**PENSIÓN POR APORTES DE DOCENTES DE LA LEY 71 DE 1988 – Negada por cuanto si bien es cierto se demostró suscripción de contrato de prestación de servicios durante el año 2000 y que durante ese periodo se hicieron cotizaciones a pensión, no existía providencia que hubiera declarado la relación laboral.**

Conforme al material probatorio, la docente demandante suscribió contrato de prestación de servicios durante el año 2000 para prestar sus servicios con el municipio de Duitama. Se encuentra acreditado asimismo que durante dicho periodo se realizaron cotizaciones al ISS hoy Colpensiones. Sin embargo, de acuerdo a la tesis sostenida por la Sala en el curso de esta providencia se halla ausente la sentencia y/o providencia que declare la relación laboral entre la docente Aura Fanny Gómez Cetina y el municipio de Duitama - Secretaría de Educación, que la habilite para acceder al reconocimiento de la pensión por aportes que reclamó en la demanda y le fue reconocida por el a quo en la providencia apelada. Por lo anterior, no puede afirmarse conforme al artículo 105 de la Ley 115 de 1994 que existió un vínculo de la señora Aura Fanny Gómez Cetina con el servicio docente oficial con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, que le permita conservar los derechos del régimen pensional docente anterior a dicha norma, porque para ello se requiere de un nombramiento mediante decreto en un cargo de la planta de docentes de la Institución Educativa. No obstante, se reitera, esta Sala ha accedido a tener en cuenta dichas vinculaciones para ordenar el reconocimiento bajo la Ley 71 de 1988 cuando se evidencia que esta jurisdicción ha declarado la existencia de la relación laboral porque ello suple el requisito del nombramiento mediante Decreto. En últimas, lo anterior conlleva a tener en cuenta que la vinculación de la docente demandante al servicio educativo oficial tuvo lugar el 29 de abril de 2004, fecha para la cual había entrado en vigencia la Ley 812 de 2003, y por ende se encuentra cobijada por el régimen pensional contenido en la Ley 797 de 2003, ello en el entendido de que las cotizaciones realizadas ante el ISS con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, deben ser tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional conforme a la Ley 797 de 2003. Los referidos argumentos resultan suficientes para revocar la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, pues cómo se indicó, en el presente caso la vinculación de la demandante al servicio de la docencia oficial se dio el 29 de abril de 2004 , esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que el reconocimiento de la prestación pensional solicitada se torna improcedente a la luz de la Ley 71 de 1988 y en tal sentido, además de revocar la decisión, se negarán las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en razón a que, si bien acreditó cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES, desde el año de 1989 hasta el año 2004 (con interrupción en algunos periodos), no acreditó que las mismas se derivaran de la labor docente.

**PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA – Aplicación en materia pensional y sus limitaciones. Precedente jurisprudencial.**

Sin embargo, esta Sala considera procedente analizar el derecho pensional de la demandante con base en las normas que eventualmente le serían aplicables, tal y como ha procedido este Tribunal en otras oportunidades, dado que a través de la pensión de jubilación se garantiza el derecho a la a seguridad social, el cual además es irrenunciable; asimismo, en aplicación del principio iura novit curia en materia pensional, el cual es compatible con el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se dirige a “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico” (art. 103 CPACA). Al respecto, el Consejo de Estado se ha referido a este principio y sus límites, así: “(…) es claro que el derecho pensional, como prestación concebida dentro del sistema de seguridad social integral, no debe considerarse ajeno a dicho principio [iura novit curia], máxime si se tiene en cuenta su naturaleza de fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, lo que en principio faculta al juez para verificar el alcance de las pretensiones, interpretar los hechos de la demanda e incluso para aplicar el régimen pensional que corresponda a los presupuestos fácticos, así el citado régimen no haya sido expresamente invocado en la demanda o haya sido invocado de manera errónea.” 49. No obstante lo anterior, en la aplicación de tal principio deben tenerse en cuenta algunas limitaciones señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: - Debe respetarse el principio de congruencia y por ello al juez no le está dado desconocer la relación lógica de coherencia entre los fundamentos fácticos que sustentan la pretensión y el objeto de la decisión judicial. - Al juez no le está dado suplir carencias procesales, como puede ser, entre otros, el poder para actuar. - No es posible agravar la situación al apelante único, salvo que fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con la modificación que se pida, en los términos del artículo 328 del Código General del Proceso. - En segunda instancia, deberá tener especial cuidado de que los hechos litigiosos sobre los cuales vaya a decidir hayan sido objeto del debate probatorio. (…)”. (Subraya y negrita fuera del texto original). A su turno, la Corte Constitucional ha señalado que “tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente”. Bajo las consideraciones expuestas, esta Sala examinará el cumplimiento de los requisitos por la demandante, de acuerdo a los supuestos de hecho narrados en la demanda y a las pruebas legalmente recaudadas dentro del proceso, en aras de salvaguardar el principio de congruencia y con miras a verificar si en la actualidad, la docente acredita los requisitos propios para el reconocimiento de su pensión de jubilación, atendiendo a lo establecido en la ley 812 de 2003 en concordancia con las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

**PENSIÓN DE VEJEZ DE DOCENTE CONFORME A LA LEYES 100 DE 1993, 797 DE 2003 EN CONCORDANCIA CON LE LEY 812 DE 2003 - Reconocimiento en aplicación del principio iura novit curia.**

Como se indicó anteriormente, con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental a la seguridad social en aplicación del principio iura novit curia, y además por economía procesal, a fin de evitar que la señora Aura Fanny Gómez Cetina deba acudir nuevamente ante esta jurisdicción para que se le reconozca su mesada conforme a las disposiciones contenidas en las referidas Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, la Sala establecerá si a la señora Aura Fanny Gómez Cetina, le asiste actualmente derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación. Lo anterior, en el entendido de que el reconocimiento del derecho debe realizarse conforme a las disposiciones de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 y en concordancia con la Ley 812 de 2003. De acuerdo a ello, la demandante debe acreditar para obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, 57 años de edad y, además, a partir de 2015, acreditar 1300 semanas cotizadas. Dentro del expediente, quedó acreditado que la docente Aura Fanny Gómez Cetina nació el 29 de noviembre de 1965, luego **a** la fecha cuenta con 57 años de edad, cumpliendo con el primer requisito para el reconocimiento pensional. En cuanto al número de semanas, se allegó en primer lugar reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por COLPENSIONES el 2 de diciembre de 2020, en el que se evidencian un total de 598,86 semanas cotizadas, así: (…). A su turno, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, certificó a través del Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral, que la docente Aura Fanny Gómez Cetina ha cotizado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de manera ininterrumpida desde el 29 de abril de 2004 hasta el 18 de febrero de 2020. Además, para la fecha de presentación de la demanda - 24 de mayo de 2021 - la docente se encontraba en servicio activo. En tal sentido, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la docente ha cotizado un total de 17 años y 25 días equivalentes a 853,57 semanas, que sumadas a las 598,86 certificadas por COLPENSIONES, ascienden a un total de 1452,43 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, cumpliendo entonces con el segundo requisito para acceder a la pensión de vejez conforme a la Ley 100 de 1993. En conclusión, dado que la demandante a la fecha acredita los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de la Ley 797 de 2003, ello habilita a la Sala a ordenar el reconocimiento de la mesada pensional de acuerdo a las previsiones establecidas en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 797 de 2003, en garantía, se reitera, del derecho fundamental a la seguridad social de la parte accionante. No obstante lo anterior, dado que en la actualidad la Sala no conoce con exactitud el número de semanas cotizadas ni los factores salariales devengados hasta dicha fecha, lo cual impide establecer con exactitud el IBL, se ordenará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca la pensión de jubilación y/o vejez de la demandante, conforme a lo establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 con los requisitos previstos en dicho régimen, e incluyendo en el ingreso base de liquidación los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. Lo anterior en concordancia con lo establecido en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés dentro del radicado No 680012333000201500569-01. Aunado a lo anterior, es dable precisar que, dado que el status de pensionada lo adquirió la demandante estando en curso el presente proceso, no ha operado prescripción de mesada alguna. (…). Así las cosas, esta Sala de decisión revocará la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, por cuanto no era procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación en aplicación de la Ley 71 de 1988 y negará en este sentido. Pese a lo anterior, en aras de garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, se ordenará el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 812 de 2003 en concordancia con los criterios de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 797 de 2003, sin que sea procedente declarar prescripción de mesada alguna.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
|  https://samai.azurewebsites.net/Vistas/Casos/list\_procesos.aspx?guid=152383333001202100071011500123 |

Tunja, 22 de febrero de 2023

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de control | **:** | **Nulidad y restablecimiento del derecho** |
| Demandante | **:** | **Aura Fanny Gómez Cetina** |
| Demandado | **:** | **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de****Prestaciones Sociales del Magisterio** |
| Expediente | **:** | **15238-33-33-001-2021-00071-00** |

Magistrado ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Procede la Sala a resolver el **recurso de apelación interpuesto por la parte demandada** contra la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2021 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, **que accedió a las pretensiones de la demanda.**

1. **ANTECEDENTES**

La señora Aura Fanny Gómez Cetina, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 30 de abril de 2021, frente a la petición presentada el 29 de enero de 2021, ante la Secretaría de Educación de Duitama, por medio de la cual **le negó el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación.**

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la demandada reconocer y pagar una **pensión de jubilación por aportes** equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir, del 30 de noviembre de 2019 hasta el 29 de noviembre de 2020, teniendo en cuenta para el efecto **la asignación básica, la bonificación mensual docente y la bonificación pedagógica**, sin exigir el retiro definitivo del servicio.

Que se ordene a la demandada dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas y al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.

Ordenar a la demandada la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina

Condenar en costas a la demandada de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso.”

**II. FUNDAMENTOS**

**1. De orden fáctico**

Narra la demanda que **la docente Aura Fanny Gómez Cetina nació el 29 de noviembre de 1965,** por lo que en la actualidad tiene más de **55 años de edad.**

Cuenta que la demandante **realizó aportes al antiguo ISS,** hoy liquidado, los cuales se encuentran en COLPENSIONES**, habiendo cotizado 547,86 semanas.**

Menciona que fue vinculada como docente a la Secretaría de Educación de Duitama, mediante **orden de prestación de servicios** **desde el 7 de febrero hasta el 9 de diciembre de 2000,** **como profesora en provisionalidad desde el 29 de abril de 2004;** y como docente oficial en propiedad **desde el año 2007**, cargo que desempeña hasta la fecha de presentación de la demanda.

Indicó que a través del acto administrativo demandado se le negó el reconocimiento dela pensión de jubilación por aportes cuyo reconocimiento solicita a través de este proceso.

**2. Normas violadas**

Fundamenta jurídicamente su pretensión en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, artículo 15 numerales 1 y 2 de la Ley 91 de 1989, artículo 6 de la Ley 60 de 1993, artículo 115 de la Ley 115 de 1993, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

**III. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 24 de mayo de 2021 y mediante auto del 9 de julio siguiente proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama fue admitida. Se ordenó notificar al demandante de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 171 y artículo 199 del CPACA, y a la entidad demandada de forma personal.

Previo traslado para contestar la demanda, a través de auto del 8 de octubre de 2021 decidió el juez de primera instancia dar curso a la **sentencia anticipada** conforme a lo preceptuado en el artículo 42 de Ley 2080 de 2021, que adicionó el articulo 182 A al CPACA; incorporó las pruebas documentales allegadas con la demanda; fijó el litigio y ordenó correr traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

**IV. FALLO RECURRIDO**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama mediante fallo proferido el 1 de diciembre de 2021, **accedió a las pretensiones de la demanda,** indicando:

**“PRIMERO:** Declarar infundadas las excepciones denominadas “ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico” y “cobro de lo no debido”, planteadas por la apoderada de la Nación –Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**SEGUNDO:** Declarar de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la Fiduprevisora S.A.

**TERCERO:** Declarar la nulidad del acto ficto o presunto negativo resultante de la falta de respuesta a la petición presentada el 29 de enero de 2021 ante la Secretaría de Educación de Duitama, mediante la cual se negó a la señora Aura Fanny Gómez Cetina el reconocimiento de su pensión de jubilación.

**CUARTO:** Condenar, a título de restablecimiento del derecho, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer a favor de la señora Aura Fanny Gómez Cetina, identificada con cédula de ciudadanía No. 46.664.097 de Duitama, la **pensión de jubilación por aportes** a que tiene derecho de conformidad con los preceptos de las Leyes 33 y 62 de 1985 en armonía con la Ley 71 de 1988, esto es, en un monto equivalente al 75% del promedio de la asignación básica percibida por la demandante durante el año anterior a la adquisición del status jurídico respectivo, correspondiente al periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2019 y el 29 de noviembre de 2020, ello con efectos fiscales a partir del 30 de noviembre de 2020.El valor de las mesadas adeudadas deberá ajustarse con la variación del índice de precios al consumidor que certifique el DANE, aplicando la siguiente fórmula:

|  |  |
| --- | --- |
| R= | Rh Índice Final  |
|  | Índice Inicial |

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por el cociente que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas, hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La parte demandada deberá hacer los descuentos de los aportes para el sistema de seguridad social que correspondan a la beneficiaria de la pensión de jubilación reconocida en esta providencia.

**QUINTO:** La Nación –Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podrá repetir por concepto de aportes en pensión contra del **Municipio de Duitama** o la entidad territorial que fungió como contratante de la hoy demandante, por el periodo comprendido entre el 7 de febrero al 15 de junio de 2000 y 10 de julio a 9 de diciembre de 2000, solo en la proporción en que le hubiere correspondido como eventual empleadora.

**SEXTO:** Sin condena en costas.

**SÉPTIMO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO:** La parte demandada deberá dar cumplimiento a esta sentencia en los términos y parámetros establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**NOVENO:** En firme esta sentencia, liquídense los gastos procesales, devuélvase a la parte demandante el remanente si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias de rigor.”

El problema jurídico planteado por el a quo se contrajo a determinar si la demandante **Aura Fanny Gómez Cetina,** en su calidad de **docente oficial,** le asiste el derecho al reconocimiento de la **pensión de jubilación por aportes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico de pensionada.

Para sustentar su decisión hizo referencia a los dos regímenes pensionales que cobijan a los docentes, cuya aplicación depende de la fecha de ingreso al servicio de la docencia oficial. A quiénes ingresaron antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplicará la Ley 33 de 1985 con la inclusión de factores salariales de la Ley 62 del mismo año y a quienes lo hicieron con posterioridad, se les aplicará la Ley 797 de 2003 en concordancia con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994; lo anterior conforme a lo dispuesto en sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019.

Indicó que, en el caso de los docentes que solicitan el reconocimiento o reliquidación de la pensión de jubilación con acumulación de aportes prevista en la Ley 71 de 1988, también les resultan aplicables las reglas de la sentencia de unificación aludida en lo que concierne a la liquidación del derecho pensional con los factores salariales previstos en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año.

Que la aplicación de la Ley 71 de 1988 se da con el fin de permitir el cómputo de los tiempos cotizados en el sector privado y público para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación.

En lo que toca a los servicios docentes prestados mediante contrato de prestación de servicios para efectos pensionales señaló que de acuerdo a jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, la vinculación de docentes bajo esa modalidad no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, razón por la cual, para efectos de reconocimiento pensional, se puede tener como demostrada la prestación de servicios propios de una docente oficial por el tiempo en que se ejecutaron los contratos de prestación de servicios, esto en atención a que los vínculos contractuales en esencia lo que consolidaron fue una relación laboral subrepticia que implica tener en cuenta su vigencia para efectos de acumular ese lapso al período de labores como educadora estatal y por ende que se deriven las consecuencias, que en lo que respecta al marco normativo aplicable le correspondían en virtud de dicha calidad. No obstante, debe acreditarse las respectivas cotizaciones al sistema general de pensiones.

En consecuencia, tuvo en cuenta el juez de primera instancia, que la docente demandante **estuvo vinculada como docente por orden de prestación de servicios al municipio de Duitama**, desde el 7 de febrero del año 2000 hasta el 9 de diciembre del mismo año, con algunos periodos de interrupción, y que durante dicho periodo realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES.

Que posteriormente **fue nombrada en provisionalidad** **desde 29 de abril de 2004 hasta el 15 de enero de 2006,** luego cumplió el periodo de prueba en el Colegio Salesiano desde el 16 de enero de 2006 hasta el 14 de enero de 2007; y f**inalmente fue nombrada en propiedad,** desde el 15 de enero de 2007.

Tuvo en cuenta entonces el juez de primera instancia el tiempo cotizado en virtud de órdenes de prestación de servicios durante el año 2000, para considerar que la demandante fue vinculada al servicio docente con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y en este sentido ordenar el reconocimiento de su pensión de jubilación atendiendo a las disposiciones de la Ley 33 de 1985 en concordancia con la Ley 62 del mismo año, dado que los aportes hechos al ISS y los realizados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio suman más de 20 años de servicios, aunado a que la docente cuenta con más de 55 años de edad, por lo que la primera instancia accedió a las pretensiones en los términos ya indicados.

**V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

**El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando en síntesis que:

1. Que la docente se vinculó como docente al servicio del FOMAG el día 29 de abril de 2004, esto es en vigencia de Ley 100 de 1993, 812 y 797 de 2003, por lo cual, su status de pensionada se cumple con 1300 semanas cotizadas y 57 años de edad.
2. Respecto a la relación laboral interina, se puede concluir que la misma fue de manera interrumpida, ya que pasaron más de 2 años que logran establecer que la docente no tuvo solución de continuidad desde el 9 de diciembre de 2000 hasta su vinculación al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, 29 de abril de 2004.
3. Según certificado de historia laboral expedido por el FOMAG, durante el tiempo en que la docente estuvo vinculada por orden de prestación de servicios, no realizó aportes a la seguridad social en pensiones, por lo cual, no es viable reclamar el derecho pretendido y más aún cuando fue vinculada en propiedad en el año 2004, esto es en vigencia de la ley 812 de 2003.

**VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto del 18 de marzo de 2022 se admitió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto en término contra la sentencia proferida en primera instancia el 1 de diciembre de 2021 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en los términos establecidos en el artículo 247 numeral 3 del C.P.A.C.A, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Las partes y el Ministerio Público no presentaron Alegatos de conclusión.

1. **CONSIDERACIONES**

**1.** **Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

**2. Problema jurídico**

Conforme a la sentencia de primera instancia y al recurso de apelación presentado por la entidad demandada, debe este Tribunal establecer si a la docente demandante le asiste derecho, tal y como lo reconoció el a quo, al reconocimiento de su pensión **de jubilación por aportes** conforme a los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988, es decir, con el cumplimiento de 1000 semanas de cotización y 55 años de edad, o si por el contrario, dado que la vinculación al servicio oficial docente sucedió con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es beneficiaria del régimen pensional contenido en la Ley 797 de 2003 en concordancia con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Para tal efecto, deberá verificarse si es dable tener en cuenta los tiempos cotizados antes del año 2003 al ISS, y los cotizados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad al año 2003, en virtud de lo dispuesto por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

**3. Plan metodológico**

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala dilucidará sobre los siguientes aspectos:

-De los regímenes de pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

-Del régimen pensional aplicable al docente demandante y del tiempo de servicio prestado mediante contrato.

Finalmente se abordará el caso concreto.

**4. Regímenes de pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, están exceptuados del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993,6 quedando entonces cobijados por lo previsto en la Ley 91 de 1989, que en su artículo 15 ordenó que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Indicó la norma, además, que gozarían del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, que era el establecido en la Ley 33 de 1985.

El Acto Legislativo No 01 de 2005 por su parte, ratificó la existencia de dos regímenes pensionales para los docentes del sector educativo oficial, a saber, el de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 — aplicable a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 - y el régimen de prima media — aplicable a los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cuya pensión se determinará de acuerdo a los requisitos exigidos por la ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, pero con edad tanto para hombres como mujeres de 57 años de edad.

 En tal sentido, en sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, dentro del expediente con Radicación No. 680012333000201500569-01, C.P. Dr. César Palomino Cortés, se refirió a los regímenes pensionales de los docentes oficiales, así:

“De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

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

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.” [[1]](#footnote-1)

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispuso en materia pensional que los docentes vinculados a partir de su vigencia serían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

 Conforme a lo anterior, los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 obtendrán el reconocimiento de su pensión conforme a las disposiciones de la Ley 797 de 2003. Por su parte, los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003) verán reconocida su mesada pensional conforme a las disposiciones de la Ley 33 de 1985.

No obstante, lo anterior, surge el interrogante de qué sucede con los docentes que fueron vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, pero que venían cotizando en otros fondos pensionales diferentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Esta Sala de decisión en anteriores oportunidades, ha sostenido la tesis de que aquellos docentes que hubiesen sido vinculados al servicio docente oficial antes del 27 de junio de 2003 mediante órdenes o contratos de prestación de servicios y/o con nombramientos en provisionalidad, y que por virtud de las mismas hubiesen cotizado al Sistema General de Pensiones – verbigracia al Instituto de Seguros Sociales – dicho tiempo debe tenerse en cuenta para conservar el régimen pensional anterior a la Ley 812 de 2003 en aplicación de la Ley 71 de 1988, que permitía la sumatoria de aportes al sector público y al sector privado.

En dichas oportunidades, se ha indicado que la labor docente se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación[[2]](#footnote-2), y conforme a la sentencia de unificación proferida el 22 de enero de 2015 la actividad docente, aunque no tenga un vínculo laboral directo con el Estado, debe tenerse en cuenta para efectos pensionales, por lo que ni la Ley ni las instituciones pueden desconocer 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. **8**

Sin embargo, dicha postura la ha asumido la Sala siempre y cuando esta jurisdicción haya reconocido mediante sentencia y/o aprobación de acuerdo conciliatorio, la relación laboral entre el docente y el servicio educativo oficial, y además verificando, que se hayan realizado o al menos se haya dado la orden en la sentencia, de realizar los respectivos aportes para pensión.

Lo anterior, bajo el entendido de que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispuso que **conservarían los derechos del régimen anterior,** ***los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial,*** y dicha vinculación solo puede entenderse hecha mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial, pues así lo dispuso el artículo 105 de la Ley 115 de 1994, que a la letra señala:

**“ARTÍCULO 105. VINCULACIÓN AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL.** La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, **sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial. (negrilla fuera de texto)**

Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.

(…)

**PARÁGRAFO 2o.** Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial.”

Dada la exigencia del artículo 105 referido, la Sala ha accedido a reconocer la pensión de jubilación, cuando el docente ha cotizado al sistema de pensiones por virtud de contratos de prestación de servicios suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, **solo en aquellos casos en que ha evidenciado que esta jurisdicción ha declarado la existencia de la relación laboral entre el Estado y el docente, porque dicha decisión suple el requisito del nombramiento mediante decreto exigido por la Ley 115 de 1994 ya que se entiende que la relación laboral al servicio público educativo oficial fue declarada judicialmente.**

No sucede lo mismo con los docentes que habiendo prestado su servicio mediante contrato no han acudido ante el juez para pedir la declaratoria de la relación laboral, porque en ese caso se presume la legalidad de la relación contractual que no genera relación laboral con el docente, y no puede entenderse la existencia de una vinculación al servicio público educativo oficial al tenor de lo referido en el artículo 105 transcrito anteriormente.

Conforme a lo anterior, se concluye que se trata de dos eventos diferentes: en el primero, dada la firmeza de la sentencia judicial, existe una relación laboral al servicio docente oficial con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y ello conlleva a conservar el derecho a pensionarse con el régimen anterior a dicha norma; en el segundo caso, existe una relación contractual que no genera un vínculo con la docencia de acuerdo a lo establecido en la Ley 115 de 1994 y en este caso no puede entenderse que el docente está cobijado por la prerrogativa del artículo 81 de la Ley 812, y que por virtud de dichos contratos pueda pensionarse con el régimen anterior a su vigencia.

Lo argumentado no pretende desconocer que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han indicado que “la labor del docente contratista no es independiente, sino que se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación”. Sin embargo, dicho argumento es propio para declarar la existencia de la relación laboral una vez el juez ha verificado todos los presupuestos para el efecto, labor que no le compete a esta Sala dentro de este proceso.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que los aportes a pensión realizados por virtud de dichos contratos sean tenidos en cuenta para el reconocimiento del derecho y la determinación del IBL, conforme a la Ley 797 de 2003.

**5. Conclusiones sobre el régimen pensional de los docentes oficiales**

Conforme a lo expuesto, puede concluirse:

* Subsisten en la actualidad dos regímenes pensionales aplicables a los docentes oficiales a saber: el contenido en la Ley 812 de 2003 en concordancia con la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, y el régimen vigente anterior a la precitada Ley 100 de 1993 que se encuentra contenido en la Ley 33 de 1995, dada la calidad de servidor público del docente.

* Sin embargo, el régimen contenido en la Ley 33 de 1985 no era el único existente con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que pueda ser aplicado a los docentes oficiales, pues también es posible reconocer la pensión de que trata la Ley 71 de 1988 cuando cuenten con aportes en el sector privado y en el sector público (afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio).

* La determinación del régimen a aplicar lo define la fecha en que el docente ingresó al servicio educativo oficial: si lo hizo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, deberá aplicarse el contenido en la Ley 33 de 1985 o en la Ley 71 de 1988, según los presupuestos fácticos que acredite el docente; y si lo hizo con posterioridad a la referida Ley 812, se aplicarán las previsiones de esta norma, la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

* Los tiempos servidos a la docencia oficial mediante contratos de prestación de servicios deben computarse para efectos del reconocimiento pensional, y si fueron anteriores a la Ley 812 de 2003 deben ser tenidos en cuenta para conservar el régimen anterior, siempre y cuando se verifique que esta jurisdicción ha declarado la existencia de la relación laboral mediante sentencia o aprobación de acuerdo conciliatorio, y además se han hecho aportes por dichos periodos al sistema general de Seguridad Social en Pensiones.
* En los eventos en que no se acredite dentro del expediente la declaratoria de la relación laboral mediante sentencia proferida por esta jurisdicción respecto de los contratos de prestación de servicios, en todo caso, los aportes que se deriven de dichos periodos serán tenidos en cuenta para el reconocimiento del derecho pensional y la determinación del IBL, pero atendiendo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en concordancia con la Ley 797 de 2003.

**6. De las pruebas allegadas al proceso**

* La docente Aura Fanny Gómez Cetina nació el **29 de noviembre de 1965**, según consta en el registro civil de nacimiento allegado junto con la demanda y obrante en expediente digital.
* La señora Aura Fanny Gómez Cetina, el día 29 de enero de 2021 elevó petición de reconocimiento de pensión de jubilación con el 75% de lo devengado en el último año de prestación de servicios anterior al status, conforme a la **Ley 71 de 1988**, teniendo en cuenta para el efecto los tiempos cotizados al ISS y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, acreditando 20 años de aportes y 55 años de edad, petición frente a la que operó el silencio administrativo negativo, dado que la entidad no se pronunció.
* La docente demandante acreditó a través de certificación allegada en los anexos de la demanda que cumplió contratos de prestación de servicios docente en el Colegio Técnico Municipal Francisco De Paula Santander de Duitama durante los lapsos comprendidos entre el 7 de febrero y 15 de junio de 2000; entre el 10 de agosto y el 9 de diciembre de 2000.
* Probó además que durante dicho lapso realizó aportes al ISS hoy COLPENSIONES según reporte de semanas cotizadas, expedido por COLPENSIONES y allegado con los anexos de la demanda. Dentro de dicho reporte además se acreditaron cotizaciones al sistema desde el año de 1989 hasta el año 2004 para un total de 598,86 semanas.
* Acreditó además haber laborado al servicio docente oficial en provisionalidad desde el 29 de abril de 2004 hasta el 15 de enero de 2006; en periodo de prueba desde el 16 de enero de 2006 hasta el 14 de enero de 2007 y en propiedad y/o carrera administrativa desde el 15 de enero de 2007 hasta el 18 de diciembre de 2020; hasta la fecha de presentación de la demanda se encontraba en servicio activo.

**7. Análisis y solución del caso concreto**

Conforme al material probatorio, la docente demandante **suscribió contrato de prestación de servicios durante el año 2000** para prestar sus servicios con el municipio de Duitama. Se encuentra acreditado asimismo que durante dicho periodo **se realizaron cotizaciones al ISS hoy Colpensiones**.

Sin embargo, de acuerdo a la tesis sostenida por la Sala en el curso de esta providencia **se halla ausente la sentencia y/o providencia que declare la relación laboral entre la docente Aura Fanny Gómez Cetina y el municipio de Duitama -** Secretaría de Educación, que la habilite para acceder al reconocimiento de la pensión por aportes que reclamó en la demanda y le fue reconocida por el a quo en la providencia apelada.

Por lo anterior, no puede afirmarse conforme al artículo 105 de la Ley 115 de 1994 que existió un vínculo de la señora **Aura Fanny Gómez Cetina** con el servicio docente oficial con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, que le permita conservar los derechos del régimen pensional docente anterior a dicha norma[[3]](#footnote-3), porque para ello se requiere de un nombramiento mediante decreto en un cargo de la planta de docentes de la Institución Educativa.

No obstante, se reitera, esta Sala ha accedido a tener en cuenta dichas vinculaciones para ordenar el reconocimiento bajo la Ley 71 de 1988 **cuando se evidencia que esta jurisdicción ha declarado la existencia de la relación laboral** porque ello suple el requisito del nombramiento mediante Decreto.

En últimas, lo anterior conlleva a tener en cuenta que la vinculación de la docente demandante al servicio educativo oficial tuvo lugar el 29 de abril de 2004, fecha para la cual había entrado en vigencia la Ley 812 de 2003, **y por ende se encuentra cobijada por el régimen pensional contenido en la Ley 797 de 2003,** ello en el entendido de que las cotizaciones realizadas ante el ISS con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, **deben ser tenidas en cuenta** para el reconocimiento pensional conforme a la Ley 797 de 2003.

Los referidos argumentos resultan suficientes para **revocar** la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, pues cómo se indicó, en el presente caso la vinculación de la demandante al servicio de la docencia oficial se dio el 29 de abril de 2004 , esto es, **con posterioridad** a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que el reconocimiento de la prestación pensional solicitada se torna improcedente a la luz de la Ley 71 de 1988 **y en tal sentido, además de revocar la decisión, se negarán las pretensiones de la demanda.**

Lo anterior, en razón a que, si bien acreditó cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES, desde el año de 1989 hasta el año 2004 (con interrupción en algunos periodos), **no acreditó que las mismas se derivaran de la labor docente.**

Sin embargo, esta Sala considera procedente analizar el derecho pensional de la demandante con base en las normas que eventualmente le serían aplicables, tal y como ha procedido este Tribunal en otras oportunidades[[4]](#footnote-4), dado que a través de la pensión de jubilación se garantiza el derecho a la a seguridad social[[5]](#footnote-5), el cual además es irrenunciable; asimismo, en aplicación del principio iura novit curia en materia pensional, el cual es compatible con el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se dirige a “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico” (art. 103 CPACA).

Al respecto, el Consejo de Estado se ha referido a este principio y sus límites, así:

“(…) es claro que el derecho pensional, como prestación concebida dentro del sistema de seguridad social integral, no debe considerarse ajeno a dicho principio [iura novit curia], máxime si se tiene en cuenta su naturaleza de fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, lo que en principio **faculta al juez para verificar el alcance de las pretensiones, interpretar los hechos de la demanda e incluso para aplicar el régimen pensional que corresponda a los presupuestos fácticos, así el citado régimen no haya sido expresamente invocado en la demanda o haya sido invocado de manera errónea.”**

49. No obstante lo anterior, en la aplicación de tal principio deben tenerse en cuenta algunas limitaciones señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- Debe respetarse el principio de congruencia y por ello al juez no le está dado desconocer la relación lógica de coherencia entre los fundamentos fácticos que sustentan la pretensión y el objeto de la decisión judicial.

- Al juez no le está dado suplir carencias procesales, como puede ser, entre otros, el poder para actuar.

- No es posible agravar la situación al apelante único, salvo que fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con la modificación que se pida, en los términos del artículo 328 del Código General del Proceso.

- En segunda instancia, deberá tener especial cuidado de que los hechos litigiosos sobre los cuales vaya a decidir hayan sido objeto del debate probatorio. (…)”.[[6]](#footnote-6) (Subraya y negrita fuera del texto original)

A su turno, la Corte Constitucional ha señalado que *“tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente*”.[[7]](#footnote-7)

Bajo las consideraciones expuestas, esta Sala examinará el cumplimiento de los requisitos por la demandante, de acuerdo a los supuestos de hecho narrados en la demanda y a las pruebas legalmente recaudadas dentro del proceso, en aras de salvaguardar el principio de congruencia y con miras a verificar si en la actualidad, la docente acredita los requisitos propios para el reconocimiento de su pensión de jubilación, atendiendo a lo establecido en la ley 812 de 2003 en concordancia con las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

**7.1 Del reconocimiento del a pensión de vejez a la demandante, conforme a las disposiciones de la Ley 797 de 2003 en concordancia con la Ley 100 de 1993**

Como se indicó anteriormente, con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental a la seguridad social en aplicación del principio iura novit curia, y además por economía procesal, a fin de evitar que la señora Aura Fanny Gómez Cetina deba acudir nuevamente ante esta jurisdicción para que se le reconozca su mesada conforme a las disposiciones contenidas en las referidas Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, la Sala establecerá si a la señora Aura Fanny Gómez Cetina, le asiste actualmente derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación.

Lo anterior, en el entendido de que el reconocimiento del derecho debe realizarse conforme a las disposiciones de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 y en concordancia con la Ley 812 de 2003. De acuerdo a ello, la demandante debe acreditar para obtener el reconocimiento de su pensión de vejez, 57 años de edad y, además, a partir de 2015, acreditar 1300 semanas cotizadas.

Dentro del expediente, quedó acreditado que la docente Aura Fanny Gómez Cetina nació el 29 de noviembre de 1965, luego **a la fecha cuenta con 57 años de edad,** cumpliendo con el primer requisito para el reconocimiento pensional.

En cuanto al **número de semanas**, se allegó en primer lugar reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por COLPENSIONES[[8]](#footnote-8) el 2 de diciembre de 2020, en el que se evidencian un total de 598,86 semanas cotizadas, así:



A su turno, el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**[[9]](#footnote-9), certificó a través del Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral, que la docente **Aura Fanny Gómez Cetina** ha cotizado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de manera ininterrumpida desde el 29 de abril de 2004 hasta el 18 de febrero de 2020. Además, para la fecha de presentación de la demanda - 24 de mayo de 2021 - la docente se encontraba en **servicio activo.**

En tal sentido, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la docente ha cotizado un total de 17 años y 25 días equivalentes a 853,57 semanas, que sumadas a las 598,86 certificadas por COLPENSIONES, **ascienden a un total de 1452,43 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones**, cumpliendo entonces con el segundo requisito para acceder a la pensión de vejez conforme a la Ley 100 de 1993.

En conclusión, dado que la demandante a la fecha acredita los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de la Ley 797 de 2003, ello habilita a la Sala a ordenar el reconocimiento de la mesada pensional de acuerdo a las previsiones establecidas en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 797 de 2003, en garantía, se reitera, del derecho fundamental a la seguridad social de la parte accionante.

No obstante lo anterior, dado que en la actualidad la Sala no conoce con exactitud el número de semanas cotizadas ni los factores salariales devengados hasta dicha fecha, lo cual impide establecer con exactitud el IBL, se ordenará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca la pensión de jubilación y/o vejez de la demandante, conforme a lo establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 con los requisitos previstos en dicho régimen, e incluyendo en el ingreso base de liquidación los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. Lo anterior en concordancia con lo establecido en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés dentro del radicado No 680012333000201500569-01.

Aunado a lo anterior, es dable precisar que, dado que el status de pensionada lo adquirió la demandante estando en curso el presente proceso, no ha operado prescripción de mesada alguna.

**7.2. Conclusiones**

Así las cosas, esta Sala de decisión **revocará** la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, por cuanto no era procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación en aplicación de la Ley 71 de 1988 y negará en este sentido.

Pese a lo anterior, en aras de garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, se ordenará el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 812 de 2003 en concordancia con los criterios de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 797 de 2003, sin que sea procedente declarar prescripción de mesada alguna.

1. **DE LAS COSTAS**

El artículo 361 del Código General del Proceso, prevé que las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso de un proceso y por las agencias en derecho. Ha dicho la doctrina lo siguiente:

*“LAS AGENCIAS EN DERECHO Y LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS. Se ha destacado que dentro del concepto de costas****está incluido el de agencias en derecho, que constituye la cantidad que debe el juez ordenar para el favorecido con la condena en costas con el fin de resarcirle de los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad.***

*Esa fijación de agencias en derecho es privativa del juez,****quien no goza, como pudiera pensarse, de una amplia libertad en materia de su señalamiento****, debido a que debe él orientarse por los criterios contenidos en el numeral 3° del artículo 393 que le imponen el deber de guiarse por “las tarifas establecidas con aprobación del Ministerio de Justicia, por el Colegio de Abogados del respectivo distrito, o de otro si allí no existiere” ...”11 Resaltado fuera de texto.*

A efectos de determinar si procede la condena en costas, la Sala advierte que, en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- Subsección “B”. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente con Radicación 25000-23-42-000-2012-00561-02(0372-17), se recoge las posiciones anteriores adoptadas por las Subsecciones A y B de esa Corporación y señala que **para determinar las costas se debe adoptar un criterio objetivo valorativo**, pues el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) impone al juez la facultad de disponer sobre la condena respecto de éstas, “(…) lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.”

Por su parte, en la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012 00222-01(1160-15), se lee lo siguiente:

*"(…) Por lo anterior, se colige que****la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes****. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público (…)" Resaltado fuera de texto*

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:

*"(…) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva -pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso,****que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.****Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.”*

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección "B" de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, se precisó:

*"(…) Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas,****ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses****, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas (…)" Resaltado fuera de texto*

Más recientemente, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora **María Ofelia Leguizamo Carranza**, **se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.**

Nótese que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, no puede hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia faculta al juzgador para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho. En ese sentido no se impondrán costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia, en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO. REVOCAR** la sentencia de primera instancia proferida el 1 de diciembre de 2021 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama que accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso iniciado por **Aura Fanny Gómez Cetina contra el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en consecuencia, **se niegan** las pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** **ORDENAR A LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** que reconozca a favor de la señora Aura Fanny Gómez Cetina, identificada con cédula de ciudadanía No. 46.664.097 de Duitama, una pensión de jubilación, de conformidad con los criterios y requisitos señalados en la Ley 812 de 2003, en concordancia con Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**CUARTO.** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

**Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 15238-33-33-001-2021-00071-01**

1. El Consejo de Estado en concepto emitido el 10 de septiembre de 2009 por la Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857), concluyó que

“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.» Resaltado fuera de texto [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, en el expediente con Radicación No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actora: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988 [↑](#footnote-ref-3)
4. [1] Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 4, sentencias del 22 de junio de 2022, Rad. No. 150013333012-2018-00248-01 y del 26 de julio de 2022, Rad. No. 150013333002-2018-00219-01, M.P. José Ascención Fernández Osorio, entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver, por ejemplo: C. Const., Sent. SU-057, may. 31/2018. M.P. Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-5)
6. C.E., Sec. Segunda, Sent. Unificación -2014-00012 (1321-15) -- SUJ-010-S2, abr. 12/2018. M.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia C-197 de 1999. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver anexos de la demanda en el expediente digital, archivo No 3 [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver anexos de la demanda en el expediente digital, archivo No 3 [↑](#footnote-ref-9)