



**Rama Judicial del Poder Publico  
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.**

Barranquilla D.E.I.P, seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

<b>RADICADO</b>	<b>080013333001-2020-00173-00</b>
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>ANA CRISTINA FONTALVO OROZCO.</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO.</b>
<b>JUEZ (A)</b>	<b>GUILLERMO ALONSO ARÉVALO GAITÁN.</b>

**SENTENCIA ANTICIPADA**

**PENSION POR APORTES – DOCENTE VINCULADO EN VIGENCIA  
DE LA LEY 812 DE 2003**

**I.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Despacho a dictar sentencia anticipada de acuerdo al artículo 182A. de la ley 1437 de 2011 adicionado por el art. 42, Ley 2080 de 2021, dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por Ana Cristina Fontalvo Orozco, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Atlántico, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

**II.- ANTECEDENTES**

**- PRETENSIONES**

Declarar la existencia de un acto ficto configurado, producto de la reclamación administrativa presentada el día 27 de septiembre del 2018, solicitando el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes.

Declarar la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición presentada el día 27 de septiembre del 2018, en cuanto negó el derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente, para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.

Declarar que mi representada, tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso), reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir a partir del día 13 de Febrero del 2018, momento en que cumplió los 55 años de edad y los 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso), a que se me reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado (a), es decir a partir de 13 de febrero del 2018, por haber completado las 1.000 semanas de aportes y los 55 años de edad, sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso), dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A.).

Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso), al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.

Condenar en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.

Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso), la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en la nómina.

Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso) el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Condenar en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso) de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso.

## - HECHOS

1. La docente ANA CRISTINA FONTALVO OROZCO, nació el 13 de febrero del 1963, por lo que en la actualidad tiene más cincuenta y cinco (55) años de edad.

2. Mi representada realizó aportes al antiguo ISS, hoy liquidado, y del cual sus semanas de cotización se encuentran en COLPENSIONES y cuyos aportes como semanas de cotización se encuentran en 812.00 semanas.

3. Una vez surtidos todos los trámites para el nombramiento en propiedad, fue vinculada a la docencia oficial en el año 28 de junio del 2005 y hasta la fecha de presentación de esta respetuosa demanda, se desempeña como docente oficial en esta entidad.

4. Mi representada, bajo la legislación establecida en la ley 812 de 2003, tendría derecho a la pensión de jubilación a la edad de 57 años, exigiéndole 1.300 semanas de cotización, pero SE LE EXIGIA el retiro del cargo de docente oficial, para que la cancelación de la pensión se hiciera efectiva en la nómina de pensionados, circunstancia que no obedece a la legalidad, pues una vez se decreta la nulidad del acto administrativo demandado, DEBE RECONOCERSE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES, EN COMPATIBILIDAD CON EL SALARIO DE DOCENTE OFICIAL.

5. Por medio del acto administrativo demandado, se niega a mi representada (a), la pensión de jubilación por aportes a la edad de 55 años, exigiéndole además 1.300 semanas de cotización, cuando la ley contempla que solo debía exigírsele 1.000 semanas de aportes, sin exigir el retiro definitivo del cargo para gozar de su merecida pensión de jubilación por aportes como lo determina el contenido de la ley 71 de 1988.

6. Al considerar que la decisión adoptada por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) - Vinculado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL (por tener interés en las resultas del proceso) por medio del acto administrativo demandado, no se ajusta a las disposiciones en que debería haberse fundado y además carente de toda coherencia legal, de la manera más respetuosa me dirijo a este despacho judicial, para que en ejercicio de su facultad, juzgue si la actuación de la entidad demandada se ajusta a derecho o si por el contrario el estudio de la ley, en concordancia con las pruebas allegadas a la actuación administrativa, ahora anexas al libelo contentivo de esta demanda, demuestran que su condición individual y personal de docente, lo hace beneficiario de la pensión por aportes a los 55 años de edad, en compatibilidad de la percepción de la docencia oficial.

7. Para determinar la legitimación por pasiva en sentencia del 21 de noviembre de 1996, Consejero Ponente: Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA, se reiteró:

“ .... Sobre el particular es necesario anotar que la demanda fue correctamente instaurada contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional -, resultando superflua la citación de algún otro ente. Además, como bien claro quedó, la función pagadora en lo atinente a las prestaciones sociales (causadas a partir de la ley 91 de 1989) del personal nacional y nacionalizado le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a la Previsora”.

8. Si se observa su actividad como docente oficial, posee más de 1.000 semanas de cotización a la docencia, más de 55 años de edad y fueron realizados sus aportes antes de 23 de junio de 2003, lo que le otorga derecho a la pensión de jubilación por aportes, de conformidad con la ley 812 de 2003 y la ley 71 de 1988, en compatibilidad con el salario por pertenecer al régimen anterior en cuanto a su pensión de jubilación, al momento de completar su status pensional. (1.000 semanas de aportes y 55 años edad)

#### **- NORMAS VIOLADAS**

- Ley 71 de 1988 Artículo 7.
- Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2.
- Ley 60 de 1993. Artículo 6.
- Ley 115 de 1993. Artículo 115.
- Ley 100 de 1993. Artículo 279.
- Ley 812 de 2003. Artículo 81.
- Decreto 3752 de 2003. Art. 1 y 2.

#### **- CONCEPTO DE LA VIOLACION.**

El artículo 17 Inciso b) de la Ley 6ª de 1945, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo, estableció que los empleados y obreros nacionales tendrían:

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

Los docentes, como se puede observar, y los demás servidores del estado, por medio de la Ley 6ª del 19 de febrero de 1945, que fue la primera disposición normativa que estableció para todos los empleados públicos el derecho a gozar de la pensión ordinaria de jubilación por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, fueron beneficiados de esta prestación, una vez completaban los requisitos establecidos en la norma.

Posteriormente el artículo 1º inciso 2º de la Ley 33 de 1985, contempló:

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

El derecho a gozar de la pensión a los cincuenta (50) años de edad, en aplicación de la excepción consagrada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, quedaba únicamente para los docentes que tuvieran más de 15 años de tiempo de servicio al 29 de enero de 1985, circunstancia que no reviste ninguna controversia por haberse disipado en el tiempo la ocurrencia de circunstancias de trabajadores en estas condiciones.

Posteriormente fue expedido el artículo 7 de la ley 71 de 1988, que permitió a los funcionarios públicos, en este caso mi representada como docente oficial, ACREDITAR VEINTE (20) AÑOS DE APORTES SUFRADOS EN CUALQUIER TIEMPO EN EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y al SECTOR PUBLICO, de la siguiente manera:

A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación

siempre que cumplan cincuenta y cinco (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Antes de 1988, no se podían computar los aportes al antiguo ISS (hoy Colpensiones), con los aportes al sector público, de tal forma que solo completando los requisitos de 20 años de servicio en el sector público o las 1.000 semanas de cotización al ISS laborando en el sector privado, DE MANERA AUTONOMA EN CADA UNO DE ESTOS REGIMENES, era posible acceder a una pensión de jubilación o a pensión por aportes una aportes.

Esta situación, solucionó una problemática que se había evidenciado muchos años atrás, en cuanto muchos empleados públicos y privados con un número importante de semanas aportadas y de un tiempo muy avanzado en el sector público, no cumplían requisitos ni en sector, ni en el otro, de tal manera que computar estos tiempos de servicio, resultó siendo una solución de orden legal, sin antecedentes en el tema de pensiones de jubilación de los empleados públicos y privados.

Este avance de orden jurídico le permitió a muchos trabajadores en el sector privado y/o oficial, completar los requisitos para obtener lo que en adelante se denominó PENSION POR APORTES, con la única consecuencia, en cuanto a los varones, que les aumentó la edad en la la pensión por aportes a los 55 años de edad.

En el sector docente estatal, fue ratificada esta condición, en el numeral 1° inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, cuyo mandato reza:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente Nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones.

“Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los servidores públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en la ley” (Subraya fuera de texto).

Es decir, los docentes que se vinculen después de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, ambas, se regirán por las disposiciones legales para los servidores públicos del orden nacional, enumerando algunas, pero dejando claro, que si eran expedidas normas para empleados públicos del orden nacional en el futuro, estas también serían aplicables a los docentes, situación en la que quedaban los docentes que realizaron o que pudieran realizar aportes al ISS, completando los años de cotización (semanas), en el sector publico oficial.

Esto permite concluir que para los servidores públicos docentes vinculadas después de 1990, SE UNIFICIO EL REGIMEN DE PRESTACIONES ECONOMICAS Y SOCIALES, con el resto de empleados públicos del orden nacional, aplicando así mismo todas aquellas disposiciones aplicables a los empleados públicos de esta denominación, completando, de ser necesario las semanas exigidas en el antiguo ISS, como lo estableció el artículo 7 de la ley 71 de 1988.

En el tema de pensiones entonces, hasta el año de 1989, solo se expidieron tres (3) disposiciones normativas que atañen a la pensión de jubilación por aportes para los docentes, esto es, la ley 71 de 1988 y la 91 de 1989.

ARTICULO 81 DE LA LEY 812 DE 2003.

Posteriormente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció:

“(…) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculadas al servicio público educativo oficial, es el

establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.”

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

En este sentido, los docentes vinculadas con anterioridad al año 2003, se le aplican las normas anteriores a la expedición de la Ley 812, es decir la Ley 71 de 1988 como trabajadores privados, o prestando el servicio público o privado con aportes al antiguo ISS, pues si trataba de proteger a los docentes que con alguna edad se vinculaban al sector público después del 26 de junio de 2003, y que lograban acreditar trabajo antes de menciona fecha, **TODAS LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA PRESENTE**, le son aplicables.

De tal manera, que el acto administrativo demandado desconoce el contenido las normas transitorias que en el presente asunto, le resultan aplicables a mi mandante, pues si bien es cierto no contempló todas las posibilidades que pueden presentarse en la actividad laboral, si queda claro que los docentes que logren acreditar requisitos de disposiciones aplicables al sector público, por haber realizado aportes antes del 26 de junio de 2003, se encuentran en las disposiciones vigentes aplicables antes de la entrada en vigencia del artículo 81 de ley 71 de 1988.

Es claro que si el docente se encontraba laborando como docente con anterioridad al 26 de junio del año 2003, estuviera aportando a alguna de previsión del sector público o al ISS, es preciso indicar que debe respetársele el régimen de transición que contiene el art. 81 de ley 812 de 2003.

En este orden de ideas, dicho de otra forma, es de precisar que los servidores públicos docentes vinculadas hasta el 26 de junio de 2003, el reconocimiento se efectuará de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, en este caso el respeto por los aportes realizados al ISS, donde la permanencia en esta entidad, **RESPETA EL REGIMEN DE TRANSICION** establecido en la ley 71 de 1988.

El H. Consejo de Estado, en providencia del 22 de noviembre de 2007, sala de Consulta y Servicio Civil, teniendo como Consejero Ponente al Dr. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA, radicación 1.857 contempló en este sentido así:

“... - La Ley 812 del 2003. Aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”<sup>12</sup>. Dice la norma, en sus dos primeros incisos referentes al régimen pensional de los docentes oficiales:

“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculadas al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. / Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.”

Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137. – La Ley 1151 del 2007. Expedió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”<sup>14</sup>; su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones

de la Ley 812, entre las cuales se encuentra precisamente el artículo 81, que se ha transcrito.

Las disposiciones legales comentadas, permiten concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se determina partiendo de la fecha de vinculación de cada docente al servicio educativo estatal, así:

“... a) Si la vinculación es anterior al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas vigentes a la fecha en mención, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicable del docente en particular;

b) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio del 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 del 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años”.

Al estar demostrado que mi representada se encontraba vinculada antes del 23 de junio de 2003, INCLUSO APORTANDO AL ANTIGUO ISS, NO PUEDE EL FONPREMAG, desconocer el derecho de sus aportes realizados antes del 26 de junio de 2006, hacen parte del régimen de transición a que tiene derecho mi representad por ser docente del orden nacional, como aparece demostrado en las certificaciones anexas al presente proceso.

La ley 812 de 2003, estableció un REGIMEN DE TRANSICION para aquellos docentes que ya tenían cierta edad al momento de entrada en vigencia de mencionada disposición, o tenían alguna experiencia laboral y luego fueron vinculadas después del 23 de junio de 2003, pero respetando las normas anteriores por haber laborado con el sector público o haber efectuado aportes a la pensión en el ISS, conforme lo protegía la ley anterior en su momento.

Señor juez, al momento en que fue expedida la ley 812 de 2003, coincidió con una reforma al régimen salarial (estatuto docente decreto 1278 de 2002) y se quedó pensando el Fondo Prestacional del Magisterio, QUE TODO DOCENTE DEL REGIMEN DEL 1278 DE 2002, se le aplica la ley 100 de 1993, cuando este tema no es absoluto. Esta clase de docentes del nuevo escalafón, podían haber sido:

1. Docentes que trabajaron antes del año 2003 y que habían renunciado a la docencia oficial y se habían dedicado a alguna actividad que les resultó fallida y tuvieron que volver al sector docente oficial vinculada con un nuevo decreto salarial, que nada tiene que ver con el régimen PRESTACIONAL (pensional).

2. Señor juez, puede tratarse se docentes que fueron vinculadas en forma provisional antes del año 2003 y que en algún momento no les renovaron los nombramientos provisionales y se quedaron sin trabajo. También puede acontecer que este docente pudo haber sido nombrado como docente por HORA CATEDRA y solo realizó aportes durante un tiempo, pero luego regreso al año al magisterio.

3. Puede tratarse de un docente, que ejerció alguna actividad en el sector público diferente a la docencia, como, por ejemplo, haber trabajado en la DIAN, en la POLICIA, EN LA CONTRALORIA, EN LA RAMA JUDICIAL, EN EL AGUSTIN CODAZZI, EN UNA UNIVERSIDAD PUBLICA, EN UN DISTRITO O ALCALDIA, etc. y se le aplica la ley 33 de 1995, dentro de la normatividad anterior como lo contempla la ley 812 de 2003.

4. ASÍ MISMO podría tratarse del docente haber laborado en actividades como docente vinculada bajo la modalidad de CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS O POR ORDENES DE PRESTACION DE SERVICIOS, donde nunca les pagaron prestaciones o les realizaron aportes para pensión, y luego acredita la reclamación judicial de este tiempo de servicio para que sea tenido en cuenta para efectos pensionales.

5. Haber aportado al ISS, estando en espera del cumplimiento del requisito de laborar en el sector público, así COMPUTAR tiempo de servicio oficial con el privado antes del 23 de junio del año 2003, y solicitar la pensión por aportes, establecida en el artículo 7 de la ley 71 de 1988, por tener una vinculación antes de la entrada en vigencia del artículo 81 de la ley 812 de 2003.

Con la pensión de gracia aconteció algo similar, pues CAJANAL negaba la pensión, al docente que aunque hubiere trabajado antes de 1980, no estaba vinculada el 1 de enero de 1980, pues consideraba que estar vinculada, significaba que el 1 de enero de 1980, debía estar laborando, situación que acontece de manera similar en el caso de mi representada (a), pero el H. Consejo de Estado en la sentencia del 26 de febrero de 2006, Rad. No. 25000-23-25-000-2002-528-01(3710-05), teniendo como M.P. al Dr. TARCISIO CACERES. ACTORA: Nieves Luna de Mosquera, ha precisado que, en los casos en donde el educador ha prestado sus servicios como docente antes del 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad a esa fecha, estos tiempos son acumulables, así:

“(…)En casos anteriores, en los cuales los demandantes han prestado sus servicios docentes antes del 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad a esa fecha, esta Sección ha expresado que la falta de continuidad en la vinculación no es óbice para reconocer la pensión gracia, porque lo que interesa es que el docente haya tenido una experiencia laboral territorial anterior, sin importar que en ese preciso momento no estuviere trabajando.

“(…) En ese sentido, se recuerda, entre otras, la Sentencia de Sep. 20/01 de la Sección 2a de esta Corporación dictada en el Exp. No. 00095-01 del M. P. Alejandro Ordoñez Maldonado, que dice: Para la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 – diciembre 29- el señor HECTOR BAENA ZAPATA ya había prestado sus servicios como docente nacionalizado, durante algo más de 15 años, y para 1980, por más de 6 años, circunstancia que en sentir de la Sala, le permite acceder a la pensión gracia, pues la expresión “...docentes vinculadas hasta el 31 de diciembre de 1980”, contemplada en la norma antes transcrita, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculada, toda vez que lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional como lo estimó el Tribunal. (...)”

En efecto, esta Honorable Corporación, ha sostenido que de conformidad con lo previsto en el Art. 15 de la Ley 91/89, la pensión gracia dejó de ser un derecho para aquellos educadores territoriales o nacionalizados, que por primera vez se hayan vinculada a la administración a partir de enero 91/81; pero aquellos educadores territoriales o nacionalizados que hubiesen tenido una experiencia docente apta para acceder a la pensión gracia, laborada con anterioridad a la precitada fecha, no se le puede desconocer, y en consecuencia, si a Dic. 31/80 no se encontraba vinculada como docente al servicio de la administración, pero tenía una experiencia anterior, se le puede adicionar al prestado con e le puede adicionar al prestado con anterioridad (sic) a 1981”.

Es que la expresión: “(…)”

El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculadas al servicio público educativo oficial, ” se refiere precisamente a que aquellos vinculadas con anterioridad a mencionada fecha, independientemente de si continuó o no laborando con la educación oficial, al momento de entrar en vigencia la LEY 812 DE 2003. En este orden de ideas, sería casi como admitir que aquella persona que ha adquirido el derecho con anterioridad a esa fecha y ya se encuentra retirada, Y NO HA PODIDO O QUERIDO SOLICITAR LA PENSION, no tendría derecho a la pensión por no haber quedado inserto en el proceso de estar vinculada en esta fecha”.

Mi defendida se encuentra vinculada con anterioridad al 23 de junio de 2003, realizando aportes al antiguo ISS y a partir de ese momento se entiende como vinculada para los efectos del cumplimiento al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, pues el artículo 7 de la ley 71 de 1988, es aplicable a todos los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público.

No hay que olvidar que la expresión vinculada, desarrollada expresamente en la norma, se refiere como lo contemplo el Honorable Consejo de estado, a estar laborando o haber realizado aportes al ISS, como normatividad aplicable a los servidores públicos del estado, antes del 23 de junio de 2003.

En este sentido, el acto administrativo es vulneratorio de las disposiciones legales en que debería haberse fundado, y por lo tanto le solicito desde ahora su declaratoria de nulidad y que se acceda a las suplicas de la demanda, por tratarse de una grave injusticia interpretada por la entidad demandada, teniendo en cuenta que la intención del legislador fue proteger los derechos de las personas que han laborado como mi representada antes del 2003, que estaban vinculadas a la docencia oficial y que ha sido clarificada por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa de manera amplia y concreta.

Reconocer la pensión de jubilación, en aplicación de la ley 100 de 1993 a mi mandante (como se realizó en el acto administrativo demandado), es vulnerar de manera directa las disposiciones establecidas en la normatividad docente y en especial el contenido de la ley 812 de 2003, que permite haber laborado antes del año 2003, para acogerse a las prerrogativas establecidas en la ley 71 de 1988, norma anterior aplicable aplicable para los docentes que demuestran actividad laboral, realizando aportes al antiguo ISS, antes del 26 de junio de 2003.

Ahora bien, así se hubiera MI REPRESENTADA VINCULADO DESPUES DEL AÑO 2003, se le aplicaría el Decreto 2278 DE 2002, en cuanto a escalafón Docente y no el Decreto 2277 de 1979, pero esta circunstancia no tiene nada que ver con el régimen pensional de la ley 812 de 2003, de los docentes que REALIZARON APORTES AL ISS y estaban esperando su vinculación al sector público para completar los 20 años de aportes que exige el artículo 7 de la ley 71 de 1988 efectuados antes del 26 de junio del año 2003, a quienes se les debe respetar el régimen anterior de esta disposición normativa.

Para que no exista duda del derecho, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de marzo de 2017, expediente: 25- 000-23-42-000-2012-00275-01, N° Interno: 1078-2014, Sentencia O-026-2017, para que ratificar el derecho de mi representada, estableció:

“ ..... Régimen pensional aplicable a los docentes

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el párrafo transitorio 1. ° del Acto Legislativo 001 de 2005, que señala:

«[...] Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculadas al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculada o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]».

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, pues su vinculación se efectuó el 20 de febrero de 1989 (folio 3), se colige que rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional.

Sin perjuicio de lo anterior, toda vez que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado<sup>2</sup> que el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, las prerrogativas que regulan las pensiones de invalidez y jubilación en el presente asunto se encuentran señaladas por la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

En conclusión: En razón a que la demandante ingresó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen para reconocimiento pensional es el previsto en la Ley 33 de 1985 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969”.

En estas condiciones el presente proceso, no solo se encuentra respaldado en la ley, sino que para fortuna del mismo, se encuentra respaldado por el H. Consejo de estado, que determinó como debe definirse la situación de mi representada, pues si bien es cierto no estuvo vinculada como docente oficial, antes del 23 de junio de 2003, sin QUE LE SEA NECESARIO ACREDITAR QUE A ESTA FECHA, se encontraba laborando, pues esta exigencia no es la requerida en la norma, sino poseer aportes antes del 26 de junio de 2003, al antiguo ISS.

El H. Consejo de Estado, teniendo como Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, el dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00285-01(2806- 15), al respecto de cómo se definió un caso similar al presente asunto, contempló:

“ ..... La entidad demandada señala en el recurso de apelación que es improcedente el reconocimiento de la pensión gracia, como quiera que no se allegaron al expediente copia de los actos administrativos de nombramiento y de posesión, que demuestran de manera fehaciente la naturaleza del vínculo docente de la señora Nancy Esther Santamaría Sarmiento con el Departamento del Cesar y la Alcaldía de Barranquilla.

Sobre el particular, es pertinente señalar que esta corporación en la sentencia del 10 de marzo de 2016, expediente 2604-14 Consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández, abordó el tema relacionado con los medios de prueba a través de los cuales los docentes pretenden acreditar el tiempo de servicio exigido por la Ley 114 de 1913 para efectos del reconocimiento de una pensión gracia de jubilación, en los siguientes términos:

Debe precisarse que para esta Sala no es de recibo el argumento trazado por el Tribunal Administrativo de Nariño en la sentencia de primera instancia, según el cual para el cómputo del tiempo de servicio docente solo se tendrían en cuenta los tiempos demostrados por medio de actos administrativos de nombramiento, actas de posesión e historial laboral, descartando de plano documentos como (i) las copias de las certificaciones del record de trabajo del demandante expedidos por los diferentes Alcaldes Municipales de El Tablón, Nariño; y (ii) la copia del Formato Único para la expedición de Certificado de Historia Laboral de Fidupervisora S.A.

Lo anterior, por cuanto en el caso sub judice no es aplicable lo consagrado en el artículo 7 de la Ley 50 de 1886[7], pues dicho precepto expedido en vigencia del antiguo sistema de tarifa legal para la valoración de la prueba, resulta contrario al principio in dubio pro operario.

Ahora bien, es por ello entonces que lo que resulta aplicable al caso concreto es lo establecido en el Código General del Proceso, sobre la eficacia probatoria de los

documentos públicos, toda vez que resulta más favorable aplicar esta disposición que aquella, ya que lo consagrado en la Ley 50 de 1886, limita al trabajador a probar determinados hechos (empleos desempeñados) a través de una única prueba, los actos administrativos de nombramiento, a diferencia de los estatutos procesales posteriores que contienen regulación sobre pruebas y permiten la demostración de tales hechos con otros documentos. [...].

Visto lo anterior, estima la Sala que la exigencia planteada por la parte recurrente, referida a la acreditación de los actos de nombramiento y posesión de la señora Santamaria Sarmiento, es propia del antiguo sistema de tarifa legal que, debe decirse, no sólo resulta contrario al principio de libertad probatoria que orienta en el ordenamiento jurídico colombiano, sino también, al in dubio pro operario, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política. [8]

Así las cosas, se define, para el caso en concreto, que los documentos aportados al plenario constituyen medios de prueba idóneos para acreditar que la demandante laboró como docente en el Departamento del Cesar, entre el 26 de febrero de 1975 y el 1 de marzo de 1979; y en la Alcaldía de Barranquilla, entre el 15 de septiembre de 1992 y el 31 de enero de 1996; y del 11 de marzo de 1997 hasta el 7 de junio de 2012, para un total de 22 años, 7 meses y 18 días de servicio.

En efecto, las certificaciones fueron expedidas por autoridades competentes y contienen los datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión gracia tales como el cargo desempeñado, clase de plantel y el nivel de educación del respectivo centro educativo.

Conforme lo anterior, en el presente caso, se encuentra que los certificados aportados al plenario visibles a folios 4 a 14 expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Secretaría de Educación del Cesar y la Alcaldía de Barranquilla, demuestran que la señora Nancy Esther Santamaría Sarmiento reunió los requisitos para ser beneficiaria de la pensión gracia en razón a que acreditó:

i) 20 años de servicio como docente en planteles nacionalizados y distritales. Se vinculó como docente en la Escuela Rural Mixta del Corregimiento de Pueblo Bello (Cesar) entre el 26 de febrero de 1975 y el 31 de julio de 1980; en la Escuela No. 46 mixta de Barranquilla entre el 15 de septiembre de 1992 y el 31 de enero de 1996; y en el Centro de Educación Básica 120 entre el 11 de marzo de 1997 y el 7 de junio de 2012.

ii) Cumplió 50 años de edad el 11 de noviembre de 2004.

iii) Desempeñó su labor docente con honradez, consagración y buena conducta, teniendo en cuenta que la entidad demandada no alegó que la docente hubiere incurrido en alguna causal de mala conducta e ineficiencia profesional en la actividad docente ni que percibiera otra asignación incompatible con la pensión reclamada.

Por último, es preciso señalar que la vinculación temporal de la actora entre el 15 de septiembre de 1992 y el 31 de enero de 1996, es plenamente válida para efectos de acreditar parte de los 20 años de servicio requeridos por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 para el reconocimiento de una pensión gracia de jubilación, por las siguientes razones:

Las Leyes 114 de 1913 y 116 de 1928 concibieron la prestación gracia de jubilación como una dádiva o recompensa a favor de quienes ejercieran la actividad docente en el nivel territorial, razón por la cual, y conforme lo disponen las normas en cita y la jurisprudencia de esta Corporación, la única exigencia válida para efectos de reconocer la prestación pensional en cita es haber acreditado 20 años al servicio de

la docencia oficial sin importar la modalidad de la vinculación, siempre que esta responda a cualquiera de las previstas en la ley.

En efecto, si bien el ordenamiento jurídico no define expresamente la naturaleza temporal, como una forma de proveer cargos docentes, dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos. Lo anterior, en todo caso, constituye una forma de vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, esto es, a través de la toma de posesión de un cargo docente dando tal y como ocurrió en el caso de la demandante.

Así las cosas, estima la Sala que ante la ausencia temporal del titular de un empleo docente, esto, con ocasión de cualquiera de las situaciones administrativas previstas en la ley, entre ellas, la licencia, comisión o vacaciones, la administración cuenta con la posibilidad de proveer dicho empleo en forma transitoria, a través de un nombramiento con tal naturaleza con el fin de evitar cualquier tipo de traumatismo en la prestación normal del servicio educativo oficial”.

En este sentido, si bien es cierto el anterior asunto data de una pensión de gracia, es una situación similar a la que acontece con mi representada (a), pues en el caso en estudio, el Consejo de Estado, explica muy bien que no era necesario estar laborando al 31 de diciembre de 1980 para tener derecho a la pensión de gracia, sino acreditar tiempo de servicio con anterioridad de carácter territorial, igual como acontece en lo demostrado en libelo que contiene esta demanda, para determinar que mi mandante, si acredita el tiempo de servicio antes del año 2003, que sumado al tiempo laborado con posterioridad a al 26 de junio del mismo año, completa los 20 años de APORTES, así poder acreditar que: “ ... El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculadas al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”, lo que le otorga la necesidad que en su pensión DE JUBILACION POR APORTES, se le apliquen las normas anteriores y así tener derecho a la pensión conforme a la normatividad anterior aplicable, conforme fue solicitado en la parte petitoria de esta respetuosa demanda.

En este asunto, mi representada al momento en que le fue negada su pensión de jubilación a los 55 años edad, no le fue respetado el régimen de transición que trajo consigo la ley 812 de 2003, pues se encontraba vinculada al sector docente, mucho antes que comenzara a surtir los efectos esta disposición normativa.

Señor juez, otra cosa es que hubiese aportado a FONDOS PRIVADOS DE PENSIONES, donde el inciso 4 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece que pierde el régimen de transición, lo que conllevaría que bajo ninguna razón mi mandante pudiera solicitar la pensión de jubilación con la normatividad anterior, no solo es situación debe evaluarse ante la legalidad, sino que es un aprovechamiento directo de las normas indebidamente interpretadas para el beneficio de la entidad demandada, sin que además pueda disfrutar de su pensión de jubilación por aportes, al exigirle además su retiro del servicio oficial, para disfrutar de su pensión de jubilación, cuando debía realizarse aplicación del régimen anterior y ordenársele su reconocimiento desde los 55 años de edad, en compatibilidad con el salario.

Señor juez, se trata de un docente que logra acreditar aportes de jubilación antes del 26 de junio de 2003 al antiguo ISS, de tal manera que siendo un docente del orden nacional, su situación pensional debe resolverse no conforme a lo establecido en la ley 100 de 1993, sino conforme a las disposiciones legales que le resultan aplicables a quien desea utilizar aportes realizados antes de mencionada fecha y hoy resulta ser docente.

La transición para el presente asunto, no solo se aplica para un docente que aportaba como servidor público antes del 26 de junio de 2003, sino para aquellas personas que siendo hoy

docente, logran acreditar la aplicación de normas anteriores al año 2003, por pertenecer a un grupo de empleados, que siempre tuvieron la firme convicción de poder completar los aportes privados realizados al ISS, con los realizados al sector público, conforme a las previsiones de la ley 71 de 1988.

Es la mínima protección a los docentes que realizaron su actividad en colegios privados, en actividades conexas con la educación, pero que no habían sido tenidos en cuenta en la docencia oficial y que hoy finalmente resultan enganchados como docentes del orden nacional, debe priorizarse su aplicación con las normas anteriores al 26 de junio de 2003, respetándoles el régimen de transición establecido en la normatividad vigente.

Cuando la ley 812 de 2003, estableció que el régimen aplicable para los docentes que se encontraban vinculadas antes del 26 de junio de 2003, al régimen de pensiones del sector público docente, extendió su aplicación a los docentes que lograban acreditar aportes al antiguo SEGURO SOCIAL, por cuanto se trata de una disposición normativa aplicable claramente a los docentes que estuvieran vinculadas o no al 26 de junio de 2003, que tuvieran la necesidad de acreditar semanas de cotización al sector privado en el antiguo ISS.

Si un docente tiene acreditadas semanas de cotización al ISS, seguramente fue porque tuvo una experiencia laboral importante antes del 26 de junio de 2003, siendo la ley 812 de 2003, protectora de un docente del sector oficial del orden nacional como lo exige la norma, que seguramente que por su avanzada edad no podía completar los requisitos para su pensión de jubilación ordinaria, pudiera acreditar tiempos de servicio oficial, junto son los realizados al ISS, para que su pensión pudiera hacerse efectiva con la normatividad anterior, esto es, la ley 71 de 1988, que incluso le mantuvo su edad pensional, y que le permite tener una pensión de jubilación en compatibilidad con el salario, en aplicación del artículo 81 de la ley 812 de 2003.

## - **CONTESTACIÓN**

### **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

Indica el ente ministerial lo siguiente:

**“LA DEMANDANTE NO TIENE DERECHO NI SE ENCUENTRA COBIJADA POR LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 71 DE 1988**

La Ley 71 de 1988 establece disposiciones sobre normas que rigen a las pensiones, que para el caso que nos ocupa introdujo la presente novedad en su artículo séptimo:

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

Es decir que se creó la denominada figura de la pensión por aportes, brindando la oportunidad de acumular tiempos de cotización tanto en el Instituto de Seguros Sociales como en otras cajas de previsión, y una vez cumplidos los requisitos establecidos en la norma, podrían obtener el reconocimiento y pago de dicha prestación económica.

Lo anterior, tiene su fundamento en dar oportunidad de acceder a la pensión, eliminando la barrera de acceso que pudiera ocasionar el traumatismo administrativo derivado de aportar a pensión al ISS y a otra Caja de Previsión,

otorgando el termino de 20 años y cumpliendo el requisito de edad para hombres y mujeres, con 60 y 55 años respectivamente.

Ahora bien, para resumir de manera escueta el asunto a desatar, debe establecerse si la demandante es o no beneficiaria de régimen de transición, de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

“.....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.....”

Es decir, que para que la docente demandante tenga derecho a las disposiciones del régimen de transición, y que pretende ser cobijada por la Ley 71 de 1988 debe tener 35 años para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir el primero de abril de 1994.

En el caso concreto, la docente para dicha fecha, tenía 31 años, por tanto no se encuentra cobijada por el régimen de transición, y su situación pensional debe basarse en lo dispuesto por el régimen de prima media con prestación definida, para la cual la pensión por aportes no le es aplicable.

Recordemos que en la demanda se dice, que se debe acceder a las pretensiones teniendo en cuenta que los aportes se realizaron al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 por lo que sí es beneficiaria de régimen de transición y por ende obtener el derecho a los 55 años de edad.

La realidad es que los 55 años los cumplió en el año 2018, fecha para la cual ya desaparecieron los regímenes de transición, recordando que los mismos fenecieron el 31 de diciembre del año 2014, por tanto es evidente que NO se encuentra cobijada por el régimen de transición, y las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.”

## **DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO.**

El apoderado del ente territorial se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante en contra del Departamento del Atlántico, afirma que el territorial no ha siquiera amenazado y mucho menos violado derechos de rango legal o constitucional a la accionante lo anterior de acuerdo a las razones fácticas y jurídicas.

Propone la falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **- ACTUACION PROCESAL**

La demanda fue presentada de forma electrónica el 05 de octubre de 2020 y fue repartida ese mismo día; mediante auto de fecha 09 de octubre de 2020 fue admitida imprimiéndole el despacho el trámite del proceso ordinario de conformidad con las etapas previstas en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011; se ordenó notificar personalmente a los demandados, Agencia Jurídica para la defensa del Estado, Ministerio Público; a los demás sujetos procesales.

Mediante auto de 27 de mayo de 2021 de conformidad al artículo 182A de la ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la ley 2080 de 2021, se incorporaron las pruebas aportadas al expediente, se prescindió de la etapa probatoria y se fijó el litigio.

Por medio de auto de 12 de julio de 2021 se corrió traslado para alegar a las partes y para presentar concepto al ministerio público.

Lo anterior con el objeto de dictar sentencia anticipada.

## - ALEGACIONES

### PARTE DEMANDANTE.

El apoderado de la parte demandante manifestó lo siguiente:

“(…)

En conclusión, al estar demostrado que mi representado se encontraba vinculado antes del 23 de junio de 2003, INCLUSO APORTANDO AL ANTIGUO ISS, NO PUEDE EL FONPREMAG, desconocer el derecho de sus aportes realizados antes del 26 de junio de 2006, pues hacen parte del régimen de transición a que tiene derecho mi representado por ser docente del orden nacional, como aparece demostrado en las certificaciones anexas al presente proceso.

La ley 812 de 2003, estableció un REGIMEN DE TRANSICION para aquellos docentes que ya tenían cierta edad al momento de entrada en vigencia de mencionada disposición, o tenían alguna experiencia laboral y luego fueron vinculados después del 23 de junio de 2003, pero respetando las normas anteriores por haber laborado con el sector público o haber efectuado aportes a la pensión en el ISS, conforme lo protegía la ley anterior en su momento.

En este sentido, el acto administrativo es vulneratorio de las disposiciones legales en que debería haberse fundado, y por lo tanto le solicito desde ahora su declaratoria de nulidad y que se acceda a las suplicas de la demanda, por tratarse de una grave injusticia interpretada por la entidad demandada, teniendo en cuenta que la intención del legislador fue proteger los derechos de las personas que han laborado como mi representado antes del 2003, que estaban vinculados a la docencia oficial y que ha sido clarificada por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa de manera amplia y concreta.

Reconocer la pensión de jubilación, en aplicación de la ley 100 de 1993 a mi mandante, es vulnerar de manera directa las disposiciones establecidas en la normatividad docente y en especial el contenido de la ley 812 de 2003, que permite haber laborado antes del año 2003, para acogerse a las prerrogativas establecidas en la ley 71 de 1988, norma anterior aplicable para los docentes que demuestran actividad laboral, realizando aportes al antiguo ISS, antes del 26 de junio de 2003.

Bajo los argumentos antes expuesto, ruego su señoría se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda y se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de pensión de Jubilación por aportes, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir a partir del 14 de Febrero de 2018 a mi representado, y se le condene conforme las pretensiones de la demanda.”

## MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG.

No presento alegatos.

## DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO

El apoderado del ente territorial insistió en la falta de legitimación en la causa del ente territorial.

### - CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No compareció a la audiencia.

## III.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, el despacho observa que se han cumplido todas las etapas previstas por el artículo 179 de la misma normatividad, siendo procedente dictar sentencia de fondo.

## IV.- CONSIDERACIONES

### - EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS.

**Se advierte que el demandado Departamento del Atlántico propuso a su favor la falta de legitimación en la causa por pasiva.**

La falta de legitimación en la causa por pasiva y como ya lo ha expresado la jurisprudencia de las secciones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, la misma doctrina procesal, esta no es una excepción, porque se trata de un presupuesto procesal que haría meritoria o no en contra de quien es seleccionado como demandado si así se hallare probado.

Para el caso concreto, se ratifica que la legitimación en la causa, ya sea por activa o por pasiva es la que selecciona quien debe asumir las causas del proceso o quien está legitimado para demandar. La legitimación en la causa por activa identifica al demandante con el sujeto que tiene la facultad para reclamar el derecho subjetivo en litigio y la segunda, es decir, la pasiva identifica al sujeto demandado, con quien tiene el deber legal de responder por ese derecho. Se sabe igualmente que, la legitimación en la causa puede ser de hecho o material, siendo que la primera se desprende de la relación procesal de los sujetos trenzados en la Litis pero la segunda es decir la material, tiene que ver con el fondo del asunto que se plantea y de si el sujeto es el llamado a reclamar el derecho invocado o a responder por el mismo, y en este caso se trata de la legitimación en la causa por pasiva material y es precisamente esta la razón por la cual esta decisión solo puede ser tomada en este momento de dictar sentencia, lo anterior con fundamento en el argumento de autoridad que constituye precedente vertical pacifico del Honorable Consejo de Estado, entre otras la sentencia radicada bajo el numero 2021046 76001-23-31-000-1998-00036-01 29321 en fecha 08 de abril de 2014 con ponencia del Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, la Secretaría de Educación Departamental, interviene en la producción de los actos administrativos **–expresos o presuntos–** relacionados con el FOMAG, pero en cumplimiento de una delegación que impone la Ley 91 de 1989, es decir, que no es una de las delegaciones de que trata la Ley 489 de 1998 que se hacen a través de acto administrativo expreso y escrito sino que esta obra por una delegación por ministerio de la ley, la cual cumple entonces en representación del Ministerio de Educación que es la entidad obligada a pagar las prestaciones sociales a los

docentes a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como su cuenta que es, lo cual implica que efectivamente la - Secretaria Distrital De Educación y el ente territorial, por la sola delegación no se encuentra legitimado materialmente, para responder por los derechos reclamados por la parte actora, en tanto es la nación colombiana como lo ha dicho en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado en la sección segunda, es por intermedio del Ministerio de Educación Nacional el legitimado en la causa material por pasiva en este caso, sin que lo dicho hasta este momento se diga en su totalidad que le niega el derecho a la demandante, pues debe hacerse el estudio de fondo si se decreta o no la nulidad parcial de los actos administrativos acusados.

Es por ello, que el despacho se pronunciará en la parte resolutive, que se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Atlántico por no estar legitimado en la causa materialmente para responder por las eventuales prestaciones que a título de restablecimiento del derecho invoca la actora.

Ahora, de la revisión del acto demandado, se puede observar que pese a que la Secretaria Departamental de Educación, fue la entidad que con su silencio, dio lugar a la configuración de un acto ficto o presunto, fue en cumpliendo a la delegación que impone la Ley 91 de 1989, en representación del Ministerio de Educación, que es la entidad obligada a pagar las prestaciones de los docentes a través del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, lo cual implica que efectivamente el Departamento del Atlántico, por la sola delegación no se encuentra legitimado materialmente para responder por los derechos reclamados por la parte actora, en tanto es el Ministerio de Educación, el legitimado en la causa material por pasiva en este caso.

Para efectos de comprobar la tesis de falta de legitimación defendida por el ente territorial, se trae a colación, la siguiente postura jurisprudencial.

“La Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de la prestación por sobrevivencia, se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones. En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989”.

Basta destacar la más reciente posición del Honorable Consejo de Estado sobre esta misma tónica expuesta por la Sección Segunda en providencia de fecha 8 de febrero de 2016, con ponencia del doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, 1945-2014, dentro de la demanda promovida por la señora MARIA DE JESUS GOMEZ CORONADO en contra de estos mismos demandados y la entidad territorial **MUNICIPIO DE SABANALARGA**, la cual viene siendo aplicada por el despacho para todos los casos iguales, el cual viene radicado bajo el número 2014-1945, providencia donde se trazó la siguiente ratio:

“...es el fondo de prestaciones sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2015, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “las prestaciones sociales que pagarán el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio serán reconocidas por el citado fondo...”

Con todas las razones anteriormente expuestas, resulta suficiente para concluir que existe falta de legitimación en la causa material por pasiva del Departamento del Atlántico, por la cual la declarará probada.

Como quiera que otro de los problemas jurídicos que debe resolverse, es si se decreta la nulidad hoy sujeta por este despacho judicial, es preciso seguir los lineamientos del Consejo de Estado en lo contencioso administrativo.

#### **- PROBLEMA JURIDICO**

En auto de 27 de mayo de 2021 se fijó el litigio en determinar, si se debe declarar o no, la Nulidad parcial del acto administrativo ficto o presunto producto de la petición radicada el 27 de septiembre de 18 y, si se concede el restablecimiento del derecho en los términos pedidos por la parte actora, todo ello teniendo en cuenta los principios de congruencia, justicia rogada y los precedentes del Consejo de Estado.

También deberá determinarse si se declara probadas o no las excepciones propuestas por las demandadas o cualquier que de oficio se encuentre probada.

#### **-. TESIS**

##### **Tesis de la parte demandante**

Argumenta que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de una pensión de jubilación por aportes en compatibilidad con el salario por su actividad de docente oficial, de conformidad con la ley 71 de 1988.

##### **Tesis de la parte demandada- Fomag.**

Afirma que la actora no cumple con las condiciones para acceder al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por lo tanto no tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes.

#### **- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

##### **PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES.**

##### **Postura unificada frente a la liquidación pensional de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.**

La jurisprudencia de la Sección Segunda<sup>1</sup> mediante sentencia del nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), abordó la premisa normativa y jurisprudencial estableciendo los siguientes criterios:

“Con la expedición de la Carta Política de 1991, que implicó un cambio de modelo en la estructura del Estado, tuvo lugar el surgimiento de un nuevo esquema de seguridad social que dio paso a la expedición de la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral en el que se determinaron dos regímenes: el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual, entre los cuales el afiliado podía elegir libremente, y en ambos contempló la posibilidad de que se tomara indistintamente el tiempo laborado o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público, de esta manera, fijó las nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición pensional según el cual, quienes contaran con 15 años de servicios o 40 años de edad para los hombres, y 35 en el caso de las mujeres, quedaban sujetos a dicho régimen de transición y por lo tanto, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00217-01(1861-14) Actor: MARQUESA DEL CARMEN SALGADO FLÓREZ Demandado: MUNICIPIO DE MONTERÍA Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de segunda instancia. Ley 1437 de 2011.

requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía del régimen anterior que les fuera aplicable.

En sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018<sup>2</sup>, la Sala Plena de la Corporación unificó su criterio sobre el IBL de las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, específicamente, fijó dos subreglas referentes (i) al periodo que se debe tener en cuenta para liquidar el IBL de las mismas y (ii) los factores salariales que se deben observar para esos efectos.

Así, dispuso que tratándose de personas que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 les faltare más de 10 años para adquirir el derecho prestacional, el IBL será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, de lo contrario, esto es, si faltare menos de 10 años, el IBL será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior.

De igual forma, precisó que los factores salariales a considerar son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y que se encuentren consagrados expresamente en la Ley.

En tal sentido, se pronunció de la siguiente manera:

“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 fundamento para establecer dicha regla, la Sala expuso:

“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.

86. (...) el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.

(...)

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 de 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

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

mismo artículo 36, inciso 3, 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.”

En cuanto a las subreglas se tiene: La primera, se refiere al periodo para liquidar las pensiones de los servidores públicos que adquieran el derecho conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985 (edad, tiempo y tasa de reemplazo), y se fijó en los siguientes términos:

- 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 hiciera 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, determina «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.» Esta subregla se justifica, así:

“99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.”

Acorde con lo expuesto, el IBL para las personas que se encuentran en el régimen de transición es el previsto en el inciso tercero del artículo 36 o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según corresponda. Estas personas se pensionan con los requisitos de «edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.»

### **3.2. La pensión por aportes. Ley 71 de 1988.**

De conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha de considerarse como referente normativo aplicable a quienes se encuentren amparados por el mismo, no sólo la Ley 33 de 1985, reguladora del régimen pensional general para el sector público, para quienes reclamen la pensión jubilatoria como empleados de dicho sector, sino también la Ley 71 de 1988<sup>3</sup>, que consagró la pensión de jubilación por acumulación de aportes, la cual, concede la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público y en el privado.

---

<sup>3</sup> Ley 71 de 1988 «Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones».

Esta Ley fue reglamentada en principio por el Decreto 1160 de 1989 y después por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que en su artículo 1°, determinó que la pensión a la que la mencionada Ley 71 de 1988 se refería, se denomina pensión de jubilación por aportes y a la misma tenían derecho «[...] quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público»

Por otra parte en sus artículos 6 y 8 estableció el salario base para la liquidación de la pensión y el monto, en los siguientes términos:

«ARTICULO 6o. SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACION DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

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

[...]

ARTICULO 8o. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. 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.»

Posteriormente el artículo 6 transcrito fue derogado por el artículo 24<sup>4</sup> del Decreto 1474 de 1997, sin embargo esa determinación fue anulada por esta Sección a través de sentencia del 15 de mayo de 2014<sup>5</sup>, en la que se expuso lo siguiente:

«Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aun cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional.»

En ese orden de ideas, toda vez que el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, había cobrado vigencia nuevamente a partir de dicha declaratoria de nulidad, la Corporación entendió en su momento<sup>6</sup> que la regla que debía tenerse en cuenta

<sup>4</sup> Artículo 24. Vigencia y derogatorias. Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica los siguientes artículos del Decreto 1748 de 1995: 3º, 9º, 12, 15, 16, 17, 24, 28, 35, 36, 37, 41, 44, 52 y 57 y deroga el numeral 2º del artículo 3º, el artículo 25, el inciso 3º del artículo 29, el literal c) del artículo 36, el inciso 7º del artículo 47, el artículo 51 y el párrafo transitorio del artículo 52 del mismo Decreto 1748 de 1995. Así mismo, modifica el artículo 8º del Decreto 1887 de 1995, y deroga el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 y todas las demás normas que le sean contrarias. (Negrilla fuera del texto).

<sup>5</sup> C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 11001-03-25-000-2011-00620-00 (2427-2011).

<sup>6</sup> Ibídem.

sobre el IBL de las personas beneficiarias de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 con derecho a la pensión por aportes era la dispuesta en esa norma, posición que era concordante con el criterio judicial sostenido a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010<sup>7</sup>, de acuerdo con el cual, el periodo y el ingreso base de liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía ser el 75% de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios.

No obstante, como se indicó en el acápite anterior, la Sala Plena de la Corporación modificó el criterio judicial que se venía sosteniendo en la sentencia del 4 de agosto de 2010, postura que quedó rezagada con el nuevo criterio de unificación fijado en sentencia del 28 de agosto de 2018.

Bajo tal planteamiento, esta Subsección<sup>8</sup>, al resolver una controversia contenciosa con supuestos fácticos y jurídicos similares a la que es objeto de pronunciamiento, sostuvo que el IBL de las personas beneficiarias de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplique la Ley 71 de 1998, será el determinado por la regla y subreglas dispuestas en la sentencia de unificación referida del 28 de agosto de 2018, con sustento en las siguientes razones:

«No obstante, resulta lógico que esta postura, relacionada con el IBL de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 sea recogida, ajustada e interpretada armónicamente, en todo, a lo dispuesto en la referida sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, mediante la cual la Sala Plena de la Corporación concluyó que el ingreso base de liquidación del inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas que se benefician de éste, y que el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que puedan adquirir su pensión con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el ingreso base de liquidación previsto en el mismo artículo 36, inciso 3.º, o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según sea el caso.

La anterior conclusión responde a la interpretación y lectura que dio la Sala Plena al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al establecer que esta disposición normativa contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen de transición puedan adquirir su pensión 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.º, o en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Esta nueva tesis jurisprudencial dictada en sentencia de unificación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011<sup>9</sup> por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se erige en una decisión que cuenta con alto grado de seguridad, certeza y fuerza vinculante, gracias a la función especial y específica que cumple de ordenar y clarificar el precedente aplicable, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2012.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> C.P.: Víctor Hernando Alvarado.

<sup>8</sup> Sección Segunda. Subsección "A". C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 2 de mayo de 2019. Radicación: 250002342000201503216 01 (2240-17. Actor: Olga Polanco Patiño. Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES

<sup>9</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 270. «Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009».

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 25 de julio de 2012. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. En esta providencia con relación a las sentencias de unificación del Consejo de Estado se consideró que: «por su naturaleza se deriva un alto grado de seguridad y certeza. En efecto, es este órgano el definido por la Constitución como máximo tribunal de lo contencioso-administrativo y órgano de cierre del mismo (CP, 237), y como tal, ostenta el mandato de unificación jurisprudencial en su jurisdicción, condición que le imprime fuerza vinculante a determinadas decisiones que profiere. Restantes decisiones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, diferente de las de unificación, no cuentan con el poder vinculante de las anteriores, y para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación "claras, uniformes e identificables", en

Así, el contenido y la regla y subreglas que expuso la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, se caracterizan por su permanencia, identidad, carácter vinculante y obligatorio. En este sentido, cuando la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011<sup>11</sup> declaró la exequibilidad condicionada del artículo 10.º de la Ley 1437 de 2011,<sup>12</sup> ordenó a las autoridades dar aplicación uniforme de las normas a situaciones con los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la mano de las sentencias de unificación jurisprudencial, y entendió que dicho precepto no hizo otra cosa que reconocer a la jurisprudencia de las altas cortes el carácter de fuente formal de derecho con efecto vinculante,<sup>13</sup> pues el acatamiento del precedente judicial constituye no solo el presupuesto fundamental del Estado Social y Constitucional de Derecho sino también el desarrollo de sus fines esenciales dentro de los que se encuentran la garantía de la efectividad de principios y derechos<sup>14</sup>, tales como el de la igualdad<sup>15</sup>, la buena fe<sup>16</sup>, la seguridad jurídica<sup>17</sup> y la garantía de la imparcialidad.<sup>18</sup>»

---

virtud del mandato constitucional aludido. [...] téngase en cuenta que, como bien se ha dicho, estas sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado».

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>12</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 10. «Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas».

<sup>13</sup> En esta sentencia de señaló: «[...] 11. 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.<sup>14</sup> 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»

<sup>14</sup> En la misma providencia se determinó que: «La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución -art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad -art.29 CP; del derecho a la igualdad -art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas -art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política».

<sup>15</sup> La igualdad, consagrada en el artículo 13 superior, que debe entenderse como la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar la igualdad de trato, es decir, que los casos iguales deben ser resueltos en forma semejante a como se solucionaron casos anteriores, salvo que existan motivos razonables para apartarse del precedente

<sup>16</sup> La buena fe, normada por el artículo 83 constitucional, entendida como la confianza legítima en el respeto del acto propio de las autoridades judiciales, a las cuales «[...] les están vedadas [...] actuaciones que desconozcan la máxima latina venire contra factum proprium non valet; desde este punto de vista, el derecho de acceso a la administración de justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia [...]».

<sup>17</sup> La seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos o de coherencia de las decisiones judiciales y «[...] por la necesidad de realizar lo que la doctrina denomina la regla de la universalidad [...]»<sup>18</sup>. Y en cuanto a la universalidad, en la teoría del discurso de Alexy, el fundamento del valor del precedente radica precisamente en dicho principio, denominado Universalisierbarkeitsprinzip, que tiene sus orígenes en el stare decisis, expresión que proviene del latín «stare decisis et non quieta movere» y que lo define así: (X) FX ORX; es decir, una norma según la cual para toda situación similar a F se dará la consecuencia OR. A su turno, para efectos del cambio de precedente, el mismo autor planteó la regla de «la carga de argumentación» nombrada Argumentationslastregel, de acuerdo con la cual, quien quiera apartarse de un precedente está obligado a justificar sus razones, con el fin de garantizar los principios constitucionales fundamentales de igualdad de trato ante las autoridades y seguridad jurídica.

<sup>18</sup> La interdicción de la arbitrariedad y la garantía de la imparcialidad y objetividad, implican que el juez se encuentra motivado a decidir con base en reglas normativas derivadas del precedente, pese a que en un

En ese orden de ideas, el IBL de las personas beneficiarias de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplique Ley 71 de 1998, será el determinado por la regla y subreglas dispuestas en la sentencia de unificación referida del 28 de agosto de 2018, según la cual éste se liquidará en los términos del inciso del artículo 36 o del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1158 de 1994, y no con fundamento en el artículo 6.º del Decreto 2709 de 1994”.

#### **PRUEBAS QUE MILITAN EN EL EXPEDIENTE:**

Es necesario advertir que las pruebas documentales debidamente solicitadas, decretadas y aportadas por las partes en las oportunidades legales correspondientes, (principio de legalidad) estuvieron a disposición de la parte contra la cual se aducen, sin que le merecieran replica alguna, por lo que serán valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas aportadas con la demanda y la contestación:

- Formato de información de requerimiento sistema de atención al ciudadano (SAC) en el cual se referencia la solicitud de pensión de jubilación por aportes de 27 de septiembre de 2018.
- Poder conferido al abogado Yobany López Quintero para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a los 55 años de edad.
- Registro civil de nacimiento de la señora Ana Cristina Fontalvo Orozco.
- Copia de cedula de ciudadanía de la señora Ana Cristina Fontalvo Orozco.
- Copia de formato único para la expedición de certificados de historia laboral.
- Copia de formato único para la expedición de certificado de salarios.
- Copia del decreto por medio de la cual se nombra provisionalmente a la docente actora en la Institución Educativa Escuela Normal Superior de Manatí.
- Copia del Decreto 000301 por medio del cual se nombra en propiedad a la docente actora.
- Certificación de no pensión de fecha 20 de abril de 2018 expedida por la subsecretaria de talento humano de la Gobernación del Departamento del Atlántico.
- Certificación de no pensión de fecha 05 de abril de 2018 expedida por la directora de nomina de pensionados de Colpensiones.
- Resumen de semanas cotizadas en pensiones expedida por Colpensiones.
- Antecedentes administrativos allegados por el Departamento del Atlántico.

#### **- CASO CONCRETO**

**Afirma la actora que el acto demandado no se ajusta a las disposiciones en que debía haberse fundado y además carece de coherencia legal.**

Indica la parte demandante que, las docentes vinculadas con anterioridad al año 2003, se le aplican las normas anteriores a la expedición de la Ley 812, es decir la Ley 71 de 1988 como trabajadores privados, o prestando el servicio público o privado con aportes al antiguo ISS, pues se trataba de proteger a los docentes que con alguna edad se vinculaban al sector público después del 26 de junio de 2003, y que lograban acreditar trabajo antes de menciona fecha.

Teniendo en cuenta lo anterior, indica que el acto administrativo demandado desconoce el contenido las normas transitorias aplicables a la accionante, pues si bien es cierto no contempló todas las posibilidades que pueden presentarse en la actividad laboral, si queda claro que los docentes que logren acreditar requisitos de disposiciones aplicables al sector

---

momento dado se aparte fundadamente de este, ello permite que el ciudadano y la administración sujetos a su juicio, confíen plenamente en que aquel lo hizo dentro del marco jurídico vigente y no movido por sus propias e irracionales convicciones o por la calidad de alguno o algunos de los sujetos que intervienen en el proceso.

público, por haber realizado aportes antes del 26 de junio de 2003, se encuentran en las disposiciones vigentes aplicables antes de la entrada en vigencia del artículo 81 de ley 71 de 1988.

Afirma que es claro que, si el docente se encontraba laborando en la docencia con anterioridad al 26 de junio del año 2003, estuviera aportando a alguna de previsión del sector público o al ISS, es preciso indicar que debe respetársele el régimen de transición que contiene el art. 81 de ley 812 de 2003.

alega que los servidores públicos docentes vinculadas hasta el 26 de junio de 2003, el reconocimiento se efectuará de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. Que, en el presente caso, de acuerdo a los aportes realizados al ISS por la accionante debe respetarse el régimen de transición establecido en la ley 71 de 1988.

La actora trajo a colación la providencia del 22 de noviembre de 2007, sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, teniendo como Consejero Ponente al Dr. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA, radicación 1.857, en la cual se indicó lo siguiente:

“... - La Ley 812 del 2003. Aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”<sup>12</sup>. Dice la norma, en sus dos primeros incisos referentes al régimen pensional de los docentes oficiales:

“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculadas al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. / Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.”

Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137. – La Ley 1151 del 2007. Expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”<sup>14</sup>; su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la Ley 812, entre las cuales se encuentra precisamente el artículo 81, que se ha transcrito.

Indica que las disposiciones legales comentadas, permiten concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se determina partiendo de la fecha de vinculación de cada docente al servicio educativo estatal, así:

“... a) Si la vinculación es anterior al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas vigentes a la fecha en mención, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicable del docente en particular;

b) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio del 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 del 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años”.

Afirma que al estar demostrado que la demandante se encontraba vinculada antes del 23 de junio de 2003, incluso aportando al antiguo ISS, no puede el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, desconocer el derecho de sus aportes realizados antes del 26 de junio de 2006, hacen parte del régimen de transición a que tiene derecho por ser docente

del orden nacional, como aparece demostrado en las certificaciones anexas al presente proceso.

La ley 812 de 2003, estableció un REGIMEN DE TRANSICION para aquellos docentes que ya tenían cierta edad al momento de entrada en vigencia de mencionada disposición, o tenían alguna experiencia laboral y luego fueron vinculadas después del 23 de junio de 2003, pero respetando las normas anteriores por haber laborado con el sector público o haber efectuado aportes a la pensión en el ISS, conforme lo protegía la ley anterior en su momento.

### **SOLUCION AL CASO CONCRETO.**

A fin de resolver el presente cargo cabe recordar que, con la expedición de la Carta Política de 1991, que implicó un cambio de modelo en la estructura del Estado, tuvo lugar el surgimiento de un nuevo esquema de seguridad social que dio paso a la expedición de la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral en el que se determinaron dos regímenes: el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual, y en ambos contempló la posibilidad de que se tomara indistintamente el tiempo laborado o cotizado como trabajador del sector privado o en calidad de servidor público, de esta manera, fijó las nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispuso un régimen de transición pensional según el cual, quienes contaran con 15 años de servicios o 40 años de edad para los hombres, y 35 en el caso de las mujeres, quedaban sujetos a dicho régimen de transición y por lo tanto, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía del régimen anterior que les fuera aplicable.

En el presente caso, la actora indica hacer parte del régimen de transición en su calidad de docente oficial, atendiendo que posee más de 1000 semanas cotizadas por su labor de docente, tiene más de 55 años de edad y sus aportes fueron realizados antes del 23 de junio de 2003, fecha en la cual entro en vigencia la ley 812 de 2013, motivo por el cual, le es aplicable la ley 71 de 1988 y tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes por parte del FOMAG en compatibilidad con el salario de docente, por pertenecer al régimen anterior.

Teniendo en cuenta los reparos de la parte actora, debe precisar el Despacho que los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, se encuentran exceptuados de la aplicación de las disposiciones del sistema integral de seguridad social (art. 279, ley 100 de 1993), esto es, a los sistemas de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales.

Con relación a los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003, estos se rigen en materia de carrera docente por las disposiciones del Decreto 1278 de 2003, **su régimen pensional está determinado por los derechos de prima media, contenido en las disposiciones de la Ley 100 de 1993, y las leyes 797 y 860 de 2003**, cuya excepción permanece con relación al Sistema de Seguridad Social en Salud y en materia de Riesgos Laborales. Este tipo de docentes perdieron la prerrogativa de compatibilidad entre salario y pensión de jubilación o de vejez, de conformidad con la declaratoria de exequibilidad del literal b) del artículo 63 del Decreto 1278 de 2002 por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia C-734 de 2003.

Frente a la aplicación del régimen de transición, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, surge como consecuencia del cambio normativo generado por la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, en especial con las nuevas disposiciones que regulan los requisitos para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes; este artículo constituyó una garantía para la salvaguarda de las expectativas de aquellas personas, que se encontraban próximas a causar el derecho a la pensión de jubilación o de vejez, y por ello, fue necesario establecer una disposición normativa que pudiese permitirles acceder a las pensiones establecidas en los regímenes anteriores a los cuáles hubiere

estado afiliado, previo cumplimiento de los requisitos de edad (40 años hombres y 35 años mujeres) o tiempo de servicio o semanas cotizadas (15 años) a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, vigencia que para el sector público nacional y el sector privado fue el 01 de abril de 1994 y para el sector público del nivel territorial fue la fecha en que así lo hubiese dispuesto la entidad territorial, en todo caso, a más tardar el 30 de junio de 1995.

En el anterior orden de ideas, se tiene que el régimen de transición pensional se circunscribe a los docentes que se vincularon por primera vez al magisterio oficial a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003 y fueron afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero que con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se encontraban afiliados o vinculados laboralmente y cumplieron alguno de los requisitos previstos en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el inciso 2° de la ley 812 de 2013, establece la situación de los docentes oficiales vinculados en vigencia de la mencionada ley:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

También resulta pertinente traer a colación el régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993:

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.

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial citado a lo largo de esta providencia, lo primero que debe despajarse a fin de establecer si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes conforme a la ley 71 de 1988 a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es determinar si la actora es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Metodológicamente debe determinarse, si a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones (01 de abril de 1994), la señora ANA CRISTINA FONTALVO OROZCO contaba con treinta y cinco años (35) de edad o, quince (15) o más años de servicios cotizados.

El respuesta al primer interrogante, se observa a folio 19 de la demanda digital, el registro civil de nacimiento con indicativo serial 55306481 perteneciente a la señora ANA CRISTINA FONTALVO OROZCO, documento que da cuenta que la actora nació el día 13 de febrero de 1963, lo cual implica que a 01 de abril de 1994, fecha en la cual entro en vigencia el sistema general de seguridad social, contaba con la edad de 31 años de edad, no cumpliendo con el requisito de la edad establecido en el artículo 36 de la ley 100 para acceder al régimen de transición.

Teniendo en cuenta que no se cumplió con el requisito de la edad, entonces la actora debía probar que al 01 de abril de 1994 contaba al menos con quince (15) años de servicios cotizados. Al respecto, se aprecia a folios 41, 42 y 43 de la demanda digital, reporte de semanas cotizadas ante COLPENSIONES, en el cual se da cuenta que la actora fue cotizante en el sistema a partir del 02 de febrero de 1982, lo que quiere decir que en el mejor de los casos, a 01 de abril de 1994 solo contaría con doce (12) años de servicios cotizados, es decir, tampoco cumple con acreditar los quince (15) años de servicios para acceder al régimen de transición.

Aunado a lo anterior, también debe advertirse que la docente FONTALVO OROZCO fue vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir del 28 de junio de 2005, cuando ya se encontraba en plena vigencia la ley 812 de 2003, además no apporto ningún elemento probatorio que acredite que antes de la vigencia de la mencionada ley hubiera estado afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez analizado los elementos de pruebas arrimados a la demanda, se considera que la actora no cumple con las condiciones para ser beneficiaria del régimen de transición y por lo tanto, para que se le reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme al artículo 7 de la ley 71 de 1988.

Así la cosas, debe tenerse en cuenta que las personas que antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, estuvieron afiliadas en algún momento a alguno de los dos regimenes del Sistema General de Pensiones, pero que no reunían requisitos para acceder a la aplicación del régimen de transición pensional contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que se vinculan al magisterio oficial en vigencia de la Ley 812, se les aplicará el artículo 81 de esta última disposición en su integridad, por lo que se regirán por las disposiciones en materia pensional, contenidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 y 860 de 2003, con la excepción para la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Conforme a lo explicado en precedencia, el despacho denegará las suplicas de la demanda teniendo en cuenta que el objeto de este medio de control, es decidir sobre la legalidad del acto administrativo ficto acusado, la cual, de conformidad con la explicación del concepto de la violación y conforme a las pruebas allegadas al proceso, no fue desvirtuada.

## **CONCLUSIÓN**

Como respuesta al problema jurídico planteado, el Despacho concluye, que a la Demandante no le asiste el derecho a que se decrete la nulidad del acto administrativo ficto demandado producto de la petición radicada el día 27 de septiembre de 2018, y obtener a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de una pensión por aportes en compatibilidad con el salario de docente oficial, conforme a la ley 71 de 1988.

Teniendo en cuenta lo anterior, se colige sin lugar a dudas que, la parte demandante no destruyo la presunción de legalidad del acto ficto acusado, al no probar las aseveraciones realizadas en el concepto de violación; por lo tanto, se mantendrá el acto demandado en el ordenamiento jurídico.

## **COSTAS.**

Respecto a las costas de primera instancia el despacho acude a la sentencia del 11 de junio de 2020 proferida por la sección segunda con ponencia de la doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ<sup>19</sup>, en la cual, el Consejo de Estado señaló:

“Al respecto, la Sala de Sección indica que si bien no existe criterio único que gobierne su condena, ha de señalarse que ambas subsecciones acuden al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en esta instancia”.

En este caso, siguiendo las consideraciones trazadas en la sentencia de unificación, al no haberse generado la prueba de los gastos del proceso, este despacho, negará la imposición de condena en costas a la parte vencida.

## **DECISION.**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley.

### **V.- FALLA:**

**PRIMERO** **DECLÁRASE** probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Atlántico.

**SEGUNDO:** **NIEGUENSE** las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** **ARCHÍVESE** el expediente, en caso de no ser apelada, una vez ejecutoriada la presente providencia.

---

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá, D. C., once (11) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-00-2012-00572-01(1882-14)CE-SUJ-SII-020-20 Actor: OLGA LUCÍA BERMÚDEZ Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho Asunto: Sentencia de unificación ingreso base de liquidación – régimen pensional del Decreto 929 de 1976 a quienes son beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.Sentencia de unificación por Importancia jurídica Sentencia CE-SUJ-SII-020-2020

Radicación: 080013333001-2020-00173-00  
Demandante: Ana Cristina Fontalvo Orozco  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fomag – Departamento del Atlántico.  
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

**QUINTO:**     **ANÓTESE** en el sistema Justicia XXI TYBA.

**COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Guillermo Alonso Arevalo Gaitan', with a long horizontal stroke and a large loop at the end.

**GUILLERMO ALONSO AREVALO GAITAN**

**JUEZ**

Se deja constancia que la herramienta firma electrónica, en el día de hoy, al momento de la firma del presente documento, **NO FUNCIONÓ.**