



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

PROCESO: *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
RADICACIÓN No.: *110013335-012-2021-00236-00*
ACCIONANTE: *LUZ MARINA ROMERO DE VACA*
ACCIONADOS: *NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*

**ACTA No. 203-2022
AUDIENCIA INICIAL**

En Bogotá D.C. a los 06 días del mes de septiembre de 2022, siendo las 09:00 a.m., la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá, en asocio de su secretaría Ad Hoc declaró abierta la audiencia virtual, a través de la plataforma LifeSize, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: *Apoderada Dra. Paula Milena Agudelo Montaña, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.030.633.678 y T.P. No. 277098 del C.S. de la J.*

PARTE DEMANDADA: *Apoderado Dr. Enrique José Fuentes Orozco, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.032.432.768 y T.P. No. 241307 del C.S. de la J. A quien se le reconoce personería para actuar en el proceso.*

MINISTERIO PÚBLICO: *El doctor FABIO ANDRÉS CASTRO SANSA, Procurador 62 judicial para asuntos administrativos, acude a la audiencia.*

Verificados los antecedentes de los apoderados, no aparece registrada sanción alguna en su contra y sus tarjetas profesionales se encuentran vigentes.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- en adelante CPACA-, se agotarán las siguientes etapas:

- 1. Saneamiento del proceso*
- 2. Decisión sobre excepciones previas.*
- 3. Fijación del litigio.*
- 4. Conciliación.*
- 5. Pruebas.*
- 6. Alegaciones.*
- 7. Fallo.*

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA y con el fin de evitar sentencias inhibitorias, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso. Para tal efecto, se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento. Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el despacho tampoco observa causales de nulidad, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

II. EXCEPCIONES PREVIAS

El apoderado de la entidad propuso las excepciones de: FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. A su juicio, el legitimado por pasiva en el sub examine es la Secretaría de Educación como ente nominador, por ser quien realizó el estudio factico y jurídico a fin de determinar si al actor le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación. Explica que el FNPSM solo puede ser llamado en el evento que se reconozca la prestación por parte del ente nominador, situación que no ha sucedido.

El Despacho precisa que en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha establecido que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es la entidad responsable del reconocimiento y pago de la pensión por aportes.

El presidente de la República mediante Decreto 1775 del 3 de agosto de 1990, en sus artículos 5 a 8, reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la siguiente manera:

ARTÍCULO 5º RECEPCIÓN DE SOLICITUDES. Las solicitudes relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas del Magisterio, serán radicadas en la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional. La documentación sólo será radicada si llena los requisitos establecidos en las normas reglamentarias.

ARTÍCULO 6º ESTUDIO DE SOLICITUDES. Una vez radicada la solicitud, la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional, procederá a realizar el estudio de la documentación.

ARTÍCULO 7º LIQUIDACIÓN. Realizado el estudio de la documentación, se procederá a efectuar la liquidación respectiva con el visto bueno de la entidad fiduciaria.

ARTÍCULO 8º RECONOCIMIENTO. Efectuada la liquidación, el delegado permanente del Ministerio ante el Fondo Educativo Regional, expedirá la resolución de reconocimiento. [...]». (Subrayas fuera del texto original).

De lo anterior se desprende que en los actos administrativos en los que se reconocen prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es a la FIDUPREVISORA a la que le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, independientemente de que el estudio factico y jurídico lo realice la Secretaría de Educación.

Por lo anterior no prosperan las excepciones propuestas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

III. FIJACIÓN DEL LITIGIO:

De conformidad con la demanda, la contestación y las pruebas allegadas al proceso, están probados los siguientes hechos:

- *La señora Luz Marina Romero de Vaca nació el 11 de septiembre de 1964. Durante su vida laboral realizó cotizaciones a Colpensiones para un total acumulado de 1370,43 semanas.*
- *Prestó sus servicios a la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá como docente interina desde el 21 de enero de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2002 (fls 33-34). Posteriormente, fue vinculada como docente en provisionalidad desde el 26 de febrero de 2018, cargo que ocupaba hasta la fecha de presentación de la demanda.*
- *Mediante solicitud con radicado Nro. 2021-PENS-010793 del 05 de julio de 2021, la docente Luz Marina Romero de Vaca solicitó ante la Secretaría de Educación del Distrito el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.*
- *Mediante Resolución Nro. 4717 de 12 de julio de 2021, la Secretaría de Educación del Distrito negó la solicitud pensional de la actora, al considerar que el régimen aplicable era el de la Ley 812 de 2003, debido a que fue vinculada en el año 2018.*
- *Obran a folios 21 a 32, reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.*
- *A folios 32 a 34 obra el certificado de información laboral expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá.*
- *Igualmente, a folio 35 obra la certificación de salarios de 23 de febrero a 30 de abril de 2021.*

Se concede el uso de la palabra a las partes a fin de que se pronuncien sobre la fijación del litigio.

Escuchadas las partes, el Despacho advierte que para el caso que aquí nos convoca, el litigio se circunscribe si la señora Luz Marina Romero de Vaca tiene derecho o no al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta que se desempeñó como docente interina desde el año 2002 y solo fue nombrada en provisionalidad en el año 2018.

IV. CONCILIACIÓN

Se concede el uso de la palabra al apoderado de la entidad demanda, para que manifieste si le asiste ánimo conciliatorio. Teniendo en cuenta que no le asiste ánimo conciliatorio, se declara fallida la etapa de conciliación.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

V. DECRETO DE PRUEBAS

Se tendrán como pruebas las aportadas con la demanda y la contestación. Teniendo en cuenta que la documental que obra en el expediente es suficiente para proferir decisión de fondo, no se decretan pruebas y, se cierra el debate probatorio.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

VI. ALEGACIONES FINALES

Se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus argumentos de conclusión. Las alegaciones quedan registradas en la videograbación de la audiencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

VII. SENTENCIA

Procede el Despacho, luego de agotadas todas las etapas procesales pertinentes, a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si la señora Luz Marina Romero de Vaca tiene derecho o no al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta que se desempeñó como docente interina desde el año 2002 y solo fue nombrada en provisionalidad en el año 2018.

CONSIDERACIONES

1. Del régimen jurídico de los docentes

Lo primero que ha de anotarse es que la Ley 100 de 1993 fue expedida con la finalidad, entre otras, de acabar la diversidad de regímenes pensionales existentes. No obstante, de acuerdo con el artículo 279 de la mencionada Ley 100 de 1993, dentro de las excepciones de aplicación se encuentran los afiliados al FOMAG:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

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.”

Por lo anterior, los docentes no son beneficiarios del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tampoco están sometidos a las condiciones que en materia de ingreso base de liquidación pensional desarrolló el artículo 21 ibidem. A los docentes se les aplica el régimen creado por la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. Esta norma se expidió con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente. En su artículo 15 señaló:

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

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley [...].”

De conformidad con lo anterior, los docentes nacionales y los que se vincularon a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantuvieron el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para estos últimos, en razón a que los docentes no gozan de régimen especial en materia pensional, en principio, la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual dispone que los empleados oficiales que sirvan o hayan servido 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años tendrán derecho a pensionarse con el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por otro lado, se tiene que el Acto Legislativo 01 de 2005¹, en lo referente al régimen pensional aplicable a los docentes oficiales, prescribió que “El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados 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 vinculado 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”².

El mencionado artículo 81 de la Ley 812 de 2003³, al que hace alusión el Acto Legislativo 01 de 2005, en lo concerniente al tema bajo estudio, previó:

*“**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.

(...)”.

¹ Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”.

² Parágrafo transitorio 1º.

³ “Artículo 137. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga el artículo 80 de la Ley 160 de 1994, el artículo 14 de la Ley 373 de 1997 y todas las disposiciones que le sean contrarias”. Decreto publicado en el diario oficial núm. 45.231 de 27 de junio de 2003.

Respecto de las anteriores normas, la Sección Segunda, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2 de 25 de abril de 2019, expediente 68001-23-33-000-2015-00569-01 (0935-2017), consejero ponente César Palomino Cortés, precisó:

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

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

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

Así las cosas, se concluye que, de acuerdo con el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, respecto del régimen pensional de los docentes al servicio educativo oficial procede distinguir entre la aplicación de dos sistemas normativos, según las fechas de vinculación del maestro y la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003 (27 de junio), esto es, los conformados por (i) las Leyes 91 de 1989 (letra B del numeral 2 del artículo 15) y 33 de 1985 y (ii) las Leyes 812 de 2003 (artículo 81) y 100 de 1993, las primeras concernientes al régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores estatales y las segundas atinentes al de prima media con prestación definida del sistema integral de seguridad social.

2. De la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988

Esta modalidad de pensión fue creada con el fin de garantizar el derecho a la pensión de aquellos trabajadores que en el sector público no completaron los 20 años de servicios, pero laboraron en el sector privado, permitiendo sumar estos tiempos de cotización.

En lo referente a la pensión por aportes, el artículo 7 de la ley 71 de 1988 indicó:

*“**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.*

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”. (Subrayado fuera de texto).

Conforme a la anterior norma, tendrán derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación, los empleados oficiales y trabajadores al haber acumulado veinte (20)

años continuos o discontinuos cotizados en una o varias entidades de previsión de cualquier orden y en el ISS, cuando cumplan la edad de cincuenta y cinco (55) años, si es mujer, y sesenta (60), si es hombre.

Cabe anotar que el precitado artículo 7° de la Ley 71 de 1988 fue reglamentado por el Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, que señala:

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

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

ARTÍCULO 2°. Efectividad y pago de la pensión de jubilación por aportes. La pensión de jubilación por aportes, para los servidores públicos se hará efectiva una vez se retiren del servicio. Para los demás trabajadores, se requiere la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo las excepciones previstas en la ley.

ARTÍCULO 3°. Incompatibilidad de la pensión de jubilación por aportes. La pensión de jubilación por aportes es incompatible con las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y retiro por vejez. El empleado o trabajador podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas.

ARTÍCULO 4°. Entidad de previsión. Para efectos de la pensión de jubilación por aportes, se tendrá como entidad de previsión social a cualquiera de las cajas de previsión social, fondos de previsión, o las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales.

(...)

ARTÍCULO 8°. 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.

En lo que se refiere al monto de la denominada pensión de jubilación por aportes, el precitado artículo 8° del Decreto 2709 de 1994 lo establece en un 75% del salario base de liquidación, al paso que prevé expresamente que solo podrá ser devengada por los servidores públicos al acreditar el retiro definitivo del servicio.

Caso Concreto

En el presente caso la señora si la señora Luz Marina Romero de Vaca solicita la nulidad del acto administrativo por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988 y, en consecuencia, se acceda al reconocimiento del derecho prestacional, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico respectivo y con efectividad a esa fecha, sin que sea necesario exigir el retiro definitivo del servicio para gozar de dicha pensión.

Sobre la calidad de docente oficial

La demandante cotizó como trabajadora independiente y docente en instituciones educativas privadas, desde el 13 de mayo de 1985, acumulando un total de 1370,43 semanas.

La señora Luz Marina Romero de Vaca fue vinculada en la Secretaría de Educación Distrital en la modalidad de interinidad desde el 21 de enero de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2002. Ingresó nuevamente como docente en provisionalidad vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá, desde el 26 de febrero de 2018, hasta la fecha.

Régimen aplicable

De la lectura de la Resolución Nro. 4717 de 12 de julio de 2021, mediante la cual se negó la solicitud pensional de la actora se evidencia que, para la entidad demandada la vinculación de la señora Luz Marina Romero de Vaca como docente oficial, solo ocurrió hasta el 26 de febrero de 2018 cuando fue nombrada en provisionalidad, es decir, en vigencia de la Ley 812 de 2003. Por esta razón consideró que el régimen pensional aplicable era el de prima media con prestación definida, regulado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Advierte el Despacho que la entidad, al efectuar el estudio fáctico y jurídico para el reconocimiento pensional, no tuvo en cuenta la vinculación de la docente a la Secretaría de Educación de Bogotá que se hizo bajo la denominación de interina. Para esta Censora no le asiste razón a la entidad por cuanto la vinculación en interinidad es una forma de proveer cargos docentes de manera transitoria ante la imposibilidad de contar con cargos de carrera. Sobre los tiempos laborados por docentes en la modalidad de interinidad, el Consejo de Estado sostuvo que a pesar de su temporalidad genera una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo:

“(…)En efecto, si bien el ordenamiento jurídico no define expresamente la naturaleza de la interinidad, como una forma de proveer cargos docentes, esta Corporación ha precisado que 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 lugar, en consecuencia, a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, tal y como ocurrió en el caso del señor Arcos Gómez (...)”⁴

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que la vinculación de la actora como docente oficial a la Secretaría de Educación de Bogotá, ocurrió el 21 de enero de 2002. En este punto es importante resaltar que, aunque entre los nombramientos en interinidad y la designación en provisionalidad, hubo solución de continuidad, lo cierto es que la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha establecido que pese a existir interrupciones no es dable desconocer las vinculaciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003:

⁴ Sentencia de 27 de junio de 2018. Consejo de Estado, Subsección A. C. P. Gabriel Valbuena Hernández, Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00812-01 (3597-2015).

“En el sub lite, se tiene que si bien es cierto que el demandante tuvo una vinculación laboral con posterioridad a la Ley 812 de 2003, también lo es que no es dable desconocer los tiempos de servicios prestados, como docente nacionalizado, antes de que empezara a regir tal normativa, máxime cuando para el 27 de junio de 2003 había acumulado 18 años, 5 meses y 16 días de labor (entre el 19 de agosto de 1978 y el 28 de enero de 1997). Por lo tanto, al vincularse nuevamente al servicio oficial docente el 16 de febrero de 2009, haber acumulado más de 20 años de servicios en condición de maestro estatal y adquirido la edad pensional prevista en la Ley 33 de 1985, resulta contrario a los principios de equidad, justicia social y pro homine, así como a los tratados internacionales atañedores a estos, desconocer que el accionante había laborado como profesor en el sector público antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, máxime cuando de tal norma se infiere que su aplicación es para los nuevos docentes vinculados durante su vigencia, mas no para los que con anterioridad fueron nombrados en dicha condición”⁵ (Subrayado fuera de texto)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de 18 de febrero de 2021, al citar la anterior providencia, concluyó:

“Así las cosas, resulta oportuno aclarar que esta Sala de decisión, venía adoptando la tesis de que cuando se configuraba la solución de continuidad en la prestación del servicio, el docente debía regirse por las disposiciones contempladas en la Ley 100 de 1993. Ahora, en virtud de la citada jurisprudencia, cambia la postura y adopta la tesis de que, no puede desconocer que el docente laboró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo que le permite regirse en materia pensional por la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento.”

En este sentido, como la vinculación laboral de la señora Luz Marina Ramírez de Vaca se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, -27 de junio de 2003 - le es aplicable la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. Ley que estableció en su artículo 15 que el personal docente nacional y nacionalizado que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, se regirán por la Ley 33 de 1985, la cual establece como requisitos para la pensión edad de 55 años para hombres y mujeres, tiempo de servicio 20 años y tasa de reemplazo 75%.

Sobre la aplicación de la Ley 71 de 1988

Se debe precisar que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, citada anteriormente, solo fijó las reglas para determinar los regímenes aplicables a los casos en los cuales los docentes oficiales hubiesen prestado su tiempo de servicio únicamente en el sector público, sin que se pronunciara respecto a la norma pensional aplicable cuando el docente ha acumulado tiempos públicos y privados. No obstante, en sentencia del 18 de marzo de 2021, al estudiar un caso parecido, el Consejo de Estado indicó que, en dichos eventos, la normativa aplicable necesariamente correspondía a la Ley 71 de 1988 que regulaba lo propio en lo que respecta a la denominada «pensión por aportes» y no la Ley 33 de 1985:

“[E]ncuentra la Sala que para los casos de docentes con acumulación de aportes del sector público y del privado como es el de la demandante, la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sería la Ley 33 de 1985 en armonía con la Ley 71 de 1988, esta última para permitir el cómputo de los tiempos cotizados en el sector privado y público a fin de acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación. La referida Ley 71 de 1988 previó para el referido efecto en su artículo 11 una integración normativa en materia pensional para los empleados del sector público y privado que se hicieran titulares de dicha prestación a saber:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación Número: 66001-23-33-000-2017-00470-01(3514-19). Sentencia de 18 de septiembre de 2020

«Artículo 11 .- Esta ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de Previsión Social del Sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez.»

Por lo expuesto, la aplicación de la Ley 71 de 1988 en los asuntos de docentes oficiales con acumulación de aportes en el sector privado, que solicitan el reconocimiento o reliquidación de su pensión de jubilación, no modifica la posición adoptada por esta Corporación mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Para el caso de marras resulta necesario entonces remitirse a la mentada norma que complementa el régimen de pensiones, en el sentido de que esta permite el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el trabajador cuando aquel hubiese laborado en entidades de orden público y privado con el propósito de acceder a dicho beneficio pensional. Lo anterior, en observancia de los requisitos de edad, tiempo y monto pensional previstos en la Ley 33 de 1985, como en efecto se consideró en la mentada providencia.

De ello, que el Sistema Integral de Seguridad Social no puede concebirse como un conjunto de postulados normativos aislados entre sí, pues aquel corresponde a una articulación de preceptos que atienden la constante transformación de las realidades sociales en las cuales interactúan sus afiliados (...)”

Bajo estas consideraciones y conforme con el acervo probatorio relacionado, el Juzgado pasa a verificar si la demandante cumple con los aludidos requisitos de la ley 71 de 1988, en los siguientes términos:

- **EDAD:** La demandante Luz Marina Romero de Vaca, nació el 11 de septiembre de 1964, (A.E. Nro. 01, folio 36), por lo que, cumplió 55 años, el 11 de septiembre de 2019.
- **TIEMPO:** Está acreditado que con acumulación de los tiempos públicos y privados la accionante, cumplió los 20 años de servicio.

Así las cosas, para el Despacho es claro que la docente cumple los requisitos consagrados en la ley 71 de 1988 para el reconocimiento de una pensión por aportes. En relación con la fecha de adquisición del status pensional, se encuentra que la educadora reunió los requisitos de tiempo y edad el 11 de septiembre de 2019.

- **IBL:** Ahora bien, el periodo sobre el cual se debe calcular el IBL, es el del año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional y no el de la última anualidad de labores, pues el presente caso se trata de una pensión por aportes de una docente oficial.
- **FACTORES SALARIALES:**

De acuerdo con la sentencia de unificación sobre el régimen docente, los factores salariales que se deben tener en cuenta son únicamente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los descuentos respectivos y que se encuentren enlistados específicamente en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

Ahora bien, en virtud de la excepción contemplada en el artículo 19, literal g) de la Ley 4.ª de 1992, el artículo 19 de la Ley 334 de 1996 así como el artículo 5º del Decreto 224 de 1992 y el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979, la docente puede percibir simultáneamente tanto la pensión ordinaria de jubilación como el salario de

docente oficial, por lo que el FNPSM no puede exigirle el retiro del servicio para hacer efectiva su prestación.

Decisión

En conclusión, se declarará la nulidad de Resolución Nro. 4717 de 12 de julio de 2021, mediante la cual, la Secretaría de Educación de Bogotá negó la solicitud pensional de la actora. A título de restablecimiento del derecho se ordenará, sin exigir el retiro definitivo del servicio para su efectividad, el reconocimiento de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, que deberá liquidarse en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual y teniendo en cuenta los factores salariales devengados por la señora LUZ MARINA ROMERO DE VACA durante el último año previo a cumplir el status pensional (11 de septiembre de 2019) y que se encuentren enlistados en el art. 1 de la Ley 62 de 1985, atendiendo las reglas fijadas en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019. Lo anterior sin perjuicio de que se aplique el régimen de la Ley 33 de 1985 o de la Ley 100 de 1993, si la liquidación bajo estas normas resultara más favorable a la actora.

INDEXACIÓN

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán ajustadas con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

La demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en los artículos 187, 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 Estado, 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.

El Despacho condenará en costas a la entidad demandada en un valor equivalente a un 10% del SMLMV, habida cuenta que presentó excepciones que carecen de fundamento jurídico pues existe una línea jurisprudencial definida sobre la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación - FOMAG y no de los entes territoriales frente al pago de prestaciones sociales y reconocimientos pensionales.

REMANENTES DE LOS GASTOS

Comoquiera que no se consignó ninguna suma para gastos procesales no hay lugar para la liquidación de remanentes.

*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 Nro. 4717 de 12 de julio de 2021, mediante la cual se negó la solicitud pensional de la actora, de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, sin exigir el retiro definitivo del servicio para su efectividad, el reconocimiento de la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, que deberá liquidarse en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio mensual y teniendo en cuenta los factores salariales devengados por la señora LUZ MARINA ROMERO DE VACA durante el último año previo a cumplir el status pensional (11 de septiembre de 2019). Lo anterior sin perjuicio de que se aplique el régimen de la Ley 33 de 1985 o de la Ley 100 de 1993, si la liquidación bajo estas normas resultara más favorable a la actora.

TERCERO: Las sumas reconocidas deberán ser indexadas, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones invocadas en la demanda.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, a favor de la parte demandante con el 10% del S.M.M.L.V del año 2022, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: SIN REMANENTES.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS⁶

Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos.

El apoderado de la demandada interpone recurso de apelación y manifiesta que será sustentado dentro del término que indica la Ley.

Fungió como secretaria Ad-Hoc: Greissy Fernanda Palacios Moreno

⁶ <https://playback.livesize.com/#/publicvideo/c064b72e-90b1-4286-ae9b-96d7ca8325cd?vcpubtoken=eddb32a8-2fd3-48b0-97e4-8314ecc8cb56>

Firmado Por:
Yolanda Velasco Gutierrez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 012 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **a5a7e6e0eee9cfb8bb0786ba235e461f2ff9027bd6f7d77171dd978f54def350**

Documento generado en 15/09/2022 04:49:01 PM

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