017-000140-01, se indicó:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

"Sobre los factores salariales, debe aplicarse la primera regla de unificación jurisprudencial zanjada por el Consejo de Estado, esta es, que se tendrán en cuenta sólo aquellos factores sobre los que se hayan efectuados los aportes, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

*A la luz de la sentencia de unificación ut supra citada, en el ingreso base de liquidación se deben incluir los factores enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estos 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...".*

Así pues, sobre los factores salariales, debe aplicarse la primera regla de unificación jurisprudencial zanjada por el Consejo de Estado, esta es, que se tendrán en cuenta sólo aquellos factores sobre los que se hayan efectuados los aportes, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estos 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.

De los documentos que obran en el expediente se verifica que el demandante durante el periodo en el que adquirió su año estatus pensional, esto es, entre el 29 de enero de 2015 al 28 de enero de 2016, laboró en el Colegio Boyacá.

Ahora, de conformidad con el certificado de salarios expedido por el Colegio de Boyacá (fsl.101, 157-158), la accionante percibió los siguientes factores salariales entre el 29 de enero de 2015 al 28 de enero de 2016: salario básico, prima de alimentación, prima de grado, bonificación Decreto 1272 de 2015 y bonificación Decreto 2565, prima de navidad y prima de vacaciones.

Como se observa, la prima de grado, la prima de alimentación, vacaciones y de navidad, no se encuentran en el listado referido, en consecuencia, no pueden ser incluidas en el IBL pensional.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

En cuanto a la Bonificación Decreto 1272 de 2015, "*Por la cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones*", en su artículo 1, estableció: "*la bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto, se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes*". Es decir, que la mentada bonificación constituye salario para los aportes obligatorios a **pensión**.

Ahora, respecto de la Bonificación Decreto 2565 de 2015, el Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. Dr. José Ascensión Moreno Vásquez en sentencia del 11 de septiembre de 2018, en el exp. 152383333002201600163-01, señaló que la bonificación por retiro del servicio, es procedente para los docentes y directivos docentes al servicio del Estado, en los niveles preescolar, básica y media, que se encuentren inscritos al Escalafón Nacional Docente en los términos del Decreto 2277 de 1979 y pertenezcan al grado 14 de dicho escalafón. Adicionalmente, para el reconocimiento de la referida bonificación, el docente debe retirarse del servicio, bien por renuncia voluntaria o por alcanzar la edad de retiro forzoso. Luego no es posible su inclusión en el IBL pensional de la accionante, toda vez que ella aún se encuentra en servicio docente activo, y se pretende el pago de la pensión concomitante con el salario de docente.

En consecuencia, las disposiciones aplicables son aquellas contenidas en la Ley 33 de 1985, es decir, que la pensión deberá liquidarse sobre el 75% del salario promedio devengado durante el año anterior a la adquisición del status pensional, reiterando que NO es posible aceptar que el IBL corresponde a la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios en razón a que esta tesis no se compagina con el entendimiento actual que le ha dado el Consejo de Estado en su sentencia de unificación, a lo que debe agregarse que no hay divergencia de criterios alguna a partir de la cual puedan las autoridades administrativas o judiciales apartarse del precedente que se expone en la presente providencia.

4.5. -Sentencias C-258 de 2013, SU -230 de 2015 y SU 395 de 2017 proferidas por la Corte Constitucional

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

Para el tema debatido, hay que considerar que el docente pertenece a un régimen de excepción y por lo tanto le son inaplicables las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

En efecto las mencionadas sentencias de constitucionalidad y de unificación, sobre los factores salariales a ser tenidos en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, fueron dictadas en el contexto del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual, como se ha reitera, le son inaplicables al caso concreto, dada la calidad de docente del demandante, pues a ella les resulta aplicables el régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985⁵.

4.6. Compatibilidad entre la pensión de jubilación y los salarios para el personal docente

Los pensionados del sector público tienen derecho únicamente a que se les pague la mesada de la pensión reconocida a partir de que acrediten su desvinculación del empleo, regla que en la actualidad no rige para los docentes oficiales vinculados antes de la vigencia del Decreto 1278 de 2002, es decir vinculados antes de 19 de junio de 2002, en virtud de la existencia de normas que los exceptúan de su aplicación. Así, en virtud del artículo 5° del Decreto 224 de 1972⁶, rige dicha excepción que permite a los docentes oficiales de los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media, percibir pensión y salario hasta la edad de retiro forzoso.

La norma antes referida, guarda consonancia con lo previsto en el Decreto 2277 de 1979⁷, norma que señala que los educadores oficiales permanecerán en el servicio docente mientras no hayan sido excluidos del escalafón o no hayan alcanzado los 65 años de edad para su retiro forzoso (Artículo 31), estatuto que a la vez regula que el goce de la pensión de jubilación de los educadores oficiales no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes.

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de noviembre de 2017. Radicación No. 11001-03-15-000-2017-02760-00. Consejero Ponente Dr. ROCÍO ARAÚJO OÑATE.

⁶ "Artículo 5.- 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".

⁷ Decreto 2277 del 14 de septiembre de 1979 - Estatuto Docente "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

Ahora bien, aun cuando el artículo 128 de la Carta política consagra la prohibición de percibir más de una erogación del Tesoro Nacional, lo cierto es que la excepción prescrita en el artículo 5 del decreto 224 de 1972 prolongó su vigencia en el tiempo en virtud de lo regulado por el artículo 19 literal g) de la Ley 4 de 1992.

El Consejo de Estado ha reconocido la vigencia de la excepción en favor de los docentes en variadas oportunidades, señalando que *"En la actualidad el artículo 19 de la ley 4ª de 1992, autoriza recibir más de una asignación al personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública, cuando se percibe por concepto de sustitución pensional, así como las que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, beneficiaran a los servidores oficiales docentes pensionados, reguladas estas últimas en el literal g, respecto del cual la Sala en el Concepto 1305 de 2000, señaló que existe compatibilidad entre el goce de pensión de jubilación y el ejercicio de empleos docentes, al considerar que las normas a que él se remite son "...aquéllas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público". Por vía de ejemplo se menciona que el párrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1994, sustituido por el párrafo del artículo 20 de la ley 617 de 2000, establece la compatibilidad de la pensión o sustitución pensional y de las demás excepciones previstas en la ley 4ª, con los honorarios que perciben los concejales*¹⁶.

De otra parte, la Ley 60 de 1993 en su artículo 6 inciso tercero, estableció que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, **y las prestaciones en ellas reconocidas serían compatibles con pensiones o cualquier otra remuneración**; a su vez la Ley 115 de 1994 en su artículo 115 inciso 1, dispuso que el ejercicio de la profesión docente se regiría por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por dicha ley, y el régimen prestacional de los educadores estatales por lo establecido en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993⁹ y por dicha norma.

Así, por disposición legal se ratificó las prerrogativas propias de las docentes oficiales encaminadas a percibir de manera simultánea la pensión jubilación y el salario, sin que la misma constituya una prohibición constitucional. A esta misma conclusión llegó el Consejo

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE, Rad. 1344 de 10-05-2001.

⁹ Derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

de Estado¹⁰, al resolver un asunto con contornos fácticos semejantes a los decantados en el presente caso, sosteniendo así que la Caja de Previsión **no debió condicionar el pago de la pensión de jubilación al retiro definitivo** del servicio, en tanto tal determinación no tiene amparo del ordenamiento jurídico aplicable al caso.

En esa medida, se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia **la compatibilidad entre la pensión de jubilación, con los salarios**, pues al ostentar la calidad de docente no se requiere el retiro efectivo del servicio para el goce de la prestación social reclamada.

4.7. Intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993:

En cuanto a la pretensión relacionada con el reconocimiento de intereses moratorios, en virtud de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que señala: "*INTERESES DE MORA. A partir del 1 o. 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*"

El Consejo de Estado, en sentencia del 1 de marzo de 2018, exp. 52001233300020150007401, consideró que los intereses de mora contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no son 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 sería la única forma de ingreso para la subsistencia de las personas de la tercera edad, quienes han perdido su fuerza laboral.

Luego, para el pago de esos intereses moratorios previamente debe existir el reconocimiento de la pensión, así las cosas, si el acto administrativo negó el

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Sentencia de 7 de febrero de 2013. Radicación No. 15001-23-31-000-2010-00042-01(2642-11). CD.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
 Demandante: Elsa Omaira Niño González
 Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

reconocimiento de la pensión resulta improcedente la pretensión del pago de interés por mora en el pago de las mesadas pensionales¹¹,

4.8. Prescripción de mesadas

Las mesadas pensionales, por tratarse una prestación de carácter periódico, pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados –art. 164 núm. 1º lit. c) del C.P.A.C.A-, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibir las. En lo pertinente, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles.

En ese orden de ideas, se tiene:

- Que la demandante adquirió su estatus pensional el 28 de enero de 2016.
- Que bajo petición No.2017_642842, el 20 de enero de 2017, la demandante solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.
- Que la demandada a través de las Resoluciones SUB-92762 del 09 junio de 2017, SUB - 135564 del 25 de julio de 2017 y DIR 13245 del 15 de agosto de 2017
- Que la accionante acudió en demanda ante la jurisdicción el 22 de septiembre de

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, sentencia de 13 de junio de 2019, exp. 2017-00140-01.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

2017 (fl.19).

De conformidad con lo expuesto, no hay lugar a decretar la prescripción trienal de las diferencias de las mesadas reconocidas, toda vez que su exigibilidad se dio a partir del 28 de enero de 2016 y la petición se radicó el 20 de enero de 2017, la demanda se radicó el 22 de septiembre de 2017, por lo que no se cumplen los presupuestos que para tal fin prevé en el artículo 41 del Decreto 1848 de 1969, para declarar prescritas las diferencias pensionales causadas.

4.9. De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del 19 de febrero de 2016, Sala de Decisión No. 3, con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp.: 2014-096-01, realizó un análisis en torno al criterio sustentado por el Consejo de Estado frente al tema de los descuentos a los aportes del Sistema de Seguridad Social, en el cual concluyó que la naturaleza jurídica de las cotizaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, se constata que estas constituyen una obligación de carácter parafiscal, en tanto que son producto de la soberanía fiscal de Estado y tienen destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible¹².

El artículo 54 de la Ley 383 de 1997, "*Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones*" dispuso que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, son aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a nómina del sector privado así como el público. Allí, se incluyen o ubican los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Ahora bien, en el artículo 817 del estatuto referido, están contendidas las disposiciones sobre la extinción de la obligación, en la cual se establece que la acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años.

Agregó que en virtud del artículo 817 *ibídem*, la acción de cobro de las obligaciones

¹² Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ANA BEATRIZ SUELTA FIGUEROA, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-; Expediente: 15238-3331703-2014-00096-01

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles, por lo que concluyó que, transcurridos cinco (5) años a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, esta prescribía y su pago, no podía ser exigido, advirtiendo a la naturaleza parafiscales de estas últimas.

De acuerdo a lo señalado en los artículos 20, 22, 161 y 204 de la Ley 100 de 1993, el empleador está obligado a efectuar sus aportes y los de sus trabajadores. Si no lo hace, la entidad administradora del sistema puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad a los criterios trazados por el Tribunal Administrativo de Boyacá se ordenará que la condena que resulte y sobre los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez de la señora Elsa Omaira Niño González, se realicen los respectivos descuentos que no se efectuaron al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **durante los años que haya devengado los mencionados factores**, sin superar los últimos 5 años anteriores a la adquisición del status pensional del demandante, que comprende el tiempo transcurrido entre el **28 de enero de 2011 al 28 de enero de 2016**, en virtud de la prescripción extintiva, sin que el valor a pagar supere la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

4.10. Costas

Finalmente, respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que, en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante, atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A:

Primero.- Declarar no probada la excepción de prescripción de las mesadas propuesta por la apoderada de la entidad demandada, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Declarar la nulidad de las Resoluciones SUB-92762 del 09 junio de 2017, SUB - 135564 del 25 de julio de 2017 y DIR 13245 del 15 de agosto de 2017, proferidas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, a través de las cuales se negó el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación a la señora Elsa Omaira Niño González, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** a reconocer, liquidar y pagar a la señora **ELSA OMAIRA NIÑO GONZALEZ** identificada con cédula de ciudadanía No.40.018.592 expedida en Tunja (Boy), a partir del **28 de enero de 2016, sin necesidad de que acredite para ello el retiro efectivo del servicio**, una pensión ordinaria de jubilación en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el último año del status pensional, comprendido entre el 29 de enero de 2015 y el 28 de enero de 2016, teniendo en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación los siguientes factores salariales: **sueldo básico y bonificación Decreto 1272 de 2015**, aplicando en todo caso los reajustes de ley.

Cuarto.- ORDENAR a COLPENSIONES que proceda a pagar de forma indexada las mesadas que no se hubieran cancelado oportunamente y que no estén prescritas, siguiendo la fórmula que a continuación se plasma:

$$R = Rh \times \text{Índice Final} \\ \text{Índice Inicial}$$

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de mesadas pensionales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el vigente a la fecha en que se debió hacer el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de las mesadas.

Quinto.-Del valor total liquidado a favor de la demandante, **COLPESIONES** descontará el valor de los aportes al Sistema de Seguridad Social a que haya lugar en la proporción que corresponda al trabajador, que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir para la liquidación esto es: **sueldo básico, bonificación Decreto 1272 de 2015, durante los años que haya devengado los mencionados factores, sin superar los últimos 5 años de vida laboral del demandante** en virtud de la prescripción extintiva, sin que el valor a pagar supere la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social, en consecuencia queda condicionado a la elaboración por parte de la entidad demandada, de una formula actuarial cuya protección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo N° 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Sexto. - El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Séptimo. - Sin condena en costas, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

Octavo. - Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2017-00159-00
Demandante: Elsa Omaira Niño González
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.*

Noveno. - Por secretaria y si la providencia no fuere apelada expídase copia autentica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandante.

Décimo. - Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase a los interesados.

Notifíquese y cúmplase



HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA

Juez