



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN NO. 5
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 13 de mayo de 2020.

DEMANDANTE:	RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA.
DEMANDADO:	La Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
EXPEDIENTE:	1523833330012012016-00160-01.
MEDIO DE CONTROL:	Nulidad y restablecimiento del derecho.
ASUNTO:	Reliquidación de pensión de jubilación docente – tiempos de servicios públicos y privados – aplicación de la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario N° 2709 de 1994 – Régimen de transición – Ley 812 de 2003 – factores de liquidación.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la PARTE DEMANDANTE (Fls.265-272) contra la sentencia proferida el 6 de agosto de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (Fls. 250-258).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA, presentó demanda en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG- con el objeto que se realicen las siguientes declaraciones:

“(…) Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 064 de enero 26 de 2015, por medio de la cual se ordenó reconocer y pagar a RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA (...) una pensión de vejez (ley 100/93), equivalente a la suma de SETECIENTOS MIL

¹ Folio 2-21



Demandante: Rita María León de Mejía

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-

Expediente: 152383333001201600160-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

VEINTRES (\$700.023) efectiva a partir del 2 de diciembre de 2014, por sus servicios prestados como docente de vinculación MUNICIPAL – SITUADO FISCAL. Puesto que, aunque reconoce la pensión de vejez de mi mandante no lo hace bajo los parámetros del régimen de transición.

SEGUNDA. Declarar la nulidad total de la Resolución 132 de abril 16 de 2015, por la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución No. 064 del 26 de enero de 2015. Puesto que niega rotundamente la aplicación del régimen de transición en el reconocimiento de la pensión de vejez de mi mandante.

TERCERA. Declarar que la señora RITA MARIA LEÓN DE MEJÍA es beneficiaria del régimen de transición y que cumple con todos los requisitos para acceder a dicho régimen.

CUARTA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó CONDENAR a la entidad demandada a reconocer la pensión de vejez desde el momento en que la demandante adquirió el status pensional, es decir, desde el 1 de febrero de 2011.

QUINTA. CONDENAR a la entidad demandada al pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir por la docente (14 mesadas al año), desde el 01 de febrero de 2011, junto con su respectiva indexación mes a mes hasta la fecha del respectivo pago por esa entidad, conforme a lo establecido en el artículo 187 inciso final de la ley 1437 de 2011.

SEXTA. CONDENAR a la entidad demandada a realizar la reliquidación y pago de la pensión por aportes en cuantía del 75% y con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (1 de diciembre de 2013 – 01 de diciembre de 2014), dando aplicación al artículo 9º de la Ley 71 de 1988, hasta la fecha del respectivo pago por esa entidad, conforme a lo establecido en el artículo 187 inciso final de la Ley 1437 de 2011.

SEPTIMA. CONDENAR a la entidad demandada a todo lo que se encuentre demostrado en el transcurso del proceso. Igualmente dar aplicación a los principios de FAVORABILIDAD, IRRENUNCIABILIDAD, CONDICIÓN MAS BENEFICIOSA, INDESCINDIBILIDAD DE LA NORMA, DERECHOS ADQUIRIDOS, entre otros, en caso de que se presente alguna duda en cuanto a la interpretación o aplicación de la ley, la cuantía y la prescripción.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

OCTAVA. CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios que se puedan causar desde el momento de la ejecutoria de la sentencia, hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

NOVENA. CONDENAR en costas a la parte demandada, (...)”

1.1. HECHOS

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La señora RITA MARÍA LEON DE MEJIA se vinculó al ISS hoy COLPENSIONES el 1 de julio de 1979 y se retiró del mismo el 30 de abril de 2010, habiendo cotizado un total de 1.106.57 semanas y para la fecha contaba con 54 años y cuatro meses de edad.

La señora León de Mejía fue nombrada en propiedad el 18 de mayo de 2010 como docente grado 2ª del Municipio de Duitama y retirada del servicio mediante Resolución No. 731 de 20 de agosto de 2014, el cual se surtió con efectos a partir del 1 de diciembre del mismo año.

Mediante Resolución No. 064 de 26 de enero de 2015 emitida por la secretaría de Educación de Duitama en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se le reconoció una pensión de vejez del régimen de prima media con prestación definida, resolución que determinó “ (...) reconocer y pagar a RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA expedida en Duitama, una pensión de vejez (ley 100/93 y 813 de 2003) equivalente a la suma de SETESIENTOS MIL VEINTRES PESOS M/CTE (\$700.023) efectiva a partir del 2 de diciembre de 2014 por sus servicios prestados como docente de vinculación municipal- situado fiscal-.

Contra la resolución anterior, interpuso de recurso de reposición el 10 de febrero de 2015, por desconocer el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por lo que solicitó el reconocimiento de y pago de dicha prestación social aplicando la ley 71 de 1988 en razón a que la actora realizó cotizaciones en el sector público y privado.



Demandante: Rita María León de Mejía

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-

Expediente: 152383333001201600160-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

El recurso fue resuelto por medio de Resolución No. 132 de 16 de abril de 2015, en la cual se negó la petición anterior, argumentando que a los docentes no les es aplicable el régimen de transición atendiendo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual, excluye de su aplicación en forma expresa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Nacionales del Magisterio. Afirmación que no es de recibo toda vez que este aparte del artículo citado fue derogando por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, al señalar que los docentes afiliados a dicho fondo se les debe aplicar las disposiciones establecidas para el régimen de prima media con prestación definida de la Ley 100 de 1993.

Los actos administrativos objeto del presente medio de control fueron expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, puesto que la entidad demandada reconoció la pensión en cuestión bajo los parámetros del régimen de la Ley 100 de 1993, pero no atendió los lineamientos del artículo 48 constitucional.

La docente es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 toda vez que: i) pertenece al régimen general de prima media con prestación definida de la ley 100 de 1993 por mandato de la Ley 812 de 2003; ii) a 1 de abril de 1994 contaba con 38 años de edad y iii) para la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 tenía cotizadas más de 750 semanas y iv) cumplió con todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación antes del 31 de diciembre de 2014.

La demandante ha realizado cotizaciones tanto en el sector público como en el sector privado y teniendo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición, cumple con los requisitos para recibir la pensión por aportes establecida en la Ley 71 de 1988, esto, por cuanto la docente cumplió con los requisitos exigidos de edad y tiempo de servicio el 1 de febrero de 2011, fecha en la cual ya se encontraba vinculada en el sector público.

La docente luego de haber adquirido el status pensional continuó cotizando voluntariamente hasta la fecha en que se produjo el retiro, esto es, el 2 de diciembre de 2014, por lo que la pensión de jubilación debió ser reconocida a partir del 1 de febrero de 2011 fecha del status pensional, reliquidada en los términos del artículo 9 de la Ley 71 de 1988.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

1.2 Normas violadas

Invocó como normas violadas las previstas en las siguientes disposiciones:

Constitución Política artículos: 4, 5, 13, 46 y 48.

Legales: artículos 36 y 142 de la Ley 100/1993; inciso 8º del párrafo transitorio y artículo 6 del Acto legislativo 01 de 2005; artículos 7 y 11 de la Ley 71 de 1988; artículos 6 y 8 del Decreto 2709 de 1994.

Leyes 91 de 1989; 33 de 1985, 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda en consideración a lo siguiente (*fls. 87-94*):

La Nación - Ministerio de Educación Nacional no está obligado a pagar la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de los factores salariales distintos a los cotizados para tal beneficio, pues ello equivaldría a desconocer la normatividad vigente aplicable al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales de quienes se pensionaron como docentes.

Adicionalmente manifiesta que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados públicos se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes para pensión, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, lo anterior, con el fin de propender por la sostenibilidad del sistema.

En este sentido la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, no cumplió el procedimiento que establece el artículo 271 del CPACA, por tanto, no tiene la calidad que se asigna, pues al momento de proferirse, no existía el procedimiento respectivo, por tanto, se puede concluir que la interpretación correcta en el tema de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones es taxativa, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

De acuerdo con los argumentos expuestos considera que no le asisten el derecho reclamado a la demandante, toda vez que, las Leyes 33 y 62 de 1985 establecen claramente los factores que se deben tener en cuenta para la obtención de la pensión de jubilación y en esa medida deben ser negadas las pretensiones de la demanda.

- **Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)**
(fls. 112-124)

No es posible que se acceda a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que para el año 2011 la parte demandante se encontraba vinculada como docente y en ese sentido se estaba activa por lo que resulta imposible realizar el reconocimiento alguno desde tal año. Frente al beneficio del régimen de transición, tal como lo manifestó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo es posible acceder a la pensión teniendo en cuenta los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993.

Del mismo modo, adujo que, atendiendo a la calidad de docente de la demandante, en principio se atendería a la exclusión de la Ley 100 de 1993, sin embargo, al afiliarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se entendería como afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

De la misma manera no es posible reliquidar la prestación pensional con sustento en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 en cuanto el IBL no hace parte del régimen de transición tal como lo ha establecido la Corte Constitucional y tampoco es posible canelar 14 mesadas pensionales por virtud de lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 según el cual, dicha mesada pensional queda abolida del sistema normativo colombiano.

Finalmente, manifiesta que la parte demandante al realizar el análisis del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 comete un error de interpretación, toda vez que, tal como lo manifestó la Corte Constitucional en varias sentencias, a Ley 100 de 1993 únicamente mantuvo el régimen de transición respecto de la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, por lo que, en aplicación del principio del equilibrio del sistema y de los demás principios generales de la seguridad social establecidos en el artículo 48 constitucional, se restringió el tema relacionado con el IBL,



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

pues el aplicar las normas anteriores respecto de este tema se desconocerían los derechos de igualdad, equidad y solidaridad y se beneficiaría a unos pocos en contradicción con los derechos de los demás afiliados, generando derechos desproporcionados a quienes se les aplican las reglas del IBL establecidas en las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

3. LA PROVIDENCIA APELADA (Fls. 250-258)

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en sentencia de primera instancia proferida el 6 de agosto de 2019, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

En primer lugar, el juez de primera instancia realizó un recuento de las normas relacionadas con el régimen pensional aplicable a los docentes, concluyendo que de conformidad con el **artículo 81 de la Ley 812 de 2003**, los docentes vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media con prestación definida consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Dijo que, el legislador a través de la Ley 812 de 2003 hizo extensivo a los docentes, el régimen de la Ley 100 de 1993.

No obstante lo anterior consideró que, debe señalarse que el **artículo 279 de la Ley 100 de 1993**, estableció los grupos de servidores exceptuados de su aplicación, dentro de los cuales se encuentran los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 y en esa medida a dicho grupo de docentes que estuvieran vinculados **con anterioridad a la entrada en vigencia** de la Ley 812 de 2003 **no es posible aplicar sus disposiciones**.

De otra parte, destacó el juez de primera instancia que antes de la vigencia de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, la multiplicidad de regímenes pensionales ocasionaba diferencias entre los trabajadores del sector público y privado de tal modo que cada uno subsistía de manera independiente con exigencias propias en tiempos de servicios y cotizaciones que no podían complementarse para adquirir el beneficio pensional.

Aludió a que, fue esta la razón por la que se expidió la Ley 71 de 1989 que previó la pensión por aportes con el objetivo se pudieran sumar los



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

tiempos de cotización y se servicios en los sectores públicos y privados.

Ahora bien, respecto del caso concreto, adujo el juez de primera instancia que, dado que la demandante para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, en principio **sería beneficiaria del régimen de transición consagrado en La Ley 100 de 1993** y por lo mismo las normas que regularían su situación serían las vigentes antes de la expedición de la citada ley.

Adicionalmente, al haber realizado aportes para pensión en el sector público y privado, la norma que regularía su pensión es la contenida en la **Ley 71 de 1988 y el Decreto reglamentario 2709 de 1994.**

No obstante, aclaró el *A quo* que a los docentes vinculados al servicio docente oficial **con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003** como ocurre en el presente caso, les son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 para el reconocimiento pensional excepto en la edad, razón por la cual, consideró que no es posible acceder a las pretensiones de la demandante.

Lo anterior en atención a que, a pesar de ostentar la condición de docente con posterioridad a la Ley 812 no puede beneficiarse del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 como lo ha sostenido el Consejo de Estado, en el sentido que dichos funcionarios solo cuentan con dos posibilidades, esto es, para los vinculados con posterioridad a la citada norma, se les debe aplicar el Sistema General de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento pensional excepto en la edad y para los vinculados antes de su entrada en vigencia les es aplicable la normas contenidas en el régimen especial docente.

En consecuencia, concluyó el juez de instancia que a la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA, no le es aplicable el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues a pesar que su situación pensional se gobierne por las previsiones de la misma, por haberse vinculado a la docencia con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo cierto es que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado no es beneficiaria de la transición en su condición de docente.

Lo mencionado por cuanto, estos funcionarios solo cuentan con las dos posibilidades arriba mencionadas, y en esas condiciones para la



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

liquidación de su pensión debe tenerse en cuenta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, incluyendo los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de reconocimiento de la mesada adicional, adujo el *A quo* que, como quiera que el derecho pensional tuvo efectos fiscales con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en aplicación al artículo 1 inciso 8 del Acto Legislativo 1 de 2005, tampoco le asiste el derecho a dicho reconocimiento.

Por lo anterior, la juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que sea revocada, para lo cual argumentó lo siguiente (Fls. 266- 272):

En primer lugar, el fallo reconoce que la docente es beneficiaria del régimen de transición refiriéndose a la Ley 71 de 1988 como la norma que debe regir su reconocimiento pensional, sin embargo, llama la atención que el Despacho de primera instancia concluyera que los docentes solo cuentan con dos posibilidades a saber:

i) la aplicación del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 o ii) las normas del régimen especial docente, hecho que implica la exclusión total del sistema general de pensiones, incluido el artículo 36, dependiendo la fecha de ingreso al servicio docente.

Lo anterior, considera el recurrente, se contrapone con lo consagrado en la Ley 812 de 2003 que determina que los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con sus respectivos requisitos, salvo el requisito de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

Así entonces, se deduce que contrario a lo interpretado por el juez de primera instancia, los docentes afiliados al FOMAG con posterioridad al 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la citada ley) no se encuentran excluidos de la aplicación del régimen de prima media



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

consagrado en la Ley 100 de 1993 y por ende tampoco de su artículo 36.

Adujo también que los argumentos jurisprudenciales sobre los que se centró el *A quo* para negar las pretensiones de la demanda, no guarda correspondencia fáctica, jurídica ni argumentativa con el presente caso, pues los fallos citados en la providencia resolvieron problemas jurídicos relacionados con docentes vinculados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Es así, como esta jurisprudencia al momento de referirse al régimen creado por el artículo 81 de la mencionada norma, es decir, para lo docentes afiliados con posterioridad al 27 de junio de 2003, no expresa que este grupo de docentes a los cuales se le aplica el régimen de prima media contenido en la Ley 100 de 1993 se encuentren excluidos del artículo 36 de la misma, como si lo hace respecto del régimen previsto para los afiliados con anterioridad a la mencionada fecha.

Lo anterior, por cuanto solo los docentes vinculados con anterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003 por mandato expreso de su artículo 81, tienen derecho a la aplicación de la norma vigente anterior, es decir, la Ley 91 de 1989, no siendo esta norma aplicable para los docentes que se vincularon con posterioridad, en tanto estos son beneficiarios del régimen consagrado en la ley 100.

De otro lado, manifestó la parte demandante en su escrito de apelación que el juez de primera instancia desconoció de manera grave el derecho adquirido de la actora a que se le aplique el régimen de transición y por ende a pensionarse bajo los parámetros de la norma vigente anterior a la ley 100 de 1993, aplicable al caso particular que es la Ley 71 de 1989, derecho que no puede ser desconocido por el solo hecho de haberse afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, en cuanto a la negativa de la mesada adicional o mesada 14, refirió el recurrente que el juez de primera instancia paso por alto que como la docente es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tiene derecho a que se le aplique la norma anterior para su reconocimiento pensional que para el caso concreto es la ley 71 de 1989 que exige como requisitos 55 años de edad y 20 años de servicio, habiendo cumplido la actora el status el 1 de febrero de 2011, con lo cual se encuentra cobijada por la excepción plateada en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, causar el derecho pensional



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

antes del 31 de julio de 2011 y en esas condiciones la docente si tiene derecho a que se le reconozca dicha pretensión.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, la parte demandada allegó escrito reiterando que de conformidad con los artículos 279 de la Ley 100 de 1993 y 81 de la Ley 812 de 2003, es claro que solamente los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos del régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento pensional.

En cuanto a los factores salariales que se deben incluir en el IBL, se deben tener en cuenta solamente sobre los cuales se efectuó el correspondiente aporte y que a sus veces estén determinados como factor salarial previsto en la ley 62 de 1895 o en el Decreto 1158 de 1994 dependiendo la fecha de vinculación del docente, esto es, con anterioridad o posterioridad de la ley 812 de 2003.

La parte demandante y el Ministerio público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante, corresponde a la Sala establecer si a la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA, le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión jubilación en los términos de la Ley 71 de 1988, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14.

2. TESIS DEL CASO

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

a) Tesis argumentativa propuesta por el *a quo*

Su decisión se encaminó a negar las pretensiones de la demanda por considerar que la situación pensional de la demandante se encuentre gobernada por las previsiones de la Ley 100 de 1993, por haberse vinculado a la docencia con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo cierto es que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado la actora en su condición de docente no es beneficiaria de la transición prevista en el artículo 36, en tanto estos funcionarios solo cuentan con las dos posibilidades que son: para los vinculados con posterioridad a la citada norma, se les debe aplicar el Sistema General de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento pensional excepto en la edad y para los vinculados antes de su entrada en vigencia les es aplicable la normas contenidas en el régimen especial docente, -ley 91 de 1989-

b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante

Sostiene que la Ley 812 de 2003 determina que los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con sus respectivos requisitos, salvo el requisito de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

Así las cosas y teniendo en cuenta la normativa contenida en la Ley 812 de 2003, consideró los docentes afiliados al FOMAG con posterioridad al 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la citada ley) no se encuentran excluidos de la aplicación del régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 **y por ende tampoco de su artículo 36** y en esa medida y al ser aplicable el artículo 36 de la citada norma su pensión debe ser reconocida teniendo en cuenta la Ley 71 de 1988.

Manifestó la parte demandante en su escrito de apelación que el juez de primera instancia desconoció de manera grave el derecho adquirido de la actora consistente en la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 993 y por ende a pensionarse bajo los parámetros de la norma vigente anterior, derecho que no puede ser desconocido por el simple hecho de haberse afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala revocará la sentencia de primera instancia y accederá a las pretensiones de la demanda en consideración a que del material probatorio que reposa en el expediente, es posible concluir que, la demandante acumula tiempos de servicios en el sector privado y bajo vinculación legal y reglamentaria, a efectos de cumplir con el requisito de semanas cotizadas, y es **beneficiaria del régimen de transición** previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, su situación pensional **se regula por la Ley 71 de 1988**.

Así, para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, de conformidad con la Ley 71 de 1988, se requiere cumplir 55 años de edad (mujer) y 20 años de servicios cotizados tanto en el sector público como en el privado.

En cuanto a la edad, la demandante cumplió 55 años el 2 de febrero de 2011, fecha en que cumplió el status pensional aunado a que completó entre los sectores público y privado mucho más de 20 años de servicio, razón por la cual, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

En consecuencia, a la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA le asiste el derecho a que su pensión de jubilación le sea reconocida teniendo en cuenta los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de remplazo) previstos en la Ley 71 de 1988, esto es, 55 años de edad, 20 años de servicios cotizados entre el sector público y privado y aplicando como tasa de remplazo 75%, pero en lo que tiene que ver con el Ingreso Base de Liquidación de conformidad con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, la cual también resulta aplicable al régimen contenido en la Ley 71 de 1988, corresponde al previsto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, considerándose que los factores salariales, no son parte del monto, sino de la base de liquidación y que se gobiernan por la normativa actual, esto es, el Decreto No. 1158 de 1994. En otras palabras, el IBL corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados y sobre los cuales efectuó cotizaciones durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo únicamente los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales realizó cotizaciones



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

Lo anterior teniendo en cuenta que, además de ser Ley 71 de 1988 la norma aplicable al caso particular, le resulta más favorable a la demandante en tanto la tasa de remplazo correspondiente a la liquidación con el régimen de la Ley 71 equivale al 75% y la que le fue aplicada en la resolución de reconocimiento fue equivalente al 66% de conformidad con la formula prevista en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Sin embargo, la pensión de jubilación de la demandante se hará efectiva a partir del día siguiente del retiro del servicio, esto es, el **2 de diciembre de 2014** teniendo en cuenta que ocurrió el 1 del mismo mes y año, tal como lo señalan los artículos 8 de la Ley 71 de 1988 y 2° del Decreto 2709 de 1994.

Adicionalmente, en lo que tiene que ver con la pretensión de reconocer la mesada 14, la Sala se inhibirá para pronunciarse de fondo respecto de esta, en tanto, no se cumplió con el requisito de procedibilidad consistente en el agotamiento del procedimiento administrativo o, en otras palabras, no se tramitó la decisión previa por parte de la administración.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **ii)** Regímenes prestacionales anteriores previstos en las Leyes 33 y 62 de 1985 (para empleados públicos) y en la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes), **iii)** Del monto de la pensión en el régimen de transición de la ley 100 de 1993, **iv)** mesada adicional o mesada 14 **v)** hechos probados, y **vi)** El caso concreto.

1. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

El legislador, en desarrollo de los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad que rigen la seguridad social, con la expedición de la Ley 100 de 1993, pretendió superar la desarticulación entre los distintos modelos y regímenes pensionales, creando un **sistema integral y general de pensiones**, que permitiera la acumulación de tiempos y semanas trabajadas; ello, por cuanto coexistían dos² grandes modelos de seguridad social en

² “Un primer modelo se caracterizaba por la obligación del empleador de garantizar el riesgo de vejez de sus trabajadores a través del reconocimiento de una pensión de jubilación, siempre y cuando se



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

pensiones y varios sistemas que se enmarcaban dentro de aquellos, los cuales funcionaban independientemente, con lógicas distintas y tenían formas de financiación propias.

Con tales propósitos, implementó nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, estableció reglas sobre el cálculo de semanas de cotización y creó un régimen de transición con el fin de respetar las expectativas legítimas, ofreciendo, a los afiliados que se encontraban próximos a la consolidación de su derecho pensional, beneficios que implicaban el efecto ultractivo de los requisitos de edad, monto y número de semanas o tiempo de servicio del régimen al cual estaban vinculados al momento de la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, el cual quedó establecido en el artículo 36 de la referida disposición, de la siguiente manera:

“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 (...). (Destacado por la Sala)

De lo anterior se infiere que la garantía del régimen de transición del

acreditara un determinado tiempo de servicio, y el segundo se basó en un sistema de aportes en el cual se debían realizar cotizaciones de manera exclusiva a una administradora pública o privada, que reconocería una mesada periódica al momento de cumplirse con cierta edad y número específico de contribuciones.” Sentencia SU-395 de 2017.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permite que i) la edad para consolidar el derecho a la pensión de vejez, ii) el tiempo de servicio -o número de semanas cotizadas-, y iii) el monto de la misma, sean los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliadas las personas.

Para el efecto, el beneficiario debe estar afiliado al régimen anterior al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994³), y debe encontrarse en alguna de las hipótesis previstas en el inciso 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece cuáles son los destinatarios del régimen de transición. Esta disposición, fijó tres categorías de trabajadores cuyas expectativas legítimas serían protegidas:

- i) Mujeres con 35 o más años de edad;*
- ii) Hombres con 40 o más años de edad y,*
- iii) Hombres y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten 15 años o más de servicios cotizados.*

Condiciones que se deben acreditar al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los empleados públicos del orden nacional.

Encontrarse en una de las anteriores situaciones, permite al trabajador a efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto (tasa de reemplazo) de la misma, sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado.

2. RÉGIMEN PRESTACIONAL ANTERIOR PREVISTO EN LA LEY 71 DE 1988 (PENSIÓN POR APORTES).

A más del régimen pensional de las Leyes 33 y 62 de 1985 que estipula la forma de pensionarse de quienes hubiesen cotizado durante toda su vida laboral como empleados públicos, el legislador también previó la posibilidad de obtener pensión a partir de la suma de aportes hechos como servidor público y trabajador del sector privado en la Ley 71 de 1988, que en su artículo 7º dispone:

“Artículo 7. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados

³ Como se precisó en la Sentencia SU-130 de 2013, la excepción a dicha regla se aplica en el nivel territorial del sector público, respecto del cual la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones es la que haya determinado el respectivo ente territorial, según lo dispuesto por el artículo 151 de la propia Ley 100 de 1993.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

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

El artículo 7 de la Ley 71 de 1988, fue reglamentada, entre otros, por el Decreto 2709 de 1994, que en su artículo 1º contempla que la pensión a la que hace referencia la citada ley se denomina pensión por aportes y la define así:

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

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si 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.**”

Respecto de las normas anteriormente transcritas, el H. Consejo de Estado ha explicado que para la época de expedición de la Ley 71, el Instituto de Seguros Sociales tenía como función principal la afiliación de los trabajadores del sector privado, de ahí que la norma citada se refiera a los aportes hechos a las cajas y fondos públicos, por una parte, y al Instituto de Seguros Sociales, por otra⁴.

La citada Corporación también ha sido clara en indicar que la pensión de la Ley 71 de 1988 no se aplica cuando a pesar de existir aportes como trabajador particular, la persona puede solicitar su pensión acreditando 20 años o más de servicios al Estado, caso en el cual se aplica la Ley 33 de 1985, pues la pensión por aportes se presenta cuando para acceder a la prestación el interesado necesita sumar tiempos servidos en el sector público y en el sector privado⁵.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS, veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00116-00(C)

⁵ Sala de Consulta, providencia del 26 de octubre de 2016, radicación 11001-03-06-000-2016-00126-00



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

Para la procedencia de la pensión por aportes, el H. Consejo de Estado ha señalado que la persona no solo debe ser beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 por el cumplimiento de los requisitos del artículo 36 (40 o más años de edad si es hombre, 35 o más años de edad si es mujer ó 15 años o más de servicios cotizados al 1º de abril de 1994), sino que también debe cumplir con las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, que son, que el beneficiario hubiera cotizado al menos 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo (25 de julio de 2005) y que adquiriera el derecho a la pensión antes del 31 de diciembre de 2014; así, en reciente providencia del 14 de noviembre de 2018⁶, indicó:

“Más adelante, el Acto Legislativo 1 de 2005, “[p]or el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”, en su parágrafo 4º transitorio, impuso un límite temporal a la aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

“Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.”

Como se observa, la norma constitucional mencionada estableció dos condiciones para que pudiera seguirse aplicando el régimen de transición más allá del 31 de julio de 2010: (i) que el beneficiario hubiera cotizado al menos 750 semanas, o tuviera el tiempo de servicios equivalente, en la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo (25 de julio de 2005), y (ii) que la misma persona adquiriera el derecho a la pensión, conforme a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 que le sean aplicables, antes del 31 de diciembre

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS, catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00122-00(C)



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

de 2014⁷.

La importancia de analizar el régimen de transición y determinar si resulta aplicable a cierta persona, radica en que quienes resulten beneficiados con el mismo adquieren el derecho a la pensión cuando cumplan con las exigencias establecidas en las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993 que les sean aplicables, principalmente, las Leyes 33 de 1985 o 71 de 1988, según el caso (tratándose de servidores o ex servidores públicos).

Ahora, de ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y cumplir las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión por aportes de la Ley 71 de 1988, el trabajador o trabajadora debe cumplir los siguientes requisitos del artículo 7° de la citada Ley 71 de 1988, anteriormente transcrito:

- Tener 60 años de edad si es hombre o 55 años si se es mujer,
- 20 años de servicios con aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados como servidor público y trabajador del sector privado.

En el evento de cumplirse con los anteriores requisitos el trabajador o trabajadora tendrá derecho al reconocimiento de una pensión equivalente al 75% del salario base de liquidación, como lo dispone el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71 de 1988, así:

“Artículo 8o. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.”

Sobre el salario base para la liquidación de la pensión por aportes, el artículo 6° del mismo Decreto, estipuló:

“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.

⁷ Así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto N° 2194 de 2013.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

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.”

Sobre la anterior norma, el Consejo de Estado en providencia del 19 de febrero de 2015, explicó que si bien el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, lo cierto es que en fallo de fecha 15 de mayo de 2014, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró la nulidad de éste último artículo.

3. DEL MONTO DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993.

Como se indicó, son tres los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993, los que a su vez constituyen el régimen de transición:

- i)* La edad para consolidar el acceso al beneficio prestacional.
- ii)* El tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas para el efecto.
- iii)* El monto de la misma (tasa de remplazo).

Con la expedición de la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional fijó una interpretación clara sobre la aplicabilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el cálculo del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de aquellas personas que fueran beneficiarias del régimen de transición.

En tal sentido, consideró que el cálculo del Ingreso Base de Liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100 de 1993, en la medida en que el beneficio otorgado consiste en la aplicación ultractiva de los regímenes a los que se encontraba afiliado el peticionario, **pero sólo en lo relacionado con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de remplazo, excluyendo el ingreso base de liquidación**⁸.

Posteriormente, en el Auto 326 de 2014, la Sala Plena de la referida Corporación, reafirmó el alcance de la sentencia C-258 de 2013, al señalar

⁸ Consultar, entre otros, la Sentencia T-078 de 2014 y el Auto 229 de 2017.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

que la regla de interpretación frente al ingreso base de liquidación -IBL- no sólo constituye un precedente para la población objeto de dicho pronunciamiento, sino que resulta un *“precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna”*.

Igualmente afirmó que la *ratio decidendi* de la Sentencia C-258 de 2013, constituye un parámetro vinculante para las autoridades judiciales, señalado que: “Es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la *ratio decidendi* que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio”.

Por su parte, en la Sentencia SU-210 de 2017, se señaló que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, está circunscrito únicamente a los aspectos de la edad, tiempo de servicios o cotización, y el monto de la pensión, en la medida en que *“lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por dicho artículo, como el ingreso base de liquidación, deben regirse por las normas contenidas en la ley, correspondientes al sistema general de pensiones”*.

Ahora bien, en la sentencia SU-395 de 2017, el órgano de cierre Constitucional, además de reiterar las anteriores interpretaciones, señaló que para la creación, funcionamiento y sostenimiento de un nuevo sistema pensional, es necesario contar con reglas que garanticen los principios que lo sustentan, entre ellos, la sostenibilidad financiera del mismo, **de manera que lo liquidado debe ser proporcional a lo cotizado**, y en tales consideraciones, advirtió que esa fue la razón por la cual se estableció en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, un ingreso base de liquidación para quienes fueron beneficiarios del régimen de transición.

En esa medida, si el inciso tercero de la referida disposición expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

En tales consideraciones concluyó la Corte Constitucional que de acuerdo



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, **la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.**

Ahora bien, ha de señalarse que el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018⁹, modificó su posición respecto a la interpretación del alcance del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, adoptando la tesis sostenida por la Corte Constitucional a que se ha hecho referencia en precedencia.

Así, en la referida sentencia de unificación el máximo órgano de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo fijó la regla jurisprudencial según la cual **el Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.**

Como sustento de tal regla, el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“(…) 85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma (…).

91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3,

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Bogotá D.C. 28 de agosto de 2018. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia, Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables (...).”

Con fundamento en las referidas interpretaciones, esta Corporación atendiendo la consolidación de la interpretación normativa que debe darse al IBL, producto del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y en tal sentido, con el objeto de salvaguardar la seguridad jurídica, la igualdad formal y material y el valor del precedente vertical¹⁰ unificado del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, así como del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha precisado que el régimen de transición, conforme es previsto en los incisos 2º y 3º de la referida norma, es aplicable a servidores públicos que cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios requeridos para la transición.

Es decir, que les continúan siendo aplicables para la pensión, los aspectos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto (que corresponde al porcentaje de la normatividad anterior), no obstante, la liquidación debe ser proporcional a lo cotizado, y de igual manera se dispuso acoger el criterio, según el cual, los factores salariales, no son parte del monto, sino de la base de liquidación, que se gobiernan por la normativa actual, esto es el Decreto No. 1158 de 1994.

En tal virtud, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación fijó las siguientes sub-reglas aplicables a los beneficiarios del régimen de transición, en torno a la liquidación del

¹⁰ Al respecto la sentencia C- 634 de 2011, la Corte Constitucional precisó lo siguiente en torno a la aplicación de las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas tanto por esa Corporación como por el Consejo de Estado: “(...) ***El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante (...).***” (Destacado por la Sala)



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

ingreso base de liquidación:

- La primera sub-regla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:
 - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
 - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- La segunda sub-regla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

En éste punto ha de precisarse que tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, si bien la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 hizo referencia al régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985, lo cierto es que los parámetros allí fijados también resultan aplicables a la pensión por aportes contenida en la **Ley 71 de 1988**, que aplica para quienes acumularon tiempo de servicio al sector oficial y al sector privado para acceder al derecho pensional. Al respecto en sentencia del 3 de octubre de 2019¹¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado, señaló lo siguiente:

“(…) Ahora, si bien en la sentencia de unificación se aludió al régimen regulado en la Ley 33 de 1985, lo cierto es que este no era el único reglamentado para la época anterior a la Ley 100 de 1993, pues también se encontraba el contenido en la Ley 71 de 1988 que aplicaba para quienes acumularon tiempo de servicio al sector oficial y al sector privado, según el cual tenía derecho a la pensión quien acreditara 20 años de aportes en

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A”. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06727-01(4077-16).



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

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.

En complemento a lo anterior, el Decreto Reglamentario 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, en su artículo 6º indicó 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 (...). (Destacado por la Sala)

4. MESADA ADICIONAL O MESADA 14.

Naturaleza y presupuestos de la mesada adicional para pensionados o mesada catorce La Ley 100 de 1993, por medio de la cual se crea el sistema general de seguridad social, consagró en su capítulo IV sobre disposiciones finales del sistema general de pensiones, artículo 142, el reconocimiento de una Mesada adicional para pensionados pagadera en el mes de junio de cada año, conocida como mesada catorce.

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial. en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988,~~ tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional. beneficiarios de los reajustes ordenada; mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~ **PARÁGRAFO.** Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Esta mesada tal como fue prevista en la Ley 100 de 1993 era reconocida a los pensionados antes de la entrada en vigencia de dicha ley, sin embargo la norma sufrió una serie de transformaciones en virtud del análisis de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-409 de 1994 a la misma , así como por la adición introducida



Demandante: Rita María León de Mejía

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-

Expediente: 152383333001201600160-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

por la Ley 238 de 1995 al artículo 279 de La Ley 100 de 1993, que amplió los sujetos titulares de dicha mesada adicional y la modificación efectuada por el artículo 1 del Acto legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución que determinó un límite temporal y modal al reconocimiento de esa mesada.

En cuanto a la evolución en virtud de la sentencia de inexecutable parcial del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y la adición realizada por la Ley 238 de 1995, da cuenta en forma diáfana el Consejo de Estado, en el apartado que a continuación se cita refiriéndose a la mesada catorce:

"(...) fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4º (le 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones",



Demandante: Rita María León de Mejía

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-

Expediente: 152383333001201600160-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993. que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional.

" (...)

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94' que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de Ecopetrol y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Como puede advertirse en esta primera etapa de evolución del contenido normativo de la mesada catorce, se determina que su naturaleza es una prestación propia del régimen general de seguridad social en pensiones, cuyo ámbito se ha extendido en beneficio de regímenes pensionales especiales, como el previsto para los docentes en garantía del principio de igualdad.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

Ahora bien. en cuanto a la modificación introducida por el Acto legislativo 01 de 2005 al Artículo 48 de la Constitución Política, valga citar lo manifestado por la Corte Constitucional en lo relacionado con el Acto Legislativo 01 de 2005:

"El Congreso de la República, a través del artículo 1 del A.L. 01 de 2005" introdujo en Colombia una serie de reformas en el sistema pensional, a fin de hacerlo financieramente viable y evitar que colapsara, eso sí sin perjuicio de respetar derechos adquiridos y asumir el Estado la deuda pensional."

En ese sentido, en el inciso octavo, dicha reforma "con respecto al número de mesadas susceptibles de percibirse anualmente por concepto de pensión, fijó un límite de trece (13), a partir de la vigencia del Acto Legislativo mencionado (25 de julio de 2005)."

Sin embargo, estableció en el párrafo sexto transitorio como excepción que "la persona pensionada obtuviera una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales, entonces sí podría acceder a una mesada catorce, si el derecho pensional se causaba antes del 31 de julio de 2011."¹²

Por lo tanto, puede decirse que **continuarán recibiendo la mesada catorce** (i) aquellas personas pensionadas antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005; (ii) quienes causaron el derecho pensional antes del 25 de julio de 2005, precisando que la causación se da cuando se cumplen con todos los requisitos para acceder a esa prestación, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento; y (iii) quienes causen el derecho pensional entre la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo, es decir, entre el 25 de julio de 2005¹³ y el 31 de julio de 2011, siempre y cuando perciban una pensión igual o inferior a tres (3) SMMLV. En consecuencia, las personas que causen el derecho pensional después del 25 de julio de 2005 y, por un monto superior a tres (3) SLMLV no tienen derecho al reconocimiento y pago de dicha mesada.

Así las cosas y con fundamento en las normas y el criterio jurisprudencial antes referido, procede la Sala a abordar la resolución del presente asunto.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 178 del 14 de marzo de 2007. M.F. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ Publicado en Diario Oficial No. 45980 de 25 de julio de 2005.



5. PRUEBAS OBRANTES EN EL PLENARIO

Dentro del proceso reposa el siguiente material probatorio que es relevante para resolver el fondo del asunto:

- Copia de la Resolución No. 064 del 26 de enero de 2016 por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación a la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA, conforme al artículo 81 de la Ley 812 de 2003 por haberse vinculado y afiliado como docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir del año 2010, y en consecuencia se le aplicó el régimen de prima media previsto en la Ley 100 de 1993 con los requisitos exigidos en este, con excepción de la edad que es de 57 años los cuales cumplió el 1 de febrero de 2013, además la pensión fue liquidada con fundamento en el artículo 21 de la citada norma y para calcular la tasa de remplazo se tuvo en cuenta el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, aplicando la formula prevista en dicho artículo lo que arrojó el 66% y una de \$700.023(fl.s. 53-56).
- De acuerdo con las copias de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento que reposan a folios 13 y 14 del plenario, la señora RITA MARÍA LEON DE MEJÍA nació el 1 de febrero de 1956.
- Según se indica en los certificados de información laboral obrante a folios 15 a 17 del plenario¹⁴ y en el documento número 6 del CD contentivo del expediente visible a folio 134, se tiene que la demandante prestó los siguientes servicios

Entidad/institución y Cargo	Desde	Hasta
Colegio Jesús Eucaristía (de carácter privado) - labró como docente secciones básicas primaria	1982	2005

¹⁴ Formato único para la expedición de certificados de historia laboral – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

Secretaria de Educación de Duitama – Instituto técnico Industrial Municipal Rafael Reyes	04/05/ 2010	30/11/2014
--	-------------	------------

- Adicionalmente obra en el expediente resumen de semanas cotizadas expedida por COLPENSIONES en el que se puede advertir que se realizaron aportes así:

Entidad	Desde / hasta
Colegio Eucarístico	1/07/1979 al 27/11/1981
Colegio Jesús Eucaristía rectora AURA CASTRO DE GÓEMEZ	4/04/1983 al 30/11/2005
Colegio Campestre Rita Sofía Pérez	1/07/2006 al 30/04/2010

- En la resolución de reconocimiento pensional, se indica que la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA realizó los siguientes aportes:

Entidad	Desde / hasta
ISS- COLPENSIONES	1/07/1979 al 30/04/2010
FOMAG	18/05/2010 al ‘1/12/2014

6. CASO CONCRETO

Del reconocimiento del derecho pensional

Descendiendo al caso concreto reitera la Sala que el primero de los problemas jurídicos planteados se orienta a determinar si la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA tiene derecho a al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1988; para el efecto, en



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

primer lugar, se deberá analizar cuál es la norma que regula la situación pensional del demandante.

➤ **Del régimen de transición**

En primer lugar, ha de señalarse que en el presente caso se encuentra acreditado que la demandante, realizó aportes tanto en el sector privado como en el sector público. Además, que se encuentra amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual su pensión de jubilación debe ser regulada por la normatividad anterior a dicha ley. En efecto, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), la demandante tenía 38 años edad pues nació el 1 de febrero de 1956, con lo cual cumple con uno de los requisitos para ser beneficiaria de dicha transición, como lo es tener 35 o más años de edad.

Pero además de cumplir con el requisito del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante también cumple con las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, pues a su entrada en vigencia que fue el 25 de julio de 2005, contaba con más de 750 semanas de cotización, dado que a esa fecha había prestado sus servicios por 26 años, lo que equivale aproximadamente a de 1355 semanas.

En tal sentido, tiene derecho a que su situación pensional en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de remplazo), sea regulada según lo previsto en el régimen pensional anterior que resulte aplicable a la situación particular del demandante.

➤ **De la norma que regula la situación pensional del demandante.**

Verificado que la demandante resulta ser beneficiaria del régimen de transición, corresponde ahora verificar cuál es la norma que regula la situación pensional de la señora RITA MARÍA LEON DE MEJÍA; al respecto, ha de señalarse que no es dable la aplicación de la Ley 33 de 1985, por cuanto no cumple con el requisito de 20 años de servicio en el sector público que exige esta normativa para su aplicación.

En efecto, tal como se plantea en la demanda y está demostrado con los elementos de prueba allegados al plenario, a fin de acreditar el cumplimiento del requisito del tiempo de servicios para acceder a la pensión, la actora acumula tiempos laborados tanto en el sector público



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

como en el sector privado, razón por la cual el régimen pensional a aplicar es el contenido en la Ley 71 de 1988.

Recuérdese que el legislador, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, previó la posibilidad de obtener la pensión a partir de la suma de aportes hechos como servidor público y trabajador del sector privado, figura que se conoce como pensión por aportes; situación que acontece en el presente asunto, pues conforme al material probatorio relacionado en acápite anterior, se observa que el demandante cotizó tanto en el sector público como en sector privado, así:

Entidad/Empleado r y cargo	Desde	Hasta	Fondo/Administrado r de Pensiones
Sector Privado:			
Colegio Eucarístico	1/07/1979	27/11/1981	COLPENSIONES
Colegio Jesús Eucaristía rectora AURA CASTRO DE GÓMEZ	4/04/1983	30/11/2005	COLPENSIONES
Colegio Campestre Rita Sofía Pérez	1/07/2006	30/04/2010	COLPENSIONES
Sector Público			
Secretaria de Educación de Duitama – Instituto técnico Industrial Municipal Rafael Reyes.	04/05/ 2010	30/11/2014	Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio – FOMAG-

Como se advierte, a efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante se sumaron los tiempos cotizados por la señora RITA MARÍA LEON DE MEJÍA tanto en el sector público como en el sector privado; en tanto los tiempos laborados como servidor público no suman un mínimo de 20 años, de tal manera que no hay duda en cuanto a que su derecho pensional se rige por la **Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario N° 2709 de 1994.**

Así las cosas y de acuerdo con lo previsto en el **artículo 7º de la Ley 71 de 1988**, a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación el trabajador o trabajadora debe cumplir los siguientes requisitos:



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

- i)* Tener 60 años de edad si es hombre o **55 años de edad si es mujer** y,
- ii)* **20 años de servicios** con aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados como servidor público y trabajador del sector privado.

En cuanto al requisito de la edad, de acuerdo con el acápite de hechos probados de esta providencia, la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA nació el 1 de febrero de 1956, es decir que **cumplió la edad de 55 años** el 1 de febrero de 2011, fecha en que adquirió el status pensional, razón por la cual cumple el primero de los requisitos para obtener el derecho pensional.

A su turno, en lo que tiene que ver con el cumplimiento del requisito del tiempo de servicios se encuentra probado que en el marco de las relaciones laborales de la demandante en el sector privado como en las vinculaciones legales y reglamentarias, acumuló un tiempo de servicios de **más de 20 años de servicios entre** el sector público y privado.

En tal sentido, se encuentra acreditado que la señora RITA MARIA LEÓN DE MEJÍA igualmente cumple con el requisito del tiempo de servicios de 20 años previsto en la Ley 71 de 1988, los cuales había cumplido con anterioridad al cumplimiento de la edad.

Ahora bien, en cuanto a la fecha de efectividad de la mesada pensional, el artículo segundo del Decreto 2709 de 1994, condiciona su reconocimiento al retiro efectivo del servicio del trabajador; en efecto indica la norma:

“Artículo 2º.- Efectividad y pago de la pensión de jubilación por aportes. La pensión de jubilación por aportes, para los servidores públicos **se hará efectiva una vez se retiran del servicio.** Para los demás trabajadores, se requiere la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, **salvo las excepciones previstas en la ley**”. (Destacado por la Sala)

Dicha norma reglamentaria debe ser concordada con lo señalado en el artículo 8 de la Ley 71 de 1988 que dispone:

“Artículo 8.- Las pensiones de jubilación, invalidez y vejez una vez reconocidos, **se hacen efectivas y deben pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión**”. (Destacado por la Sala)



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

En tal virtud, por disposición legal, la pensión debe hacerse efectiva a partir del retiro del servicio del trabajador, salvo que este requisito no sea necesario para gozar de la pensión.

Así las cosas, en el presente caso se encuentra acreditado que la señora RITA MARIA LEÓN DE MEJÍA se retiró del servicio a partir del **1 de diciembre de 2014**¹⁵, razón por la cual en aplicación del artículo 2 de Decreto 2709 de 1994, el derecho pensional se hace efectivo a partir del 2 de diciembre de 2014.

➤ **De la liquidación pensional en el caso concreto**

En lo que tiene que ver con la liquidación de la pensión, de conformidad con lo expuesto en acápite anterior, si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que éste, sólo contempla respecto a la norma anterior, la aplicación de la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, ya que el legislador no incluyó la fórmula de calcular el IBL, ni la inclusión de la totalidad de los factores salariales.

Luego entonces, el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de la demandante, que en derecho corresponde, debe establecerse únicamente sobre los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Lo anterior conforme a la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional y por el máximo órgano de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según la cual a los beneficiarios del régimen de transición les continúan siendo aplicables para la pensión, los aspectos relacionados con la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto (que corresponde al porcentaje) del régimen anterior al que pertenecen. No obstante, **el Ingreso Base de Liquidación corresponde al contemplado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, considerándose que los factores salariales, no son parte del monto, sino de la base de liquidación, que se gobiernan por la normativa actual, esto es el Decreto No. 1158 de 1994.**

En tal sentido como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, (1 de abril de 1994) a la señora RITA MARIA LEÓN DE MEJÍA le faltaban más de 10 años para pensionarse, en tanto para dicha fecha

¹⁵ Ver folio 33 Decreto 731 de 20/08/2014 acepta renuncia



Demandante: Rita María León de Mejía

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-

Expediente: 152383333001201600160-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

contaba con 38 años de edad, de acuerdo con las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018**, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

En las anteriores condiciones, no habría lugar a acceder a la pretensión de reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en los términos solicitados en la demanda, pues el Ingreso Base de Liquidación de su pensión, que en derecho corresponde, debe establecerse de acuerdo con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, en el monto indicado en el régimen anterior, y únicamente sobre los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales realizó cotizaciones.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto es claro que la señora RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA tiene derecho a que su pensión de jubilación le sea reconocida, de conformidad con los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de remplazo) previstos en la Ley 71 de 1988, esto es, 55 años de edad, 20 años de servicios cotizados entre el sector público y privado y aplicando como tasa de remplazo 75%, sin embargo en lo que tiene que ver con el Ingreso Base de Liquidación tal como lo previó la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado, la cual también resulta aplicable al régimen contenido en la Ley 71 de 1988, corresponde al consagrado en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, considerándose que los factores salariales, no son parte del monto, sino de la base de liquidación, que se gobiernan por la normativa actual, esto es, el Decreto No. 1158 de 1994.

En otras palabras, el IBL corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados y sobre los cuales efectuó cotizaciones durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo únicamente los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales realizó cotizaciones

Lo anterior teniendo en cuenta que, además de ser la Ley 71 de 1988 la norma aplicable al caso particular, le resulta más favorable a la



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

demandante en tanto la tasa de remplazo correspondiente a la liquidación con el régimen de esta norma equivale al 75% y la que se le fue aplicada en la resolución de reconocimiento fue equivalente al 66% en aplicación del artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

➤ **Del reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14.**

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de la mesada 14 solicitada por la parte demandante, advierte la Sala que no hay lugar a ordenar su reconocimiento con fundamento en las siguientes razones:

El numeral 2 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, prevé que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter particular, deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorio.

“(…) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:
(…)

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.”

Si bien es cierto, el cierto el artículo 161.2 del CPACA se refiere a una de las etapas del procedimiento administrativo, esto es, a la interposición de los recursos, también es cierto que a partir de la misma y con base en el denominado “privilegio de la decisión previa”, es necesario que el administrado obtenga el pronunciamiento de la administración, respecto de los derechos que pretende reclamar ante la jurisdicción, como quiera que *“la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por*



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

el administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez”¹⁶.

Así entonces, la decisión previa se trata de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta jurisdicción, el cual, lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la Administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevado a juicio y que como tal genera la confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser sorprendida ¹⁷.

Del mismo modo, el agotamiento de este requisito no solo comprende el ejercicio del recurso que, frente a la decisión adoptada por la administración sean procedentes u obligatorios, sino que también se hace necesario que la persona que acude a ella, exprese con total claridad el objeto de su reclamación, pues lo que se pretende es evitar es que, con posterioridad se inicien procesos respecto de situaciones o circunstancias que no hubieren sido planteadas ante la administración previamente.

En el presente caso, obra en el expediente formulario (preforma) de solicitud de reconocimiento pensional de jubilación radicado en la Secretaría de Educación del Municipio de Duitama (fl. 12)

La solicitud de reconocimiento pensional fue resuelta mediante la Resolución No. 064 del 26 de enero de 2015 -demandada-, en la que solamente se ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en las leyes **100 de 1993** y **812 de 2003**, equivalente a suma de \$700.023.

Así mismo, tal como se lee en las pretensiones de la demanda, la parte actora solicitó, entre otras:

(...)“Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 064 de enero 26 de 2015, por medio de la cual se ordenó reconocer y pagar a RITA MARÍA LEÓN DE MEJÍA (...) una pensión de vejez (ley 100/93), equivalente a la suma de SETECIENTOS MIL VEINTRES (\$700.023) efectiva a partir del 2 de diciembre de 2014, por sus servicios prestados como docente de vinculación MUNICIPAL – SITUADO FISCAL. Puesto que, aunque

¹⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B sentencia del 9 de junio de 2005 Exp 2270 -04

¹⁷ Ver entre otras sentencias; del 15 de julio de 2010 Exp 0426 de 2009 MP Víctor Hernando Alvarado Ardila y del 18 de noviembre de 2010 Exp 2292 de 2008 MP Víctor Hernando Alvarado Ardila



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

reconoce la pensión de vejez de mi mandante no lo hace bajo los parámetros del régimen de transición.”

En las anteriores condiciones, tomando en consideración los preceptos normativos y jurisprudenciales citados en precedencia, se reitera que uno de los requisitos de procedibilidad para poder acceder a la jurisdicción de lo contencioso Administrativo, es que previo a la presentación del medio de control, la entidad accionada hubiera tenido la posibilidad de pronunciarse respecto de las pretensiones que elevan a la vía judicial, requisito de procedibilidad que, de la documental que reposa en el plenario no se observa cumplido respecto de la solicitud de reconocimiento de la mesada 14, pues la solicitud de la cual se derivó la Resolución No. 064 del 26 de enero de 2015 – parcialmente demandada -, estaba encaminada **únicamente al reconocimiento pensional**, tan es así que tal solicitud prestacional fue realizada en un formulario preforma destinado por el municipio exclusivamente a solicitudes de reconocimientos pensionales.

Aunado a que, de la literalidad de la pretensión de nulidad de la resolución de reconocimiento, se infiere que esta solo se pronunció respecto de reconocimiento pensional.

En ese orden de ideas, la Sala se **declarará inhibida** para pronunciarse respecto de la pretensión relacionada con el reconocimiento de la **mesada 14 por falta del requisito de procedibilidad** de agotamiento del procedimiento administrativo frente a esta petición.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En su lugar, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 064 del 26 de enero de 2015 en **cuanto al régimen aplicado para el reconocimiento pensional** de la señora RITA MARIA LEÓN DE MEJÍA y la nulidad de la Resolución 132 de 16 de abril de 2015, por la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior.

En consecuencia de la anterior declaración y como restablecimiento del derecho, de ordenará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar a la señora RITA MARIA LEÓN DE MEJÍA una pensión de jubilación de conformidad con la **Ley 71 de 1988**



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

esto es, con el 75% del promedio de los salarios sobre los cuales efectuó cotizaciones durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo únicamente los factores previstos en el **Decreto 1158 de 1994** y sobre los cuales realizó cotizaciones y sobre los cuales realizó cotizaciones, a partir del 2 de febrero de 2011, pero con efectos fiscales desde el 2 de diciembre de 2014, día siguiente al retiro del servicio de la demandante.

CONCLUSIONES.

Como corolario de lo expuesto en precedencia, la Sala arriba a las siguientes conclusiones que sustentan la decisión:

- La demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en tanto para el 01 de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad; aunado a que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tenía cotizadas más de 750 semanas.
- La demandante acumuló tiempos de servicios en el sector privado (cotizando al Seguro Social hoy Colpensiones) y bajo vinculación legal y reglamentaria (FOMAG), a efectos de cumplir con el requisito de semanas cotizadas, razón por la cual le es aplicable la Ley 71 de 1988.
- Según la Ley 71 de 1988, para obtener el reconocimiento de la pensión jubilación por aportes se requiere cumplir 55 años de edad (mujer) y 20 años de servicios tanto en el sector público como en el privado. En cuanto a la edad, la demandante cumplió 55 años el 1 de febrero de 2011, fecha en que adquirió el status pensional, toda vez que los 20 años de servicio los había cumplido mucho tiempo antes.
- La pensión de jubilación de la demandante se hará efectiva a partir del retiro del servicio, tal como lo señalan los artículos 8 de la Ley 71 de 1988 y segundo del Decreto 2709 de 1994.
- En lo que tiene que ver con la liquidación de la pensión, la misma corresponde al 75% del promedio de los salarios devengados en los 10 años anteriores al reconocimiento, con la inclusión únicamente de los factores salariales previsto en el Decreto 1158 de 1994.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

- Finalmente, en el presente caso teniendo en cuenta que respecto de la petición de reconocimiento de la mesada 14 no se agotó el requisito de procedibilidad de procedimiento administrativo, la Sala se inhibirá de realizar pronunciamiento alguno al respecto.

6. COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, no habrá lugar a su imposición por cuanto en el presente caso no se cumple con ninguno de los presupuestos previstos en el artículo 365 del CGP. En efecto, en el presente asunto el recurso de apelación propuesto por el apoderado demandante prosperó de manera parcial, disponiéndose revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida el 6 de agosto de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Duitama que negó las súplicas de la demanda.

En su lugar, se dispone:

SEGUNDO: SE DECLARA INHIBIDA la Sala para realizar pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión de reconocimiento de la mesada 14 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 064 del 26 de enero de 2015 por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

providencia.

CUARTO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 132 de 16 de abril de 2015, mediante la cual, negó el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución anterior.

QUINTO. A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- reconocer y pagar la pensión de jubilación a la señora RITA MARIA LEÓN DE MEJÍA una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 71 de 1988 esto es, con el 75% del promedio de los salarios sobre los cuales efectuó cotizaciones durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo únicamente los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales realizó cotizaciones, a partir del 2 de febrero de 2011, pero con efectos fiscales desde el 2 de diciembre de 2014, día siguiente al retiro del servicio de la demandante.

SEXTO Condenar a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$\begin{array}{c} \text{Índice Final} \\ R=R_h \text{ -----} \\ \text{Índice Inicial} \end{array}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, 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 ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.



Demandante: Rita María León de Mejía
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-
Expediente: 152383333001201600160-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho - 2ª instancia

SÉPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Magistrado