



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veintidós (22) de junio del año dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: 15759333300220210002400
Demandante: Lyda del Carmen Rodríguez Avella
Demandado: Nación – Ministerio de Educación - FOMAG

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora LYDA DEL CARMEN RODRÍGUEZ AVELLA, actuando a través de apoderada judicial, solicita que se declare la nulidad del acto ficto producto de la presunta omisión en contestar la petición radicada el 29 de octubre de 2020 ante la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, por medio de la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1000 semanas de cotización.

Pretende se reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionada, es decir a partir del 15 de febrero de 2020, momento en que cumplió los 55 años de edad y 1000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo para proceder a su cancelación.

Igualmente busca que la sentencia se cumpla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del CPACA (*fls.2-4 arch.002*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda refieren que la señora Lyda del Carmen Rodríguez Avella nació el 15 de febrero de 1965 por lo que a la fecha de presentación de la demanda en el año 2021 tiene más de cincuenta y cinco (55) años de edad, realizó aportes al antiguo ISS hoy liquidado, semanas de cotización que actualmente se encuentran en COLPENSIONES y cuyos aportes como semanas de cotización suman 232,¹⁴ semanas.

Dice que la demandante fue nombrada el 12 de abril de 2004 por la Secretaria de Educación de Boyacá, como docente oficial y el cual mantiene hasta la fecha de presentación de la demanda

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Indica que 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 exigía el retiro del cargo de docente oficial, para que la cancelación de la pensión se hiciera efectiva en la nómina de pensionados.

Señala que en su actividad como docente oficial la demandante, 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). -arch 002-

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se transgredieron las siguientes disposiciones (fls.5-18 arch.01).

De orden Legal: Ley 71 de 1988, Art. 7; Ley 91 de 1989, Art. 15 numerales 1 y 2; Ley 60 de 1993, Art. 6; Ley 115 de 1993, Art. 115; Ley 100 de 1993, Art. 279; Ley 812 de 2003, Art. 81; Decreto 3752 de 2003, Art. 1 y 2.

Manifiesta que con la expedición del artículo 7º de la Ley 71 de 1988 se regula la pensión de jubilación por aportes a los docentes oficiales que hayan acreditado 20 años de aportes en cualquier tiempo en el Instituto de Seguros Sociales servicio y el sector público.

Señala que antes de 1988, no se podían computar los aportes al antiguo ISS (hoy Colpensiones), con los aportes al sector público, de tal forma que sólo 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 autónoma en cada uno de estos regímenes, era posible acceder a una pensión de jubilación o a pensión por aportes.

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 pensión por aportes a los 55 años de edad. En el sector docente estatal, fue ratificada esta condición, en el numeral 1º inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Afirma que los docentes que se vinculen después de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, ambas, se regirían 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 público oficial. Esto permite concluir que para los servidores públicos docentes vinculadas después de 1990, se unificó el régimen de prestaciones económicas y sociales, con el resto de empleados públicos del orden nacional.

Advierte que el Artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que los docentes vinculados 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 la mencionada fecha.

Afirma que el acto administrativo demandado desconoce el contenido de las normas transitorias que en el presente asunto le resultan aplicables a la demandante, 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 la ley 71 de 1988.

Considera que si la docente se encontraba laborando 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, por lo que 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 su representada por ser docente del orden nacional, como aparece demostrado en las certificaciones anexas al presente proceso.

Sostiene que la actora 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.

Agrega que así se hubiera vinculado después 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.

Explica que si un docente tiene acreditadas semanas de cotización al ISS, seguramente fue por que 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.

Cita las sentencias del Consejo de Estado: Del 22 de noviembre de 2007, sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Enrique José Arboleda, radicación 1.857, del 26 de febrero de 2006, Rad. No. 25000-23-25-000-2002-528-01(3710-05), M.P. Dr. Tarcisio Cáceres, del 16 de marzo de 2017, expediente: 25-000-23-42-000-2012-00275-01, N.º Interno: 1078-2014, Sentencia O-026-2017, del 16 de marzo de 2017, Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00285-01(2806-15),C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) no contestó la demanda.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada en la Oficina de Apoyo de Sogamoso el 4 de marzo de 2021 (*Arch.001*) siendo asignada por reparto a este Juzgado, así a través de proveído del 15 del mismo mes y año fue admitida (*Arch.004*).

Por auto del 2 de noviembre de 2021 (*Arch.012*) se advierte que el asunto objeto de la litis, es de puro derecho y no es necesaria la práctica de pruebas, razón por la cual conforme al numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se ordena el trámite de sentencia anticipada y ordena correr traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emita concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La mandataria judicial de la **parte demandante** radicó sus alegaciones finales (*arch.14*), indicando que la docente LYDA DEL CARMEN RODRÍGUEZ AVELLA, nació el 15 de febrero de 1965, por lo que en la actualidad cuenta con más de 55 años de edad y ha laborado por más de 20 años en entidades públicas y privadas, por ello cuenta con 232,14 semanas aportadas al ISS hoy COLPENSIONES. En el mismo sentido, se vinculó a la docencia oficial por primera vez el 12 de abril de 2004 y a la fecha de presentación de esta demanda, se desempeña como docente oficial.

Considera que por remisión directa del artículo 81 de la ley 812 del 2003, ha de entenderse que las normas aplicables al caso en concreto es la ley 71 de 1988, pues está en concordancia con lo establecido en las leyes 33 de 1985 y 62 de ese mismo año, las cuales contemplan una pensión equivalente al 75% como ingreso base liquidación, que debe estar conformada por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Arguye que de las normas mencionadas resulta claro y evidente que si el educador se encontraba laborando con anterioridad al 26 de junio del 2003 y hubiera realizado aportes a alguna caja de previsión del sector público o el ISS hoy COLPENSIONES, debe respetarse el régimen de transición que contiene el artículo 81 de la ley 812 del 2003 en consonancia con la ley 71 de 1988. En tal sentido, los docentes vinculados antes del año 2003, se les aplican las normas anteriores a la expedición de la Ley 812 del 2003, es decir, la Ley 71 de 1988. De tal manera que, si el docente se encontraba laborando como tal antes del 23 de junio del 2003 o aportando alguna caja del sector público, ISS hoy COLPENSIONES, se le debe respetar el REGIMEN DE TRANSICIÓN establecido en la Ley 71 de 1988 y el artículo 8 de la Ley 812 del 2003 el cual le es aplicable a todos los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del poder público.

Advierte que, en cuanto a la doble asignación en el ramo de la educación era jurídicamente viable devengar simultáneamente pensión y salario, pues así lo permitía el Decreto 224 de 1972 en su artículo 5°. Igualmente, el Decreto 2277 de 1979, esto es el Estatuto Docente, en su artículo 70 reguló la compatibilidad entre la asignación pensional y el salario percibido como remuneración por el servicio activo. No obstante, la norma anterior fue declarada inexecutable por la Corte

Suprema de Justicia – Sala Constitucional, en providencia del 14 de septiembre de 1979, Acta No. 15 de febrero 20 de 1981, y posteriormente en el inciso 3° del artículo 6° de la Ley 60 de 1993, consagró la misma compatibilidad entre pensiones y cualquier otra clase de remuneración, disposición derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001. Refiere que el Consejo de Estado, en sentencia de la Sección Segunda-Subsección B, de 14 de agosto de 2009, radicado No.05001-23-31-000-2004-03824-01(2170-08), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, consideró que los docentes pensionados o que se pensionen en el futuro tienen derecho a la compatibilidad entre pensión y salario.

Precisa que la vida laboral y los aportes con miras a cubrir el riesgo de vejez del demandante iniciaron con cotizaciones al Instituto de Seguro Social (COLPENSIONES), para finalizar con el servicio de la docencia oficial con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como caja de previsión, de conformidad con la historia laboral es en lo que se fundamenta la aplicación de la pensión por aportes consagrada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, pues se verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos en éste. Se pretende por este medio de control se declare la nulidad del acto administrativo ficto que negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación en el marco legal establecido por las Leyes 71 de 1988 y 91 de 1989. Es decir, que se solicita el reconocimiento y pago de la pensión en cuantía equivalente al 75% del salario y todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status. Solicita finalmente que se declare la nulidad del acto administrativo demandado.

La demandada **Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG** por intermedio de apoderada, presenta sus alegaciones finales (*Archivo 15*), quien luego de citar las normas en relación con el ingreso base de liquidación de las personas beneficiarias del régimen de transición, señala que contrario a lo que indica la demanda, del material probatorio que se allega, se encuentra plenamente acreditado que la demandante se vinculó como docente afiliada a FOMAG con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, de tal suerte que para el caso concreto, su régimen pensional corresponde al de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Agrega que por lo anterior la argumentación que esgrime la parte demandante como concepto de violación que se enrostra al acto demandado, carece de fundamento suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad inherente al mismo, de suerte que las pretensiones de la demanda se encuentran llamadas a ser desechadas por parte del Despacho.

Precisa que, de conformidad con la fecha de vinculación de la parte demandante, los factores a tener en cuenta al momento de determinar el Ingreso Base de Liquidación son los contenidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Ello siempre que, respecto de estos, se hubiesen hecho los respectivos aportes.

Para fundamentar su postura cita la sentencia del Consejo de Estado: SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida dentro del radicado No. 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17), Sección Segunda con ponencia del Doctor CÉSAR PALOMINO CORTÉS y solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

La **Agente Delegada del Ministerio Público** ante este despacho no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la demandante Lyda del Carmen Rodríguez Avella tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), reconozca la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización, en los términos de la ley 71 de 1988, sin exigir el retiro definitivo del cargo, con pago en compatibilidad con el salario que devenga al servicio docente, caso en el cual se debe examinar la legalidad del acto que niega el derecho deprecado.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Régimen pensional docente

El literal B) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 estableció una pensión de jubilación en favor de todos los empleados del Estado vinculados por la Nación, como por las entidades territoriales que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, modificada por Artículo 4 de la Ley 4 de 1966.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 equiparó en 55 años la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación y se unificó la pensión vitalicia en una suma equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para liquidar los aportes durante el último año de servicio, adicionalmente en su parágrafo 2, estableció un régimen de transición, norma que no es aplicable al presente caso.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, que en materia de pensiones el numeral primero del artículo 15, respecto de los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones sociales y económicas, dispuso que se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional: Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

La ley en cita, como tampoco las leyes Ley 60 de 1993 y 115 de 1994 no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes y por tanto, resulta aplicable para ellos la Ley 33 de 1985.

La Ley 100 de 1993 estableció un nuevo sistema de seguridad social integral, que entre otros aspectos, regula el sistema general de pensiones, no obstante en su artículo 279 inciso 2, excluye expresamente a los afiliados al FOMAG.

De contera, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados a la fecha en que entró en vigencia la ley, sería el establecido en las disposiciones vigentes, para el caso corresponde a las Leyes 33 y 62 de 1985 y para los docentes vinculados con posterioridad a su vigencia, sería el régimen pensional de prima media de la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2002.

Ahora bien, pese a que después de la vigencia de la Ley 812 de 2003 se imponga para los docentes el régimen de prima media, es menester aclarar que en virtud de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 se encuentran excluidos de esa norma los maestros afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 9 de 1989 a quienes se les aplica la normativa anterior, se reitera, las Leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

En este punto es pertinente recordar los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 para adquirir el derecho a la pensión, en cuyo artículo 1° establece:

“Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión 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. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el Artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 Artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969. (...)”

De lo antes expuesto se concluye que se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, aquellos docentes afiliados al FOMAG antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, pues en ese caso será procedente resolver las controversias surgidas en torno a su derecho pensional tomando como base la normativa anterior.

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 1988², 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.

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»

Sobre el alcance de esta pensión, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de junio de 2011 (Exp. 117-2009), C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, concluye, a partir de la redacción del citado artículo:

«(...) la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados

² Ley 71 de 1988 «Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones».

al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión».

De otro lado esta Corporación³ ha indicado, que la aplicación de régimen pensional dispuesto en la Ley 71 de 1988 es viable por beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que prevé:

«ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

(...)».

El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por «los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos géneros, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados». Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición⁴.

Así, en la hipótesis del docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado,

³ Consejo de Estado: Sentencia del 28 de enero de 2021, Sección Segunda, C.P. Dra Sandra Lisset Ibarra Véles, radicación 2075-18,

⁴ Los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social están taxativamente determinados en el artículo 279 de la misma Ley 100, sin que se mencione como exceptuado el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (C-540 de 2008).

debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudirse íntegramente a esta última norma⁵.

Pero además de cumplir con el requisito del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se deben cumplir con las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, que son haber cotizado al menos 750 semanas a la fecha de entrar en vigencia el Acto Legislativo y que adquiriera el derecho a la pensión antes del 31 de diciembre de 2014⁶.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia del 28 de enero de 2021, expediente 76001-23-33-000-2013-00942-01 (2075-18), anotando además que ya se había pronunciado en reciente oportunidad en sentencia del 19 de junio de 2020,⁷ providencia que fue objeto de acción de tutela que fue negada a través de fallo del 05 de noviembre de dicho año⁸.

(...)

En ese orden, la Sala encuentra que el demandante tampoco reúne los requisitos para que le sea reconocida la prestación, en tanto para el momento en que agotó vía gubernativa, no contaba con 62 años de edad ni acumulaba 1300 semanas, requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, después de cobrar plenos efectos la modificación de tales supuestos instituida por la Ley 797 de 2003.

(...)

10. CASO CONCRETO

En el presente asunto la pretensión principal está encaminada determinar si la señora Lyda del Carmen Rodríguez Avella tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1.988, por lo que se deberá analizar primeramente cuál es la norma que regula la situación pensional de la demandante.

Aterrizando el supuesto fáctico propuesto en la demanda y la demostración de tales hechos, al marco legal y jurisprudencial antes citado, se arriba a la conclusión de que sin el tiempo de 20 años en el sector público, si el docente pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues de lo contrario, se deberá dar aplicación a esta última norma.

Conforme a la copia del registro civil de nacimiento y a la cédula de ciudadanía (fls.24 y 25; Arch.002), la demandante Lyda del Carmen Rodríguez Avella nació el 15 de febrero de 1965, en consecuencia, cumplió los 55 años el 15 de febrero de 2020, por lo tanto para el 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con de 29 años de edad.

⁵ Consejo de Estado: Del 28 de enero de 2021, Sección Segunda, C.P. Dra Sandra Lisset Ibarra Véles, radicación 2075-18.

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, mayo 13 de 2020, Exp.1523833001201201600160-01, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

⁷ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., 19 de Junio de 2020. Expediente: 76001-23-33-000-201601621-01. Número Interno: 3327-2019 Demandante: Jairo Rivera Micolta. Demandado: FOMAG.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, CP: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., 05 de Noviembre de 2020. Radicación: 11001-03-15- 000-2020-04310-00

Por otra parte, en cuanto al el tiempo de servicios, obra en el expediente resumen de semanas cotizadas expedida por COLPENSIONES que evidencian que la demandante referida, efectuó aportes desde el 01 de enero de 1996 al 31 de julio de 2000 periodo durante el cual cotizó un total de 232,14 semanas como refelja la historia laboral (fls. 27; Arch.002)

Además de acuerdo al “Formato Único para la expedición de Certificado de Historia Laboral del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” (fls. 36 a 39 arch 002) la docente se encuentra vinculada el **12 de abril de 2004**, como se detalla a continuación, contando con un tiempo total de 16 años, 5 meses y 20 días hasta la fecha de expedición del certificado de historia laboral (1° de octubre de 2020), , periodos durante los cuales ha realizado aportes a FOMAG. Veamos:

- Colegio Toquilla Sección Soriano del Municipio de Aquitania, del 12 de abril de 2004 al 31 de octubre de 2009
- Institución Educativa Toquilla del Municipio de Aquitania Sede Principal, del 1 de noviembre de 2009 al 10 de abril de 2019.
- Institución Educativa Luis Guillermo Rojas Barrera del Municipio de Tununguá desde el 11 de abril de 2019 al 9 de junio de 2019.
- Institución Educativa Toquilla del Municipio de Aquitania Sede Principal desde el 10 de junio de 2019, vinculación que seguía vigente para la fecha de expedición del certificado, esto es 1° de octubre de 2020.

Adicional a lo enlistado, la aquí demandante no acredita tener tiempos de servicios privados, ni semanas de cotización adicional, según el reporte expedido por Colpensiones que fue allegado al expediente (fl. 27 arch 002),

Conforme a los tiempos acumulados por la accionante, considera el Despacho que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión por aportes determinada por la ley 71 de 1988, toda vez que no es beneficiaria del régimen de transición del Art. 36 de la ley 100 de 1993, dado que para la fecha de entrada en vigencia, contaba con la edad de 29 años de edad y no acredita tiempo de servicios que la norma exige, por lo que el régimen de pensión aplicable deviene de las disposiciones consagradas en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que exige como requisitos para el reconocimiento pensional, la cantidad de 1300 semanas de cotización al sistema y 57 años de edad.

En efecto, la demandante acredita acumuladas aproximadamente 1076 semanas de cotización hasta el año 2020, y a pesar que al parecer aún continúa vinculada a la docencia, se concluye que no cumple con el requisito de las semanas de cotización, a lo cual se suma que para el momento en que agotó la vía administrativa no contaba con los 57 años de edad los cuales fueron cumplidos hasta el 15 de febrero del presente año 2022, requisitos exigidos por la norma que la cobija por lo que fuerza concluir que no reunía los requisitos exigidos para que le sea reconocida la pretensión pensional.

Bajo este contexto, definido el régimen jurídico aplicable al derecho pensional de la demandante que no es otro que el contemplado en la Ley 100 de 1993, y como quiera que encuentra demostrado que la demandante no tiene derecho a la pensión de jubilación por aportes, se negarán las pretensiones de la demanda.

11.CONDENAS EN COSTAS

Teniendo en cuenta el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, norma que fue

adicionada en sentido de establecer que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, interpretado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. José Ascensión Fernández Osorio, en sentencia de fecha 28 de octubre de 2021, al decir que la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la demanda o su oposición carezca de sustento jurídico.

En este orden, esta instancia no impondrá condena en costas como quiera que la tesis de la parte actora contó con sustento argumentativo, pese a que no fue aceptada por el Despacho, suerte que siguen las agencias en derecho.

12. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”*

FALLA:

Primero.- Negar las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero.- Ejecutoriada esta providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello y archívese el expediente, dejando las anotaciones de rigor.

AREL

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Nelson Javier Lemus Cardozo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
002
Sogamoso - Boyaca

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: **d1fd705fa7bd6cffcd2e39bbdc7583cc031b7d6cfe2f846265062e8774f4c991**

Documento generado en 22/06/2022 04:25:50 PM

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