



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veintiuno (21) de julio del año dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: 15759333300220210003300
Demandante: Cecilia Páez Reyes
Demandado: Nación – Ministerio de Educación - FOMAG y
Departamento de Boyacá

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora CECILIA PÁEZ REYES, actuando a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 697 del 24 de enero de 2013, por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación con fundamento en la Ley 100 de 1993.

Pretende se ordene el reconocimiento y pago indexado de la pensión de jubilación equivalente al 75% de lo devengado durante el año anterior a la adquisición del status, es decir, a partir del **09 de marzo de 2002**, cuando cumplió los 55 años y contaba con más de 20 años de servicios, de conformidad a lo establecido en la ley 71 de 1988, en compatibilidad con su salario.

Igualmente busca que se le cancele de forma indexada, las diferencias de valor de las mesadas pensionales, los intereses moratorios de que trata la Ley 100 de 1993 y que la sentencia se cumpla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del CPACA (*fl.3 archivo 02*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que la señora Cecilia Páez Reyes nació el 9 de marzo de 1947, por lo que el 9 de marzo de 2002 cumplió los cincuenta y cinco (55) años de edad, y realizó aportes al antiguo ISS en un total de 479 semanas.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

La demandante ha laborado como docente vinculada al Magisterio en diferentes periodos de tiempo, algunos bajo la modalidad de orden de prestación de servicios (OPS), luego en periodo de prueba y finalmente en propiedad.

Indica que para el momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993 contaba con 47 años de edad y que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 había cotizado más de 750 semanas, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición y en esa medida la normatividad aplicable para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación es la ley 71 de 1988.

Continúa señalando que previa solicitud, le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la Resolución No. 697 del 24 de enero de 2013, bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993. (fls. 4-5 archivo 02).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se transgredieron las siguientes disposiciones (fls.5-10 archivo 02).

De orden constitucional: Arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336.

De orden Legal: Ley 71 de 1988, artículo 7; Ley 100 de 1993, artículo 36.

Manifiesta que el acto acusado adolece de falsa motivación, por cuanto la aquí demandante cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiaria del régimen de transición, toda vez que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir al 1º de abril de 1994, contaba con 47 años de edad, e igualmente cumple con el requisito fijado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en relación con la cotización de 750 semanas para julio de 2005 y en esa medida la pensión de jubilación le debió ser reconocida de conformidad con lo establecido en el artículo la Ley 71 de 1988, pues cuenta con 55 años de edad y más de 20 años de servicios.

Indica que aun cuando la pensión de jubilación le fue reconocida con fundamento en la Ley 100 de 1993, esta no fue aplicada en su totalidad, pues no fue tenido en cuenta el régimen de transición.

Expresa que al momento de proyectar el acto administrativo, la accionada no tuvo en cuenta el tiempo de servicio prestado por la docente al servicio del Magisterio desde el año 2000 hasta el año 2005 en la modalidad de OPS, y que claramente establecería una vinculación antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y desvirtúa el reconocimiento pensional bajo los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, desfavorable para efectos de la liquidación pensional.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Departamento de Boyacá** contestó la demanda (archivo 17), manifestando oponerse a las pretensiones, indicando que el acto administrativo, materia de la presente litis, se dictó a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que la Secretaria de Educación de Boyacá participó en la expedición del acto administrativo como un simple mediador o tramitador que se encarga de proyectar, estando la negación o aprobación y pago posterior de una prestación a cargo del citado Fondo a través de la Fiduciaria “La Previsora” S.A., como administradora de los recursos.

Indica que la Secretaría de Educación de Boyacá no actúa a nombre de la Nación - FOMAG, pues no posee ninguna facultad que así lo establezca, y tampoco efectuó el estudio de la liquidación pensional adicional a que no determina su otorgamiento o negación y menos su pago, es decir que la Secretaría sólo se limita a expedir el acto administrativo de acuerdo a lo que determine la fiduciaria, mediante la denominada hoja de liquidación.

Señala entonces que el cumplimiento de las pretensiones de la demandante es facultad exclusiva del FOMAG a través de la Fiduciaria “La Previsora” S. A.

Finalmente, propuso la excepción de *Falta de legitimación en la causa por pasiva*.

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

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se radicó el 27 de enero de 2021 correspondiéndole al Juzgado Segundo Administrativo de Duitama, que la remitió pro competencia a este circuito judicial, siendo asignada por reparto a este Despacho (*archivo 03 Carpeta 02 Actuaciones J02 Duitama y archivo 01, expediente digital*).

Luego de inadmitida la demanda (*archivo 05*) y subsanada por activa (*archivo 08*), a través de proveído del 18 de mayo de 2021 se admite (*archivo 10*).

Por auto del 24 de enero de 2022 (*archivo 22*) se advierte que el asunto objeto de la litis, es de puro derecho y no se hace necesaria la práctica de pruebas, razón por la cual conforme al numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se ordena el trámite de sentencia anticipada y ordena correr traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emita concepto, si lo considera.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La entidad demandada **Nación - Ministerio de Educación - FOMAG** por intermedio de apoderada, presenta sus alegaciones finales (*archivo 24*), quien luego de citar las normas en relación con el régimen pensional de los docentes y la reglamentación de la pensión de jubilación por aportes, que contrario a lo que indica la demanda que del material probatorio, se encuentra acreditado que la demandante se vinculó como docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, de tal suerte que para el caso concreto, su régimen pensional corresponde al 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.

Agrega que por lo anterior la argumentación que esgrime la parte demandante como concepto de violación que se enrostra al acto demandado, carece de fundamento suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad inherente al mismo, de suerte que las pretensiones de la demanda se encuentran llamadas a ser desechadas por parte del Despacho.

Precisa que, de conformidad con la fecha de vinculación de la parte demandante, los factores a tener en cuenta al momento de determinar el Ingreso Base de Liquidación son los contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985. Ello siempre que, respecto de estos, se hubiesen hecho los respectivos aportes.

Cita la sentencia del Consejo de Estado: SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida en el radicado No. 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17), Sección Segunda, CP CÉSAR PALOMINO CORTÉS y solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

La **parte demandante** no alegó de conclusión

La **Agente Delegada del Ministerio Público** no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la demandante Cecilia Páez Reyes tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), reconozca la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización, en los términos de la ley 71 de 1988, sin exigir retiro del servicio, caso en el cual se debe examinar la legalidad del acto que niega el derecho deprecado.

Para ello se analizará si el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con el Departamento de Boyacá mediante contrato de prestación de servicios, debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Régimen pensional docente

El literal B) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 estableció una pensión de jubilación en favor de todos los empleados del Estado vinculados por la Nación, como por las entidades territoriales que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, modificada por Artículo 4 de la Ley 4 de 1966.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 equiparó en 55 años la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación y se unificó la pensión vitalicia en una suma equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para liquidar los aportes durante el último año de servicio, adicionalmente en su parágrafo 2, estableció un régimen de transición, norma que no es aplicable al presente caso.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, que en materia de pensiones el numeral primero del artículo 15, respecto de los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones sociales y económicas, dispuso que 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.

Las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes y por tanto, resulta aplicable para ellos la Ley 33 de 1985.

La Ley 100 de 1993 estableció un nuevo sistema de seguridad social integral, que entre otros aspectos, regula el sistema general de pensiones, no obstante en su artículo 279 inciso 2, excluye expresamente a los afiliados al FOMAG.

De contera, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados a la fecha en que entró en vigencia la ley, sería el establecido en las

disposiciones vigentes, para el caso corresponde a las Leyes 33 y 62 de 1985 y para los docentes vinculados con posterioridad a su vigencia, sería el régimen pensional de prima media de la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2002.

Ahora bien, pese a que después de la vigencia de la Ley 812 de 2003 se imponga para los docentes el régimen de prima media, es menester aclarar que en virtud de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 se encuentran excluidos de esa norma los maestros afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 a quienes se les aplica la normativa anterior, se reitera, las Leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

En este punto es pertinente recordar los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 para adquirir el derecho a la pensión, en cuyo artículo 1° establece:

“Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978)

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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. (Modifica el Artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 Artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969) Fuera de texto.

De lo antes expuesto se concluye que se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, aquellos docentes afiliados al FOMAG antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, pues en este caso, es menester resolver las controversias surgidas en torno a su derecho pensional tomando como base la normativa anterior.

La pensión por aportes (Ley 71 de 1988).

De conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha de considerarse como referente normativo aplicable a quienes se encuentren amparados por el mismo, no sólo la Ley 33 de 1985, reguladora del régimen pensional general para el sector público, para quienes reclamen la pensión jubilatoria como empleados de dicho sector, sino también la Ley 71 de 1988², que consagró la pensión de jubilación por acumulación de aportes, la cual, concede la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público y en el privado.

Esta Ley fue reglamentada en principio por el Decreto 1160 de 1989 y después por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que en su artículo 1°, determinó que la pensión a la que la mencionada Ley 71 de 1988 se refería, se denomina pensión de jubilación por aportes y a la misma tenían derecho «[...] 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»

² Ley 71 de 1988 «Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones».

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

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

De otro lado la misma Corporación³ indicó que la aplicación de régimen pensional dispuesto en la Ley 71 de 1988 es viable por beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que prevé:

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

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

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

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

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

(...)».

El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por *«los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados»*. Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición⁴.

Así, en la hipótesis del docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe

³ Consejo de Estado: Sentencia del 28 de enero de 2021, Sección Segunda, C.P. Dra Sandra Lisset Ibarra Véles, radicación 2075-18,

⁴ Los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social están taxativamente determinados en el artículo 279 de la misma Ley 100, sin que se mencione como exceptuado el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (C-540 de 2008).

verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario, deberá acudirse íntegramente a esta última norma⁵.

Pero además de cumplir con el requisito del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se deben cumplir con las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, que son haber cotizado al menos 750 semanas a la fecha de entrar en vigencia el Acto Legislativo y que adquiera el derecho a la pensión antes del 31 de diciembre de 2014⁶.

Tiempo servido por OPS personal docente para efectos pensionales

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de Unificación proferida el 22 de enero de 2015⁷, con relación al cómputo del tiempo docente, que la actividad docente, aunque no tenga vínculos directos con el estado, debe tenerse en cuenta para efectos pensionales, y que en su oportunidad consideró:

“Con relación al cómputo del tiempo de servicio docente por hora cátedra, la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 1999, dijo lo siguiente:

“(…) Sostuvo que, en ningún caso, esos parámetros de contratación son imputables al docente quien, sin importar la forma como ha de ser vinculado, cumple funciones similares en el campo educativo y, en consecuencia, está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales y hora cátedra, a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado. (...)”

Sobre el particular la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2000⁸ indicó que era posible tener en cuenta el para efectos del reconocimiento de la pensión gracia el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra y señaló que para su cálculo se daría aplicación al parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.”

10. EL CASO CONCRETO

En el presente asunto la pretensión principal está encaminada determinar si la señora Cecilia Páez Reyes tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1988, por lo que se deberá analizar en primer lugar, cuál es la norma que regula la situación pensional de la demandante.

Aterrizando el supuesto fáctico propuesto en la demanda y la demostración de tales hechos, al marco legal y jurisprudencial antes citado, se arriba a la conclusión que si el docente pretende completar el requisito de tiempo de servicios de 20 años en el sector público, con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario, se deberá dar aplicación a esta última norma.

Conforme a la copia del registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía (fls. 13 archivo 02 y 55 archivo 17), la demandante Cecilia Páez Reyes nació el 9 de marzo de

⁵ Consejo de Estado: Del 28 de enero de 2021, Sección Segunda, C.P. Dra Sandra Lisset Ibarra Véles, radicación 2075-18.
⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, mayo 13 de 2020, Exp.1523833001201201600160-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

⁷ Consejo de Estado, Sentencia de unificación de 22 de enero de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2012-02017-01(0775-14), M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 24 de agosto de 2000, expediente No. 1053- 00, M.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

1947, en consecuencia, cumplió los 55 años el 9 de marzo de 2002, por lo tanto para el 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con de 47 años de edad, es decir que cumple con el requisito de la edad para que le aplique el régimen de transición, como señala el Art. 36 *ídem*.

Obra en el expediente certificaciones de tiempo de servicio, documento de resumen de semanas cotizadas al ISS y además copia de las órdenes de prestación de servicios suscritos con la demandante, documentos que se detallan en la siguiente tabla elaborada por el Despacho:

Tabla 1

Entidad	Periodo	Entidad donde realizó aportes	Días laborados	Tiempo de servicios total
Colegio Liceo Nacional Antonia Santos de Bogotá (fl. 53 arch 17)	25 de enero de 1969 al 3 de febrero de 1980	CAJANAL	3969	11 años y 9 días
Colegio Nuestra Señora del Rosario (fl. 31 archivo 17)	5 de marzo de 1991 al 30 de noviembre de 1991	ISS	2904	8 años y 24 días
Colegio Nuestra Señora del Rosario (fl. 31 archivo 17)	13 de febrero de 1992 al 30 de noviembre de 1992			
Colegio Nuestra Señora del Rosario (fl. 31 archivo 17)	11 de marzo de 1993 al 28 de febrero de 1995			
Provincia Nuestra Sra. Rosario Congregación Dom (fl. 31 archivo 17)	1 de marzo de 1995 al 31 de diciembre de 1996			
Colegio Nuestra Señora del Rosario (fl. 31 archivo 17)	1 de enero de 1997 al 31 de enero de 1997			
Provincia Nuestra Sra. Rosario Congregación Dom (fl. 31 archivo 17)	1 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 1998			
Colegio Nuestra Señora del Rosario (fl. 31 archivo 17)	1 de enero de 1999 al 31 de enero de 1999			
Provincia Nuestra Sra. Rosario Congregación Dom (fl. 31 archivo 17)	1 de febrero de 1999 al 31 de julio de 1999			
Colegio Nuestra Señora del Rosario (fl. 31 archivo 17)	1 de agosto de 1999 al 30 de noviembre de 1999			
Cecilia Páez Reyes (fl. 31 archivo 17)	1 de abril de 2000 al 30 de junio de 2000			
Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (Ops Docente) fl. 52 archivo 017	10 de julio de 2000 al 1 de diciembre de 2000	No registra	142	4 meses y 22 días
Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (Ops Docente) fl. 52 archivo 017	5 de febrero de 2011 al 15 de junio de 2001	No registra	131	4 meses y 11 días
Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (Ops Docente) fl. 52 archivo 017	9 de julio de 2001 al 5 de diciembre de 2001	No registra	147	4 meses y 37 días
Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (Ops Docente) fl. 52 archivo 017	1 de febrero de 2002 al 30 de noviembre de 2002	No registra	300	10 meses
Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (Ops Docente) fl. 52 archivo 017	27 de febrero de 2003 al 12 de diciembre de 2003	No registra	286	9 meses y 16 días
Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (Docencia en Provisionalidad) - fl. 52 archivo 017	9 de marzo de 2004 al 28 de diciembre de 2005	FOMAG	652	1 año, 9 meses y 22 días
Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (Docencia en Periodo de prueba) - fl. 52 archivo 17	10 de enero de 2006 al 30 de mayo de 2007	FOMAG	501	1 año, 4 meses y 21 días
Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (Docencia en Propiedad) - fl. 52 archivo 017	31 de mayo de 2007 al 24 de marzo de 2010 (fecha de expedición certificado)	FOMAG	1015	2 años, 9 meses y 25 días

Conforme a la tabla elaborada en precedencia, para la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 (el 25 de julio de 2005), contaba con más de 750 semanas cotizadas en distintas cajas de previsión, con un poco más de 11 años en CAJANAL y unos días más de 8 años en el ISS, aportes con patrono público y privado, por lo que acorde con el régimen de pensión aplicable, es beneficiaria de las disposiciones consagradas en la ley 71 de 1988.

Por otra parte, en estricta observancia del precedente jurisprudencial de unificación del Consejo de Estado, adoptada además por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 23 de abril de 2020⁹, este Despacho acoge la postura señalada, en cuanto a que el tiempo de servicios docentes prestados mediante contrato de prestación de servicios, debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales, comprendido en los interregnos del 10 de julio de 2000 al 28 de diciembre de 2003.

En este orden, en la referida *tabla 1* vertida en esta providencia, se observa que la señora Cecilia Páez Reyes cuenta con vinculación como docente desde el 25 de enero de 1969, y para el momento en que cumplió los 55 años de edad, contaba con un tiempo de servicios como docente de 20 años, 4 meses, 19 días, tiempo que incluye su vinculación al servicio docente, por medio de ordenes (contratos) de prestación de servicios (OPS); luego desde el 9 de marzo de 2005 fue vinculada al servicio docente oficial con nombramiento y siendo la aludida fecha la que determina el punto de partida para definir qué régimen pensional que le es aplicable.

De acuerdo al marco legal y jurisprudencial citado, se colige que la demandante se vinculó con antelación a la fecha de vigencia de la Ley 812 expedida el 27 de junio de 2003 y que conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales de unificación proferidas en el expediente No. 0775-2014, los servicios prestados como docente bajo los contratos de prestación de servicios suscritos con el Departamento de Boyacá, deben tenerse en cuenta a efectos pensionales.

Por lo expuesto se declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 0697 del 24 de enero de 2013, en cuanto al régimen aplicado para el reconocimiento pensional, dado contraviene el ordenamiento jurídico en el que se debía fundamentar y en consecuencia a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, reconocer pensión de jubilación por aportes a favor de la señora CECILIA PÁEZ REYES.

11. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

11.1. Status de pensionado

Tal como se determinó en la demanda y conforme a lo probado en el proceso, la fecha de cumplimiento del status de pensionada de la aquí demandante es el **9 de marzo de 2002**, fecha en la cual cumplió los 55 años de edad y contaba con 20 años, 4 meses y 19 días de servicio.

11.2. Factores para liquidar la pensión docente.

Respecto de los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que reglamentó el artículo 7 la ley 71 de 1988, dispuso que estarían constituidos por el salario promedio que sirvió de base para

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 23 de abril de 2020, Radicado No 15001 3333 002 2017 00275-01; También se puede consultar: sentencia del 26 de enero de 2021, Radicado No. 150013333000-2018-00381-00 M.P. José Fernández Osorio.

los aportes durante el último año de servicios, anterior a la adquisición de estatus de pensionada (9 de marzo de 2002).

Ahora bien, es importante precisar que en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 el Consejo de Estado¹⁰, al decidir sobre la reliquidación de la mesada pensional docente nacionalizada, por tanto, exceptuada del sistema general de pensiones, definió el alcance del criterio interpretativo que sustentó la subregla fijada en la sentencia del 28 de agosto de 2018 sobre los factores que debían incluirse en la liquidación de la mesada bajo la ley 33 de 1985 y sentó jurisprudencia en la siguiente postura:

“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”

(...)

*La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un **(1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.*

Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

(...)”

Si bien dicha sentencia no determinó específicamente los casos de aquellos docentes cuyos aportes hayan sido efectuados tanto en el sector público, como en el privado, la misma Corporación¹¹ ha realizado sí un estudio en relación con la aplicación de dichas reglas jurisprudenciales frente a las prestaciones reguladas por la **Ley 71 de 1988** indicando:

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

¹⁰ Consejo de Estado, sección segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019 Exp. 0935-2017 C.P. Cesar Palomino Cortes

¹¹ Consejo De Estado, Sección Segunda, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del 18 de noviembre de 2020 Radicación: 66001-23-33-000-2016-00082-01(4676-17).

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

Al respecto se destacan las sentencias de esta Subsección¹² que en los asuntos en comento han precisado lo siguiente:

«[...] Por otro lado, es pertinente aclarar que si bien en la precitada sentencia de unificación la Sala Plena hizo alusión a los parámetros de aplicación del régimen pensional previsto por la Ley 33 de 1985, no es menos cierto que dicho régimen no era el único reglamentado para los servidores públicos o trabajadores oficiales que fueran beneficiarios de la transición, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, también se encontraban contempladas, verbi gracia, los postulados consagrados en la Ley 71 de 1988, los cuales fueron previstos por el legislador para quienes acumularon tiempo de servicio al sector oficial y al sector privado, y en ese sentido, precisó que tenían derecho a la pensión quienes acreditaran 20 años de aportes en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, siempre que cumplieran 60 años en el caso de los hombres y 55 años si son mujeres.

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

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

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

Aun con esta línea de intelección esbozada, es imperioso aclarar que tal como se contempló en la providencia objeto de referencia, los docentes a quienes les aplica este régimen anterior al 26 de junio de 2003¹³, se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por mandato del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Por esa misma razón, aquellos no son beneficiarios del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tampoco están sometidos a las condiciones que en materia de ingreso base de liquidación pensional desarrolló el artículo 21 ibídem.

*En este sentido, **al no resultar regentes para el caso de los aludidos educadores oficiales las previsiones que sobre el ingreso base de liquidación formuló la Ley 100 de 1993, evidentemente el período para la determinación de tal concepto no podría ser el correspondiente al del artículo 21 de la norma ejusdem, sino el formulado en la propia Ley 71 de 1988 (en este caso particular***

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 27 de agosto de 2020 (Rad.: 25000-23-42-000-2015-01757-01 (2315-2018)) y del 30 de enero de 2020 (Rad.: 08001233300020140119901 (2751-2017)).

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

de pensión por acumulación de aportes privados y públicos), esto es, el señalado en el artículo 6.º del Decreto 2709 de 1994¹⁴ que indicó lo siguiente:

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

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

Ahora bien, tal como se resaltó en la norma trasuntada, el período que debe tenerse en cuenta para calcular el IBL de la pensión por aportes es el del último año de servicios. Sin embargo, dicho presupuesto contempla la excepcionalidad legal que le sea propia, y por tal motivo, al verificar que el presente caso se trata de una pensión por aportes de un docente oficial, claramente se presenta una divergencia que atañe a que el período aludido es el del año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional y no el de la última anualidad de labores.

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

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

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

Conforme a lo expuesto, en el *sub examine* se tiene que los factores devengados por el demandante en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, entre el 9 de marzo de 2001 y el 8 de marzo de 2002, fue únicamente la *asignación básica*, conforme al certificado de salarios (fl.15-6 archivo 02).

Así entonces, la pensión deberá liquidarse atendiendo el 75% del promedio de lo devengado por concepto de **asignación básica**, mientras que el acto acusado reconoce tasa de reemplazo del 67% del IBL (archivo 02 fl.38), de donde resulta una diferencia en favor de la pensionada y por tanto contraría al orden jurídico que le es aplicable, generando causal de anulación del acto en ese aspecto.

¹⁴ Reglamentario del artículo 7.º de la Ley 71 de 1988.

11.3. Efectividad de la pensión

Si bien el Decreto 2709 de 1994 que reglamenta el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, establece que el pago de la prestación (pensión por aportes, se itera) está condicionada al retiro del servicio, sin embargo, encontrándonos frente a una docente, cuyo régimen se encuentra amparado por la compatibilidad del salario y pensión, no resulta procedente exigir el retiro del servicio para percibir la prestación, dado que su régimen es preponderante.

Así lo consideró el Consejo de Estado en sentencia de 2020¹⁵:

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

(...)”

De esta manera en el caso que nos ocupa la efectividad de la pensión es a partir del **9 de marzo de 2002**, fecha que como se ha referido, corresponde a la del cumplimiento del status de pensionada de la demandante, sin perjuicio que el pago se someta a prescripción como analiza al resolver sobre las excepciones.

11.4. Aportes por razón del período laborado mediante contrato de prestación de servicios

Advierte el Despacho que del tiempo que la señora CECILIA PAEZ REYES prestó sus servicios como docente en razón a su vinculación por Ordenes de Prestación de Servicios suscritas con el Departamento de Boyacá entre el 10 de julio de 2000 al 1 de diciembre de 2000, entre el 5 de febrero de 2001 y el 15 de junio de 2001, entre el 9 de julio de 2001 al 5 de diciembre de 2001, entre el 1 de febrero de 2002 al 30 de noviembre de 2002, y entre el 27 de febrero de 2003 al 12 de diciembre de 2003, no se realizaron descuentos y aportes a pensión por esos contratos, por parte de la entidad contratante, ni por parte de la entonces contratista aquí demandante, los cuales no se someten a prescripción extintiva por disposición legal, dado el carácter pensional.

Se impone entonces ordenar que los aportes patronales a pensión, en la proporción al tiempo en que prestó sus servicios al Departamento de Boyacá, sean trasladados de forma indexada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG como ordena el Art. 2 de la Ley 33 de 1985 y el Decreto 2709 de 1994 en su Art. 11, por lo cual deberá presentar la liquidación correspondiente a la entidad territorial empleadora y realice la gestión necesaria para la compensación de los mismos ante el Ministerio de Hacienda.

Además, por el mismo periodo, se ordenará que de la condena se deduzca, debidamente indexado y en el porcentaje que correspondía a la entonces contratista, los aportes como trabajador, dejados de cancelar.

¹⁵ Consejo De Estado, Sección Segunda, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del 18 de noviembre de 2020 Radicación: 66001-23-33-000-2016-00082-01(4676-17).

12. LIQUIDACIÓN EN CONCRETO

FOMAG al momento de realizar la liquidación de la pensión en los términos en que se reconoce, deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) **Status pensional:** 9 de marzo de 2002
- b) **Tasa de reemplazo:** Se debe aplicar el 75% sobre la asignación básica
- c) **Prescripción:** Las mesadas pensionales y las diferencias que se generan aplicando tasa de reemplazo del 75%, causadas a favor de la demandante antes del 27 de enero de 2018, se encuentran afectadas por la prescripción trienal.
- d) **Aportes a pensión:** El Departamento de Boyacá debe trasladar a FOMAG, los aportes patronales indexados dejados de realizar por el tiempo en que la demandante prestó sus servicios a través de contrato (OPS) por los interregnos señalados en la Tabla 1, comprendidos entre el 10 de julio de 2000 al 12 de diciembre de 2003.
- e) FOMAG deberá descontar de la condena, el valor de los aportes indexados a pensión que le corresponden a la demandante en calidad de trabajadora, durante los tiempos en que fungió como contratista, referidos en el numeral anterior

El Despacho no pierde de vista que el Artículo 34 de la ley 100 de 1993, señala que el monto de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1000 semanas de cotización, será equivalente al 65 % del IBL y por cada 50 semanas adicionales incrementa en un 2% hasta llegar al 73% del IBL y de seguir cotizando, por cada 50 semanas adicionales a las 1200 y hasta las 1400, este porcentaje se incrementa en 3% hasta completar un monto máximo del 85% del IBL;

Esta recapitulación normativa se cita en atención a que la demandante, conforme a la tabla 1 elaborada por el Despacho en esta providencia, acumula tiempo de servicio superior a 27 años y tres meses, según la certificación expedida el 24 de marzo de 2010, tiempo que aumenta por cuanto también está demostrado que la demandante se retiró del servicio el **2 de septiembre de 2013**, según consta en certificación obrante a el *archivo 08 Carpeta 02ActuacionesJ02Duitama*, de donde se desprende eventualmente, una mejor tasa de reemplazo, que la que pide en esta demanda, no siendo del caso ordenarla, por cuanto la tesis de la demanda se aleja de esta conclusión y rebasan el control de legalidad pedido sobre el acto enjuiciado.

13. DE LAS EXCEPCIONES

El Despacho resolverá de oficio la excepción de **prescripción**, establecida en el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969.

Prima facie, valga señalar que la jurisprudencia es pacífica en cuanto a que la imprescriptibilidad opera únicamente en lo relacionado con el reconocimiento del derecho pensional, es decir, que una vez la persona haya reunido los requisitos previstos en la Ley, puede en cualquier tiempo solicitar su otorgamiento; al respecto, valga tener en cuenta entonces que los aportes pensionales, dado que constituyen el capital necesario para la consolidación y financiación de la pensión, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, por lo tanto no están sometidos a prescripción. *A contrario sensu*, la prescripción se predica frente a la solicitud de pago de las mesadas o los reajustes dejados de cobrar oportunamente.

Sin perder de vista que la demandante adquiere el status pensional el **9 de marzo de 2002** y con una tasa de reemplazo superior a la que le fue reconocida, sin embargo, en atención a que la solicitud de reconocimiento pensional se realiza el

20 de agosto de 2010 (fl. 58 archivo 17), con lo cual se interrumpe por una sola vez el termino prescriptivo. Empero, valga tener en cuenta que desde entonces trascurrieron más de tres (3) años hasta la presentación de la demanda el 27 de enero de 2021 (archivo 03 Carpeta 02ActuacionesJ02Duitama), por lo que se configura prescripción respecto de las diferencias pensionales generadas y no cobradas de manera oportuna.

En suma, se encuentran prescritas las mesadas y las diferencias que resultan en la mesada causadas tres años de antelación a la presentación de la demanda, es decir las causadas con anterioridad al **27 de enero de 2018**.

En segunda medida, en la contestación de la demanda por parte del Departamento de Boyacá (fls. 5-8 archivo 18) se propone la excepción de **Falta de legitimidad por pasiva**, la cual pasa el Despacho a resolver.

Se funda esta excepción en que el acto administrativo, objeto de enjuiciamiento en la presente litis, se dictó a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicando la Secretaria de Educación de Boyacá, es un mero tramitador que se encarga de expedirlo, empero la aprobación del mismo recae en la Fiduciaria "La Previsora" S.A., como lo establece el parágrafo 4 del artículo 3 del Decreto 2831 de 2005.

Frente a lo anterior se debe indicar que el legislador mediante la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, dispuso la creación del 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. Así se observa en el artículo 5 ibidem:

“ARTÍCULO 5o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

- 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.”*

En relación con este mismo punto, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

De conformidad con las normas citadas, los actos por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados al FOMAG, interviene en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, elaborando el proyecto de acto de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo, 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 del docente interesado, según la normatividad vigente ¹⁶

Cabe advertir que FOMAG, a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, tiene delegada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

Descendiendo al caso concreto, se observa que mediante Resolución No. 697 del 24 de enero de 2013, la Secretaría de Educación de Boyacá, actuando en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció el pago de la pensión de jubilación de la demandante.

Entonces, contrario a lo afirmado por el Departamento de Boyacá, se estima que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma, dado que es al FOMAG, a través de la Secretaría de Educación de Boyacá, a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la pensión, como en efecto lo hizo mediante el acto demandado, con cargo a los recursos de FOMAG, que gira la nación.

Lo anterior, sin perjuicio de la condena que se impone al Departamento de Boyacá en calidad de empleador de la época la demandante le prestó sus servicios, periodo en el cual se genera la obligación de pagar los aportes patronales a pensión, por lo que no se encuentra fundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta.

14. INDEXACIÓN

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse como ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula de actualización:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma que resulte a favor del demandante, 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 índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho en cada periodo.

15. CONDENAS EN COSTAS

Teniendo en cuenta el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, norma que fue adicionada en sentido de establecer que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, interpretado por el Tribunal Administrativo de Boyacá,

¹⁶ En este mismo sentido pueden verse las sentencias de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008 y 14 de febrero de 2013. Rad. 1048-2012. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

M.P. José Ascensión Fernández Osorio, en sentencia de fecha 28 de octubre de 2021, al decir que la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezca de sustento jurídico.

En este orden, esta instancia no impondrá condena en costas como quiera que la tesis de la parte actora contó con sustento argumentativo, pese a que no fue aceptada por el Despacho, suerte que siguen las agencias en derecho.

16. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, “*Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*”

FALLA:

Primero.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución 697 del 24 de enero de 2013, suscrita por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto al régimen aplicado para el reconocimiento pensional, la tasa de reemplazo aplicada y la fecha del estatus pensional establecido.

Segundo.- Declarar probada de oficio la excepción de **prescripción** respecto de las mesadas pensionales y las diferencias causadas con anterioridad al **27 de enero de 2018**.

Tercero.- Declarar no probadas la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por el Departamento de Boyacá.

Cuarto.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **condena** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) a liquidar y pagar la pensión por aportes a favor de CECILIA PÁEZ REYES identificada con cédula de ciudadanía No. 41.322.409 a partir del 9 de marzo de 2002 fecha de adquisición del status pensional, en el equivalente al 75% de los factores devengados en año anterior a la adquisición del estatus pensional por concepto de: *asignación básica*, causadas desde el **27 de enero de 2018**.

FOMAG deberá descontar de la condena, los aportes indexados a pensión que correspondían a la demandante como trabajadora, en los periodos en que fungió como contratista al servicio del Departamento de Boyacá y que se determinan en el numeral que sigue.

Quinto.- Se **condena** al Departamento de Boyacá a pagar de forma indexada los aportes patronales al sistema pensional, por los periodos en que Cecilia Páez Reyes prestó sus servicios docentes, comprendidos entre el 10 de julio de 2000 al 1 de diciembre de 2000, entre el 5 de febrero de 2001 y el 15 de junio de 2001, entre el 9 de julio de 2001 al 5 de diciembre de 2001, entre el 1 de febrero de 2002 al 30 de noviembre de 2002, y entre el 27 de febrero de 2003 al 12 de diciembre de 2003, los cuales deberá trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sexto.- Negar las demás pretensiones de la demanda

Séptimo.- Sin condena en costas en esta instancia.

Octavo.- Las sumas que resulten en favor del accionante deberán ajustarse en los términos del artículo 187 inciso final del CPACA y deberá cumplirse dentro de los términos señalados en los Art. 192 y 195 *ídem*.

Noveno.- Reconocer personería adjetiva al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, identificado con C.C. No. 80.211.391, y T.P. No. 250.292 del C.S.J para que actúe como apoderado de la entidad demandada Nación-Ministerio de Educación-FOMAG conforme al poder general otorgado mediante escritura pública 522 de 2019 otorgada por la Notaria 34 de Bogotá y reconocer personería adjetiva a la abogada Lina Lizeth Cepeda Rodríguez identificada con cédula de ciudadanía N° 1.049.636.173 y Tarjeta Profesional N° 301.153 C.S. de la J., para que actúe como apoderada sustituta, conforme al poder que le confiere el apoderado principal (*archivo 25*).

Décimo.- Aceptar la renuncia presenta por la abogada María Clelia Mesa Avella al poder que le fue conferido por el Departamento de Boyacá (*archivo 26*).

Decimo primero.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si hay lugar.

AREL

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Nelson Javier Lemus Cardozo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
002
Sogamoso - Boyaca

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

Código de verificación: 3183541fc6aedd1bec61d8fb167796addeba4a61e20bee829e878e0b8c5bd5ca

Documento generado en 21/07/2022 12:33:15 PM

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