



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	No. 110013335-012-2017-00178-00
ACCIONANTE:	LUZ MARINA SIERRA GARCIA
ACCIONADOS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES

**AUDIENCIA INICIAL
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No 253 -19**

En Bogotá D.C. a los veintitrés (23) días del mes de julio de dos mil diecinueve (2019) siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario Ad Hoc constituyó audiencia pública en la sala **01** de la sede Judicial CAN y la declaró abierta, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: FARY ANTONIO PIÑEROS GONZALEZ

Parte demandada COLPENSIONES: BELCY BAUTISTA FONSECA

No asiste representante del Ministerio Público

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotará la etapa de Juzgamiento.

SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso.

Como ninguna de las partes advierte la existencia de irregularidades, ni tampoco las observa el Despacho, queda agotada esta etapa de saneamiento.

Decisión notificada en estrados.

FALLO

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida a la actora por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la indemnización sustitutiva negada por COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El Despacho procederá a resolver el problema jurídico de acuerdo a las siguientes consideraciones.

I. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora LUZ MARINA SIERRA GARCIA le solicitó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES el reconocimiento de

indemnización sustitutiva por haber cotizado ante el Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de mayo de 1973 al 30 de septiembre de 1986 (folio 8). No obstante COLPENSIONES le niega el derecho a percibir la indemnización solicitada.

La actora interpone acción de nulidad en contra de los actos que negaron la indemnización sustitutiva y en consecuencia solicita se le reconozca y pague la devolución de los aportes desde el momento en que adquirió el status de pensionado (05 de agosto de 2009), decretando los reajustes legales a que tenga derecho.

2. FUNDAMENTOS EXPUESTOS POR LA ENTIDAD DEMANDADA

Tanto en la contestación de la demanda como en las resoluciones objeto del presente litigio se expone por la entidad como principal argumento para negar la indemnización sustitutiva a la accionante, la existencia de incompatibilidad entre la solicitada indemnización y la pensión de jubilación reconocida a la actora por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues nadie puede percibir más de una asignación que provenga del tesoro público tal como lo señala el artículo 128 de la Constitución Política, el artículo 19 de la ley 4 de 1992, la circular 01 de 2012 y el concepto BZ_2016_11520676 de 28 de septiembre de 2019.

La entidad también establece que con la pensión de jubilación otorgada a la actora, se suplieron las necesidades del mínimo vital y seguridad social y además señala que los tiempos cotizados al ISS no podrán ser devueltos porque son utilizados para financiar la pensión ya reconocida.

3. CONSIDERACIONES FRENTE A LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LA ENTIDAD DEMANDADA

3.1. SOBRE LA PROHIBICIÓN DE PERCIBIR DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO

El artículo 128 de la Constitución Política determinó que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente señalados por la ley y señaló que debe entenderse por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas y jurisprudencialmente se estableció que dentro del concepto de asignación está el de pensión.

Así mismo el artículo 19 de la ley 4 de 1992 dispuso excepciones al anterior postulado en las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades." (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo a lo estipulado en el texto transcrito, a la entrada en vigencia de la ley 4 de 1992 se respetaron los derechos adquiridos que beneficiaban a los docentes oficiales ya pensionados, y quien hubiese consolidado su derecho antes de la expedición de esta ley podían contar con las dos pensiones provenientes del tesoro público.

Compatibilidad de la pensión de jubilación percibida por servicios prestados al sector público con la pensión de vejez reconocida por el ISS.

La regla de derecho antes consignada no es la que aplica en el caso de autos, por cuanto la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción administrativa ha determinado que se pueden recibir dos pensiones cuando el origen de los aportes sea diferente:

“Es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares. No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el Instituto del Seguro Social incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del “tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado” y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público.”¹

De acuerdo a sentencia del Consejo de Estado es viable percibir una pensión de jubilación por servicios prestados en el sector público y a la vez recibir una pensión de vejez por parte del ISS siempre que ésta se reconozca por servicios prestados a patronos particulares. No sucede lo mismo cuando la pensión que reconoce el Instituto del Seguro Social incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros que provienen del “tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado” y en tal sentido sería incompatible con la pensión de jubilación reconocida por servicios prestados en el sector público, situación que no es la de la actora según se precisa más adelante.

3.2. SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LOS TIEMPOS COTIZADOS AL ISS PARA FINANCIAR LA PENSIÓN RECONOCIDA.

Régimen jurídico de los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003

El Decreto 2277 de 1979 o estatuto docente, en su artículo 3º dispuso que los educadores que prestan sus servicios en entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial en lo que tiene que ver con la administración de personal y algunos temas salariales y prestacionales.

La Ley 60 de 1993, en su artículo 6º, inciso 3º, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989 y las prestaciones allí dispuestas serían compatibles con cualquier otra remuneración sin que ello signifique un tratamiento especial en materia pensional.

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario.

¹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Bogotá D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00147-01(0882-13), Actor: Martha Ruth Bejarano Castellanos, Demandado: Caja De Previsión Social E.L.C.E. En Liquidación

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989², que entró en vigencia el 29 de diciembre de 1989, dispuso en el artículo 15 que para efectos de las pensiones, los docentes serán regidos por las siguientes disposiciones:

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”.

En reciente sentencia de unificación, el Consejo de Estado dispuso que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social³, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y además señaló que:

- ✓ Al estar exceptuados del Sistema, **no son beneficiarios del régimen de transición** establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.
- ✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.
- ✓ De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”⁴

² Mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

³ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, dispone: “[...] Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

⁴ Cfr., entre otras decisiones, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación número: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11). En sentencia de 10 de octubre de 2013, reiterando la tesis sostenida por la Sección, se indicó que:

“[...] si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3° que los educadores que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal “son empleados oficiales de régimen especial”: según las previsiones del mismo, la especialidad del referido sistema está dada entre otros aspectos por la administración del personal y algunos temas salariales y prestacionales, de manera pues, que en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios y que se concrete en las normas que regulan su actividad, es decir, que en materia pensional les resulta aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos, cuya única excepción la enmarca el reconocimiento de la pensión gracia, en tanto se rige por una normatividad especial (Resaltado fuera de texto).

✓ Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003⁵, tendrán los derechos 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 mujeres⁶.

Situación de los docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003

La Ley 812 de 2003⁸, en su artículo 81 estableció que a todos aquellos docentes que se vinculen a partir de su entrada en vigencia, quedan sometidos parcialmente a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y se les aplicará el régimen de prima media con prestación definida, a cargo del Fondo Prestacional del Magisterio, tomando como edad de pensión de vejez 57 años para hombres y mujeres:

“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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Si bien, el artículo 5° del Decreto 224 de 1972, consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, y la Ley 60 de 1993 en su artículo 6° inciso 3° preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones.

Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, como pretende hacerlo ver la demandante, por tanto el supuesto consagrado en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.

Ahora bien, la Ley 60 de 1993 dispone que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además que “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A, Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01110-01 (1658-04).

⁵ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

⁶ La Ley 812 de 2003 en su artículo 81 dispuso:

“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 «...»”.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19. Actor: ABADÍA REYNEL TOLOZA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FONMAG - Sentencia de unificación.

⁸ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”

Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.”. (Negrilla fuera del texto original).

Esta ley, ratificó el régimen prestacional previsto en la Ley 91 de 1989 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, extendiendo su vigencia para los docentes que se vincularon no sólo antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, sino también para aquellos que se vincularon antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003); con lo cual se colige que la Ley 33 de 1985, es el régimen general aplicable en materia pensional para los docentes que se vincularon antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y que se mantiene para ellos la compatibilidad de sus prestaciones con cualquier otra remuneración.

Efectos del régimen General de Pensiones de la ley 100 de 1993

La Corte Constitucional⁹ expone que previa a la unificación de los diferentes regímenes pensionales existentes en Colombia efectuada con la Ley 100 de 1993 mediante la consagración de un Sistema General de Pensiones, el reconocimiento y pago de las contingencias de vejez, invalidez y muerte estaban a cargo de diferentes entidades públicas, personas naturales o jurídicas del sector privado, las cuales reconocían las denominadas pensión de jubilación¹⁰ o patronales¹¹ dependiendo de la naturaleza jurídica de quien fungía como responsable.

Con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 se instauró un Sistema de Seguridad Social que derogó la mayoría de regímenes pensionales anteriores a su vigencia, creando un fondo común de pensiones¹² en el que ingresan indistintamente las cotizaciones provenientes de recursos del erario público o de particulares para alimentar los recursos del régimen de prima media, regido por el principio de solidaridad¹³ que conlleva a que en el régimen de prima media las cotizaciones de los afiliados no van a cuentas individuales sino a un fondo común.

Para el caso de los docentes, estos fueron excluidos de la aplicación de esta norma, conforme se aprecia en el artículo 279 de la misma, así entonces no se aplica el régimen de la ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes, lo que significa que para los docentes se mantuvo la discriminación de cajas y la posibilidad de obtener pensión de vejez y pensión de jubilación, la primera con recursos particulares y la segunda con cotizaciones públicas, y por ello no se puede financiar la pensión de jubilación con los

⁹ Corte Constitucional Sentencia T-164 de 2017

¹⁰ Ley 171 de 1961, artículo 8 (derogado) (...) En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial (Decreto 1572 de 1973, artículo 5).

¹¹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 260 (derogado). “DERECHO A LA PENSION. 1. Todo trabajador que preste servicios a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800,000) o superior, que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Código, tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio”.

¹² “En el régimen de prima media con prestación definida, según la definición que de él hace la propia ley 100 de 1993, es aquel “mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas” (artículo 31 de la ley 100 de 1993). En éste, los aportes de los trabajadores y empleadores, constituyen un **fondo común**, del cual se extraen los recursos necesarios para cubrir la pensión, si el afiliado cumple los requisitos para acceder a ella”. Corte Constitucional sentencia C-378 de 1998

¹³ “Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”. Ley 100 de 1993 artículo 2 literal c

aportes consignados al ISS para el reconocimiento de la pensión de vejez, tal como lo informó al juzgado la Secretaría de Educación del Distrito, según se pasa a analizar.

Pensión de jubilación reconocida por el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio

Por medio de auto de 06 de julio del 2017 el Juzgado requirió a la Secretaría de Educación del Distrito Capital con el fin que precisara si COLPENSIONES le transfirió bono pensional para financiar la pensión que pudiera causar la señora LUZ MARINA SIERRA GARCIA, tras la afiliación que ostenta con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (folio 32).

Para dar respuesta al anterior requerimiento la Secretaría informó en memorial de 14 de febrero de 2018 que la accionante se vinculó a esa entidad el 13 de agosto de 1986 anterior a la fecha de vigencia de la ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003), razón por la cual el régimen pensional aplicable es el consagrado en las leyes vigentes al momento de expedirse la ley 91 de 1989, esto es, las leyes 6 de 1945, 12 de 1975, 33 de 1985, 71 de 1988 y los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 224 de 1975, lo que caracteriza pertenecer a un régimen exceptuado. De igual forma señaló lo siguiente:

“Le informamos al docente que revisado su expediente pensional y conforme a la solicitud que la docente realizó para el reconocimiento de la pensión, a través de la resolución 0369 del 01 de febrero de 2010 se tomaron únicamente los tiempos que estuvo vinculado con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumpliendo así los 20 años de servicio y los 55 años de edad.

Por lo anterior para el reconocimiento de la pensión de jubilación, no se solicitó bono pensional o traslado de aportes que la docente haya realizado en COLPENSIONES y/o en otra administradora de pensiones. Además que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no puede financiar las pensiones reconocidas a través de bono pensional”

Queda así claro que a la actora le fue reconocida pensión de jubilación a través de la resolución 0369 de 01 de febrero de 2010 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio de acuerdo al régimen legal aplicable según la ley 91 de 1989 y teniendo en cuenta únicamente lo cotizado ante esa entidad.

3.3. SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.

Al no existir la certeza de consolidar un derecho pensional, el Legislador previó un mecanismo de compensación mediante la devolución de los aportes entregados por el afiliado al sistema pensional e incorporó el concepto de indemnización sustitutiva en el régimen de prima media con prestación definida.

La Corte Constitucional analizó la figura de la indemnización sustitutiva señalando que no es viable exigir como presupuesto para su reconocimiento el haber cotizado al sistema a partir de su vigencia pues se vulneraría el principio de favorabilidad en materia laboral¹⁴ y señaló que se trata de una norma de orden público y de obligatorio cumplimiento¹⁵, lo que implica su inmediata aplicación a las situaciones jurídicas

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia T-180 de 2009

¹⁵ Esta consideración fue reiterada en la sentencia T-386 de 2009 MP. María Victoria Calle Correa y la sentencia T-681 de 2013 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez así: “[La] Corte ha reconocido [que] el derecho a la indemnización sustitutiva también tiene aplicación en relación con aquellas personas que cotizaron bajo la vigencia de la normatividad anterior a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y cuya situación jurídica no se consolidó en aplicación de normas precedentes. Para

vigentes respecto de las cuales no se han consolidado derechos adquiridos¹⁶.

La mencionada indemnización se rige por la ley 100 de 1993 la cual dispone en su artículo 37 que las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

De igual forma en su artículo 13 modificado por la ley 797 de 2003 señala que los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley.

Por su parte, el Decreto 1730 de 2001¹⁷ “Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida” (modificado por el Decreto 4640 de 2005), establece los supuestos de hecho que dan lugar a la causación del derecho a obtener una indemnización sustitutiva prevista y la obligación de las entidades a reconocerla:

ARTÍCULO 1º-Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

(...).

ARTÍCULO 2º-Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.

En caso de que la administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.

En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su reconocimiento continuará a cargo de la caja o fondo que reconozca las pensiones.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

(...)

ARTÍCULO 4º-Requisitos. Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber

la Corte, (...) las entidades encargadas de su reconocimiento no pueden oponerse a éste bajo el argumento de que las cotizaciones de hayan realizado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, en consecuencia, no son las aplicables las disposiciones normativas de dicha ley, ya que, tal como se señaló, las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 son de orden público, lo que implica que ellas son de inmediato y obligatorio cumplimiento y, por tanto, afectan situaciones no consolidadas que se encuentren en curso” (subraya fuera de texto).

¹⁶ Corte Constitucional T-059 de 2011.

¹⁷ “Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”.

*cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando.
(...)*

De igual forma el decreto 1730 de 2001, en su artículo 6 señaló que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez y que las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.

Pues bien, esta es una de las razones que aduce la entidad para negar el reconocimiento de esta prestación a la actora, sin embargo el Despacho estima que la norma prevista en el artículo 6 del Decreto 1730 debe ser interpretada conforme a la situación particular del docente.

Como ya se aclaró los aportes consignados al fondo común de pensiones creado por la Ley 100 de 1993 no pertenecen al sujeto cotizante sino al sistema y están dirigidos a financiar todas las pensiones, por ello, independientemente de la prestación que se obtenga (pensión ordinaria, de invalidez, indemnización sustitutiva...) el fondo la cubre con los recursos de todos sus afiliados en virtud del principio de solidaridad.

Cosa diferente sucede para los docentes cuyas pensiones no son canceladas por el fondo común de pensiones, pues para ellos, los vinculados antes del 2003, persiste la posibilidad de obtener dos pensiones, una con recursos públicos y otras con aportes particulares.

De manera que tal como lo señala la Corte Constitucional los aportes que le sirvieron a la actora para tener la expectativa de percibir pensión de vejez deben ser devueltos y la entidad al abstenerse de hacerlo podía incurrir en un enriquecimiento sin justa causa:

“Por ello, si se han efectuado cotizaciones y las normas reconocen el derecho a obtener una indemnización en reemplazo de la pensión de vejez, cuando no se han cotizado el número mínimo de semanas exigidas, no pagarla constituiría una modalidad de dicho tipo de enriquecimiento, ya que se habrían otorgado unos recursos para cubrir una eventualidad que, al materializarse, se quedaría sin protección.”¹⁸

En este orden de ideas, no es la afectación del mínimo vital lo que legitima la indemnización sustitutiva en el caso de la docente actora, sino la obligación de devolver sus aportes por cuanto no están beneficiando otras pensiones ni pueden servirle a ella para mejorar su monto pensional, por las razones que se pasan a explicar.

EXISTE DISCRIMINACIÓN ODIOSA ENTRE EL TRATO LEGAL QUE SE OTORGA A QUIEN RECIBE LA PENSIÓN BAJO EL RÉGIMEN ORDINARIO Y LA SITUACIÓN ESPECIAL DEL DOCENTE.

A través de las resoluciones GNR 396409 de 09 de diciembre de 2015 y GNR 362097 de 01 de diciembre de 2016 expedidas por COLPENSIONES se negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada por la señora SIERRA GARCIA ya que si bien cumplió con el requisito mínimo de edad, se demostró que no cumplió con el requisito de semanas establecidas en la ley 797 de 2003 (cd allegado por COLPENSIONES):

¹⁸ T-681 de 2013

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
INDUSTRIAS GAMA	19740121	19740818	TIEMPO SERVICIO	210
IND TROQ Y MOLDES LTDA	19760726	19760806	TIEMPO SERVICIO	12
769 768 767 766 765 764 763 76	19780719	19840530	TIEMPO SERVICIO	2143
HORAS LIMITADA	19870204	19870407	TIEMPO SERVICIO	63
SERVINDUSTRIA S A	19870409	19871221	TIEMPO SERVICIO	257
SERVINDUSTRIA S A	19880120	19881221	TIEMPO SERVICIO	337
SERVINDUSTRIA S A	19890111	19891219	TIEMPO SERVICIO	343
SERVINDUSTRIA S A	19900109	19901219	TIEMPO SERVICIO	345
SERVINDUSTRIA S A	19910115	19910724	TIEMPO SERVICIO	191
1 MUNDOPLAST LTDA	19950801	19950815	TIEMPO SERVICIO	15
1 MUNDOPLAST LTDA	19950901	19951222	TIEMPO SERVICIO	112
SIERRA GARCIA	19970401	19970430	TIEMPO SERVICIO	30
COOPERATIVA COOMEI	20000301	20000630	TIEMPO SERVICIO	120
COOPERATIVA COOMEI	20000801	20000915	TIEMPO SERVICIO	45
COOFEMA	20000901	20000911	TIEMPO SERVICIO	11
COOFEMA	20001001	20010610	TIEMPO SERVICIO	250
GRISALES GOMEZ	20060601	20070128	TIEMPO SERVICIO	238
GRISALES GOMEZ	20070301	20070331	TIEMPO SERVICIO	30
GRISALES GOMEZ	20070501	20070731	TIEMPO SERVICIO	90
CORPORACION VISION SOCIAL	20080201	20080224	TIEMPO SERVICIO	24
CORPORACION VISION SOCIAL	20080301	20080901	TIEMPO SERVICIO	181
CORPORACION VISION SOCIAL	20081001	20081007	TIEMPO SERVICIO	7
CORPORACION VISION SOCIAL	20081101	20081130	TIEMPO SERVICIO	30
CORPORACION VISION SOCIAL	20090101	20090128	TIEMPO SERVICIO	28
CORPORACION VISION SOCIAL	20090201	20090201	TIEMPO SERVICIO	1
ENTIDAD		NOVEDAD		DIAS
COTIZACIONES EN COLOMBIA COLPENSIONES		TIEMPO DE SERVICIO		5,113
COTIZACIONES CONVENIO ESPANA		TIEMPO DE SERVICIO		2,888
		TOTAL:		7,682

Se reitera que si la accionante hubiese cumplido el requisito de semanas cotizadas, tendría derecho a que se le reconociera pensión de vejez por parte de COLPENSIONES; luego con mayor razón aplicando el aforismo jurídico “quien puede lo más puede lo menos”, tiene derecho a recibir la indemnización sustitutiva.

Adicionalmente se advierte que existe una vulneración del derecho a la igualdad pues mientras los beneficiarios de la ley 100 de 1993 y del régimen de transición de la misma ley que cotizaron en el sector público y en el sector privado tienen derecho a que ambas cotizaciones sean tenidas en cuenta para el reconocimiento de su pensión de vejez, permitiendo el aumento de la tasa de reemplazo hasta llegar incluso al 85%; los docentes conforme a la ley 91 de 1989, únicamente tienen derecho a percibir pensión de jubilación con lo cotizado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un valor equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, el cual no podrá variar, perdiendo de esta manera el ahorro pensional que hizo al laborar en el sector privado. Lo anterior tiene sustento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado ya reseñada¹⁹ la cual estableció el monto de la tasa de remplazo frente al régimen de la ley 33 de 1985 (docentes) y el régimen de prima media (ley 100 de 1993):

Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Tasa de remplazo - Monto	Tasa de remplazo - Monto

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19. Actor: ABADÍA REYNEL TOLOZA, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FONMAG - Sentencia de unificación.

<u>75%</u>	<u>65% - 85%²⁰</u> (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).
------------	---

En este caso, tal como lo informó la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL, para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la actora, solo se tuvieron en cuenta las cotizaciones realizadas al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues dicha pensión no se podía financiar a través de bonos pensionales.

Quiere decir lo anterior que las semanas cotizadas por la accionante a Colpensiones no fueron ni podrán ser tenidas en cuenta para el monto de su pensión de jubilación, lo cual, tal como se determinó anteriormente, causa una vulneración al derecho a la igualdad.

CONCLUSION

Por lo anterior para el Despacho no resultan de recibo los argumentos expuestos por la entidad demandada, bajo los cuales decidió negar la solicitud del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, máxime si se tiene en cuenta que, como se explicó en el acápite de consideraciones de esta sentencia, se trata de una norma de orden público y de obligatorio cumplimiento, lo que implica su inmediata aplicación a las situaciones jurídicas vigentes respecto de las cuales no se han consolidado derechos adquiridos.

De acuerdo a los argumentos expuestos se accederán a las pretensiones de la actora.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado²¹, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho de la siguiente manera:

El Despacho considera que de acuerdo a la capacidad económica de las partes, la naturaleza y la complejidad del proceso, se condenará a la demandada a pagar la suma de 0.5 SALARIOS MÍNIMOS LEGAL MENSUAL VIGENTE (2019) por concepto de costas (\$414.058) a favor de la demandante.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

²⁰ Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

²¹ Consejero ponente: JAI ME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. 24 de octubre 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-001459871

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de la resolución GNR 328769 del 23 de septiembre de 2014, resolución GNR 19114 del 28 de enero de 2015, resolución GNR 10473 del 15 de enero de 2016, resolución GNR 366966 del 05 de diciembre de 2016, resolución GNR 14519 de 20 de febrero de 2017 y resolución VPB 6592 de 16 de enero de 2017 que negaron la indemnización sustitutiva al actor.

SEGUNDO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES reconocer y pagar indemnización sustitutiva a la señora LUZ MARINA SIERRA GARCÍA, indexado desde el momento en que adquirió el status.

TERCERO ORDENAR se dé aplicación a lo establecido en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO. CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a pagar a la parte actora la suma de 0.5 S.M.M.L.V, de conformidad con la parte motiva de esta providencia (\$414.058).

QUINTO: CONSIGNAR el valor de los remanentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTO. COMUNICAR este fallo, para su ejecución como lo ordena el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, una vez en firme a las partes accionadas.

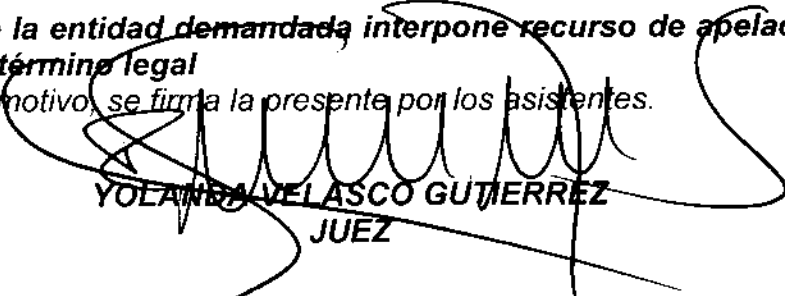
SEPTIMO EJECUTORIADA esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los recursos a que haya lugar.

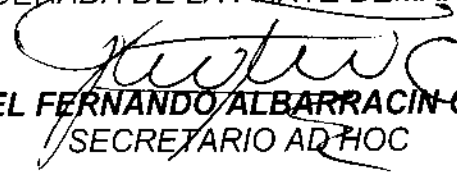
La apoderada de la entidad demandada interpone recurso de apelación el cual sustentará en el término legal

No siendo otro el motivo, se firma la presente por los asistentes.


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

FARY ANTONIO PIÑEROS GONZALEZ
APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE


BÉLCY BAUTISTA FONSECA
APODERADA DE LA PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACÍN-CORREA
SECRETARIO AD HOC