



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)

Demandante: MAGDALENA PEÑUELA VARGAS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹

Tema: Reconocimiento y pago pensión de jubilación docente. Pensión por aportes Ley 71 de 1988. Relación con solución de continuidad. Ingreso anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Compatibilidad pensión y salario como docente.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA- LEY 1437 DE 2011

ASUNTO

La Sala de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 22 de octubre de 2020, proferida por el Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.



I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA²

La señora Magdalena Peñuela Vargas, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011³, formuló en síntesis las siguientes:

¹ En adelante FOMAG

² Folios 16 a 36.

³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.



1.1. Pretensiones

La nulidad de la Resolución 10615 del 17 de octubre de 3018, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante la cual se negó el reconocimiento de una pensión de jubilación.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a: (a) reconocer una pensión de jubilación por aportes, equivalente al 75% de los salarios y primas percibidas en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico; (b) pagar las mesadas atrasadas debidamente indexadas y con intereses moratorios; (c) incluirla en nómina; (d) sufragar costas y agencias en derecho y (e) cumplir el fallo en los términos de los artículo 192 y 195 del CPACA.

1.2. Fundamentos fácticos relevantes

Los siguientes son los fundamentos de hecho de las pretensiones:

La señora Magdalena Peñuela Vargas relató que (i) nació el 31 de mayo de 1960; (ii) realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales –ISS–, hoy COLPENSIONES, por 554 semanas; (iii) se vinculó como docente oficial el 5 de octubre de 2001 y continúa en dicha labor hasta la fecha de presentación de la demanda; (iv) el 13 de septiembre de 2018, solicitó del FOMAG el reconocimiento de la pensión de jubilación, en aplicación de la Ley 71 de 1988 y (v) su petición fue negada, a través de la Resolución 10615 del 17 de octubre de 2018.



1.3. Normas violadas y concepto de violación

La accionante invocó como disposiciones vulneradas las siguientes: artículos 7 de la Ley 71 de 1988; 15 - numerales 1 y 2 de la Ley 91 de 1989; 6 de la Ley 60 de 1993; 115 de la Ley 115 de 1993; 279 de la Ley 100 de 1993; 81 de la Ley 812 de 2003 y, 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.



Al desarrollar el **concepto de violación**, precisó que las entidades accionadas al negar el reconocimiento pretendido no se ajustaron a las disposiciones en que deberían fundarse.

Destacó que acumuló tiempos de cotización como docente oficial antes del 23 de junio de 2003 y alcanzó la edad de 55 años, condiciones que hacen que le sea aplicable el régimen pensional establecido en las Leyes 812 de 2003 y 71 de 1988, el cual, además, es compatible con el salario devengado.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según informe secretarial obrante a folio 53, la pasiva no contestó la demanda.

3. AUDIENCIA INICIAL⁴

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 17 de septiembre de 2020, atendiendo lo normado en el numeral 1 del artículo 13 de Decreto 806 de 2020, prescindió de la audiencia inicial y ordenó (i) tener como pruebas las allegadas al proceso; (ii) requerir a las partes para que alleguen copia electrónica de las piezas procesales en su poder y (iii) correr traslado para alegar de conclusión.



4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

Mediante sentencia del 22 de octubre de 2020, la Sección Segunda, Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

De acuerdo con las pretensiones de la demanda consideró que la normatividad que rige el caso corresponde a lo establecido en la Ley 812 de 2003 y relacionó el contenido de la sentencia de

⁴ Folios 54 y 55.

⁵ 54 y 55



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

unificación SUJ-014-CE-S2-2019 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019.

A pesar de lo anterior, señaló que si bien es cierto que la accionante ingresó a la docencia como interina el 5 de octubre de 2001, también lo es que no es posible aplicarle lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988, toda vez que, para el 27 de junio del 2003, no se encontraba activa, pues se retiró el 30 de noviembre de 2002 y fue vinculada nuevamente el 2 de septiembre de 2003.

Por lo anterior, estableció que debe acogerse al régimen pensional general reglado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 «cuando complete las 1300 semanas de aportes, ya que al 31 de mayo de 2015 superó los 57 años de edad.»

Por último, relacionó los tiempos de servicio y adujo que hubo solución de continuidad en la vinculación, ya que en varias oportunidades superó los quince días hábiles de interrupción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978.



Condenó en costas y agencias en derecho a la demandante.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN⁶

La accionante solicitó revocar la decisión y acceder a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

Insistió en que laboró por más de 20 años en entidades públicas (como maestra) y privadas, razón por la cual, su derecho pensional no debía examinarse conforme a la premisa del régimen de prima media, al cual direcciona la Ley 812 de 2003 para los docentes que se vincularon con posterioridad a su vigencia, toda vez que su ingreso data de tiempo atrás. Por ello, debía regirse por lo previsto en la Ley 71 de 1988, norma que posibilita computar tiempos de los

⁶ Folios 96 Vto., a 104 Vto.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

sectores públicos y privados, no siendo entonces viable examinar la pretensión bajo la óptica de la Ley 91 de 1989, que, por el contrario, no permite tal sumatoria.

Señaló que la Ley 812 de 2003 no fija exigencias adicionales respecto a la continuidad para poder acceder a la prestación solicitada, sino que el legislador impuso como único requisito presentar vinculación previa al 26 de junio de 2003 para tener derecho al régimen de transición de la Ley 812 de 2003.

Afirmó que verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 71 de 1988 por (i) haber nacido el 31 de mayo de 1960 y alcanzado 55 años de edad en el 2015 y (ii) acumular un total de 1.049,98 semanas de servicio con aportes realizados en los sectores públicos y privados.

Agregó que, de acuerdo con la jurisprudencia emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se establece que cuando se aplica el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 en materia pensional, debe acudirse a las previsiones de los artículos 6 y 8 del Decreto 2709 de 1994 «que establecen un método propio de cálculo del IBL en línea a que el monto de la pensión sea equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.»

Respecto a la solicitud de compatibilidad entre la mesada pensional y el salario, precisó que, si bien el artículo 128 de la Constitución Política establece la prohibición de recibir doble asignación proveniente del Tesoro Público, el literal g) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 estableció una excepción aplicable a los docentes y así lo contempló el Consejo de Estado en sentencia de 14 de agosto de 2009 (radicado interno 2170-2008).

Por último, solicitó revocar la condena en costas de que fue sujeto.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no se manifestaron.





El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardaron silencio según se constata en el aplicativo SAMAI.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 328⁸ del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por la apelante.

2. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la accionante, le corresponde a la Sala determinar:

- ¿Si la señora Magdalena Peñuela Vargas, quien se desempeñó como docente, tiene derecho a la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 y si resulta compatible con el sueldo que devenga como docente?



⁷«El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.[...]»

⁸«ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que, en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

- ¿si debe revocarse la condena en costas de primera instancia?

Para resolver los problemas jurídicos, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) régimen pensional aplicable a los docentes oficiales. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019; (ii) pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 y, (iii) análisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1 Régimen pensional aplicable a los docentes oficiales. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

Esta Sección del Consejo de Estado⁹ en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, unificó su criterio en torno a la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, oportunidad en la cual determinó las siguientes reglas jurisprudenciales:



«a. Los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, y por tanto los factores en sus liquidaciones pensionales son aquellos sobre los que efectuaron los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, y, por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los señalados en el citado artículo.

b. En el caso de los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se les debe aplicar 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. Para la liquidación pensional los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.»

A las anteriores conclusiones arribó la Sección Segunda del Consejo de Estado previos los siguientes razonamientos:

«[...]

⁹Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2 -2019. Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-17)



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

53. La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.

[...]

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir**





ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “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 hiciera 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”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

✓ **Edad: 55 años**





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

- ✓ **Tiempo de servicios:** 20 años
- ✓ **Tasa de remplazo:** 75%
- ✓ **Ingreso Base de Liquidación:** Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) **los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**» Destacado fuera del texto original.

A través de la sentencia citada, se precisó que, según el párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, que **dependerá de la fecha de vinculación al servicio educativo oficial que acredite cada docente**, para tal efecto distinguió lo siguiente:

- a) El derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas: 55 años de edad, 20 de servicios y 75% de los factores previstos en la Ley 62 de 1985.
- b) Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, 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. Para este personal, el ingreso base de liquidación se rige por lo previsto en la Ley 100 de 1993, con los factores señalados por el Decreto 1158 de 1994, sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.





Ahora bien, por tratarse de una sentencia de unificación, las reglas fijadas en ésta tienen valor vinculante y son de obligatorio cumplimiento en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. De tal manera, bajo dicha posición jurisprudencial se analizará el asunto de la referencia.

3.2 La pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988.

La Ley 71 de 1988¹⁰ 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»**



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

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

¹⁰ Ley 71 de 1988 «Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones».



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

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

[...]

ARTICULO 8. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.»

Posteriormente, el artículo 6 transcrito fue derogado por el artículo 24¹¹ del Decreto 1474 de 1997, sin embargo, esa determinación fue anulada por esta Sección a través de sentencia del 15 de mayo de 2014¹², en la que se expuso lo siguiente:

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

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



¹¹ Artículo 24. Vigencia y derogatorias. Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica los siguientes artículos del Decreto 1748 de 1995: 3º, 9º, 12, 15, 16, 17, 24, 28, 35, 36, 37, 41, 44, 52 y 57 y deroga el numeral 2º del artículo 3º, el artículo 25, el inciso 3º del artículo 29, el literal c) del artículo 36, el inciso 7º del artículo 47, el artículo 51 y el párrafo transitorio del artículo 52 del mismo Decreto 1748 de 1995. Así mismo, modifica el artículo 8º del Decreto 1887 de 1995, y deroga el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 y todas las demás normas que le sean contrarias. (Negrilla fuera del texto).

¹² C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 11001-03-25-000-2011-00620-00 (2427-2011).



En ese orden de ideas, toda vez que el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, había cobrado vigencia nuevamente a partir de dicha declaratoria de nulidad, la Corporación entendió en su momento¹³ que la regla que debía tenerse en cuenta sobre el IBL con derecho a la pensión por aportes era la dispuesta en esa norma, posición que era concordante con el criterio judicial sostenido a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁴, de acuerdo con el cual, el periodo y el ingreso base de liquidación debía ser el 75% de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios.

No obstante, como se indicó en el acápite anterior, la Sala Plena de la Corporación fijó el criterio de unificación para la pensión de docentes en sentencia del 29 de abril de 2019.

4. Caso concreto

En el caso de la señora Magdalena Peñuela Vargas se encuentra acreditado lo siguiente:



- a. Nació el 31 de mayo de 1960¹⁵, por lo tanto, para el 13 de septiembre de 2018, fecha de reclamación pensional ante la Secretaría de Educación de Bogotá, contaba con 58 años de edad.
- b. De acuerdo con el formato único para expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá¹⁶, la accionante (i) se vinculó como docente en interinidad de manera interrumpida desde el 5 de octubre de 2001 hasta el 15 de octubre de 2003; (ii) en provisionalidad, también de manera interrumpida, desde el 8 de marzo de 2004 hasta la fecha de presentación de la demanda, y realizó cotizaciones al FOMAG.

¹³ Ibídem.

¹⁴ C.P.: Víctor Hernando Alvarado

¹⁵ Según se desprende de la fotocopia de la cédula de ciudadanía y del Registro Civil de Nacimiento allegados a folios 3 y 4 respectivamente.

¹⁶ Folios 9 a 11.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

- c. Según el reporte de semanas cotizadas expedidas por COLPENSIONES el 12 de septiembre de 2018¹⁷, la accionante reportó 554,57 semanas cotizadas en el sector privado y como independiente.
- d. Del formato único para expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá¹⁸, se extrae que la demandante devengó los siguientes factores salariales así:
- Del 23 de octubre de 2017 al 1 de diciembre de 2017:
 - Sueldo
 - Bonificación decreto
 - Prima de navidad
 - Del 31 de diciembre de 2018 al 30 de julio de 2018
 - Sueldo
 - Bonificación decreto
- e. Mediante solicitud presentada el 13 de septiembre de 2018, la accionante solicitó a la Secretaría de Educación de Bogotá «el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada», en aplicación a lo establecido en la Ley 71 de 1988, es decir, con 55 años de edad y 20 de servicio¹⁹
- f. Mediante la Resolución 10615 del 17 de octubre de 2018 expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá²⁰, le fue negada la pensión de jubilación por aportes con las siguientes consideraciones:
- De acuerdo con la solicitud y revisados los documentos, encontró que:

«[...] fue nombrada en provisionalidad el 08/03/2004 mediante Resolución 0676 del 04/03/2001 con vinculación DISTRITAL-



¹⁷ Folios 5 y 6.

¹⁸ Folios 12 y 13.

¹⁹ Según se extrae del contenido de la Resolución 10615 del 17 de octubre de 2018.

²⁰ Folios 14 y 15.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES, razón por la cual es aplicable el régimen establecido en la Ley 812 de 2003.

Que de acuerdo con lo anterior, la docente se vinculó con la Secretaría de Educación, entrando en vigencia la norma ya citada, por lo cual [la accionante] se acoge a los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 con sus requisitos previstos para su goce, a excepción de la edad, que para el presente caso la educadora tendría que tener 57 años. Razón por la cual la (sic) docente no le es aplicable la ley 71 de 1988, que establece los parámetros para la pensión por aportes.
[...]

5. Análisis sustancial

5.1. ¿Si la señora Magdalena Peñuela Vargas, quien se desempeñó como docente, tiene derecho a la pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 y si resulta compatible con el sueldo que devenga como docente?

En el presente caso se encuentra acreditado que la accionante se desempeñó de manera interrumpida en el sector privado y en el sector público como docente así:



- ❖ Conforme al Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por COLPENSIONES (fsl. 5 y 6):

NOMBRE O RAZÓN SOCIAL	FECHA DE INICIO			FECHA DE TERMINACION			TOTAL DIAS
	DIA	MES	AÑO	DIA	MES	AÑO	
TIA LTDA	17/04/1979			17/05/1979			31
INELSO LTDA	18/08/1980			18/12/1980			121
INELSO LTDA	1/01/1981			12/05/1981			132
CENTRO DE ESTUDIOS POR LA N	5/03/1984			30/06/1988			1556
CENTRO DE ESTUDIOS POR LA N	26/07/1988			31/12/1989			516
CENTRO DE ESTUDIOS POR LA N	1/01/1990			1/02/1994			1471



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

PEÑUELA DE ZÚÑIGA MAGDALENA	8/08/1994	31/12/1994	144
TOTAL			3827

- ❖ Conforme al Formato Único para Expedición de certificado de Historia Laboral expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá (fls.9 a 11), estuvo vinculada como docente así:

	FECHA DE INICIO			FECHA DE TERMINACION			TOTAL DIAS
	DIA	MES	AÑO	DIA	MES	AÑO	
DOCENTE EN INTERINIDAD	5/10/2001			30/11/2001			56
	18/02/2002			22/03/2002			35
	1/04/2002			6/05/2002			36
	30/05/2002			14/06/2002			15
	15/07/2002			11/10/2002			87
	15/10/2002			30/11/2002			46
	TOTAL						

	FECHA DE INICIO			FECHA DE TERMINACION			TOTAL DIAS
	DIA	MES	AÑO	DIA	MES	AÑO	
DOCENTE EN PROVISIONALIDAD	8/03/2004			12/07/2010			2285
	5/08/2011			17/08/2011			13
	23/01/2013			12/02/2013			20
	25/02/2013			21/04/2013			57
	22/04/2013			19/06/2013			58
	8/07/2013			18/08/2013			41
	11/09/2013			1/10/2013			21
	14/10/2013			28/10/2013			15
	12/11/2013			8/12/2013			27
	20/01/2014			4/02/2014			15
	5/02/2014			16/03/2014			42
	18/03/2014			14/06/2014			87
	17/06/2014			20/06/2014			4
	2/05/2016			4/12/2016			213
	23/10/2017			13/08/2018			291
	TOTAL						



En atención a estas precisiones, resulta pertinente poner de presente que, al margen de que la actora hubiese prestado sus servicios como docente interina o en provisionalidad y a pesar de la solución de continuidad que se configuró en el marco del nexo laboral de la libelista como educadora pública -tal como se



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

desprende de las certificaciones relacionadas—, lo cierto es que desde el preciso momento en que aquella detentó una vinculación legal y reglamentaria, adquirió el derecho a dársele el tratamiento normativo y jurisprudencial propio de los educadores oficiales en lo que respecta al régimen pensional que reclama, es decir, desde el 5 de octubre de 2001.

Así lo ha sostenido esta Sala de Subsección²¹, en el sentido de que la prestación material del servicio determina el régimen del servidor:

«En consecuencia, la prestación material del servicio como docente determina el régimen del servidor, y por lo tanto se debe acudir al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual preceptúa que el régimen pensional aplicable a los maestros vinculados con anterioridad a la vigencia de la mencionada norma es el establecido en las disposiciones pensionales vigentes hasta ese momento, por tal motivo, son aplicables las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985.»(Subrayado fuera de texto).

Bajo el referido contexto, no debe entenderse como lo hizo el *a quo*, que la interrupción o suspensión del servicio oficial se configure como óbice para determinar el régimen pensional que cobija su situación jurídica, pues la Sección Segunda²², en asuntos con contornos similares al presente, ha avalado el reconocimiento de la pensión de jubilación de estos educadores en observancia de la totalidad de los interregnos de labor, aun cuando se hubiere presentado discontinuidad entre los mismos. Al respecto:

«[...] De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el actor (i) nació el 17 de mayo de 1958; (ii) prestó sus servicios, como docente nacionalizado, al departamento de Risaralda del 19 de agosto de 1978 al 28 de enero de 1997 y al municipio de Dosquebradas entre el 16 de febrero de 2009 y el 4 de junio de 2010 y del 8 siguiente al 30 de abril de 2011; y (iii) el 10 de agosto de 2015 requirió del Fomag el reconocimiento de la pensión de jubilación, negada a través de los actos administrativos acusados,

²¹ Consejo de Estado- Sala de Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda – Subsección A- consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández- sentencia del ocho (08) de octubre de dos mil veinte (2020), radicación:15001-23-33-000-2015-00665-01 (0315-2017).

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de septiembre de 2020, radicación: 66001-23-33-000-2017-00470-01(3514-19), demandante: Heriberto De Jesús Grajales Oyuela.





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

al considerar que no cumple el requisito de 1300 semanas de cotización, de acuerdo con la Ley 812 de 2003, norma que le resulta aplicable al haberse vinculado el «2009-02-19».

De acuerdo con lo anotado en el acápite precedente, aquellos docentes cuya vinculación sea posterior a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, esto es, al 27 de junio del mismo año, pese a que su afiliación la asume el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en materia pensional le son aplicables las normas contenidas en la Ley 100 de 1993, junto con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, salvo respecto de la edad para adquirir el estatus pensional, la cual, según el artículo 81 de la mencionada Ley 812 de 2003, es de 57 años para hombres y mujeres.

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. [...]». (Resalta la Sala).



En el *sub iudice*, el tribunal de primera instancia consideró que no podía ser beneficiaria de la pensión establecida en la Ley 71 de 1988, porque al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2013 «la actora no se encontraba vinculada como docente.» Ello sumado al hecho de que se hubiesen presentado interrupciones que superan los 15 días.

Empero, para la Sala no es de recibo el anterior argumento, precisamente porque, tal como se indicó en la precitada providencia del 18 de septiembre de 2020, para efectos de comprobar cuál



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

régimen prestacional le es aplicable, no pueden desconocerse las vinculaciones que este hubiere ostentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, pues ello sería tanto como afirmar que dichos períodos de servicios en el sector oficial y en los cuales estuvo vinculado al magisterio, no producen efectos jurídicos, máxime cuando en el presente caso no se trata de una nueva educadora que ingresó por primera vez al sistema especial de la docencia estatal, sino que su labor se vio interrumpida justamente al momento de la promulgación de la normativa en mención.²³

Con base en lo expuesto hasta este punto, resulta procedente aplicar las reglas de unificación para efectos del reconocimiento pensional a favor de la actora.

Del acervo probatorio se advierte que (i) cumplió 55 años de edad, el 31 de mayo de 2015 y (ii) acredita tiempos cotizados como docente oficial y empleada privada e independiente que superan los de 20 años.

Precisado lo anterior, se tiene entonces que, como la vinculación de la demandante al servicio docente se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y perduró inclusive hasta la presentación de la demanda, le resulta aplicable el régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989 para los docentes oficiales, razón por la cual, su derecho pensional ha de regirse por las disposiciones legales aplicables a los pensionados del sector público nacional anterior a la Ley 100 de 1993, entre las cuales se encuentra la Ley 71 de 1988 que contempló la pensión de jubilación por sumatoria de aportes.

Ahora bien, respecto del ingreso base de liquidación, esta Sala de Subsección²⁴ en referencia a la liquidación de la pensión de jubilación docente por aportes, ha precisado lo siguiente:

²³ En ese mismo sentido en reciente pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 24 de febrero de 2022, radicación interna 4650-2019, C.P William Hernández Gómez.

²⁴ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A- Consejero ponente: William Hernández Gómez- sentencia del dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)- radicación número: 25000-23-42-000-2013-06853-01(4391-14).





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

«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, pues es en cuanto al caso de marras que en esta oportunidad nos remitimos a la mentada norma que complementa el régimen de pensiones, en el sentido que ésta 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 disposiciones normativas aisladas 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. Como en efecto lo consideró la doctrina nacional especializada en la materia, el doctor Gerardo Arenas Monsalve en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para aquellos casos en que los trabajadores que se hicieron beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien ésta norma «[...] no constituye propiamente un régimen anterior; pero su aplicación por transición es válida e interesa, como se ha señalado con acierto, “a aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100, después de ésta, no reunían los requisitos para pensionarse con base en la Ley 33/85 o con el Decreto 758/90, esto es, que no tenían 20 años de servicio público, en el primer caso, ni quinientas semanas cotizadas al ISS en los últimos veinte años al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, en el segundo caso, pero que sumando los tiempos cotizados en ambos sectores, éstos arrojan no menos de veinte años de aportes [...]»²⁵.

Aun con esta línea de intelección esbozada, es imperioso aclarar que tal como se contempló en la providencia aludida, los docentes a quienes les aplica este régimen anterior al 26 de junio de 2003²⁶, se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por mandato del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Por esa misma razón, aquellos 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 *ibídem*.

²⁵ Gerardo Arenas Monsalve. El régimen de transición pensional. En: derecho colombiano de la seguridad social, p. 293.

²⁶ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

En este sentido, al no resultar regentes para el caso de los aludidos educadores oficiales las previsiones que sobre el ingreso base de liquidación formuló la Ley 100 de 1993, evidentemente el período para la determinación de tal concepto no podría ser el correspondiente al del artículo 21 de la norma *ejusdem*, sino el previsto en la Ley 33 de 1985, tal como lo dispuso la mentada sentencia de unificación, lo cual, además es concordante con las disposiciones de la materia previstas por la Ley 71 de 1988 (en este caso particular de pensión por acumulación de aportes privados y públicos).

«Artículo 6º. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

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

Ahora bien, tal como se resaltó en la norma trasuntada, el período que debe tenerse en cuenta para calcular el IBL de la pensión por aportes es el del último año de servicios. Sin embargo, dicho presupuesto contempla la excepcionalidad legal que le sea propia, y por tal motivo, al verificar que el presente caso se trata de una pensión por aportes de un docente oficial, claramente se presenta una divergencia que atañe a que el período aludido es el del año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional y no el de la última anualidad de labores.

A este punto se arriba en la medida en que precisamente, la condición especial de los educadores estatales, implica que éstos pueden percibir dos asignaciones del tesoro público como serían específicamente el salario y la pensión ordinaria de jubilación, tal como lo contempla el artículo 19, literal g) de la Ley 4.ª de 1992. Aquel planteamiento supone que no era necesaria la demostración ante el FNPSM del retiro definitivo del servicio para hacer efectiva su prestación, pues a pesar de tratarse de una pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, la calidad de docente oficial es preponderante y genera la aplicación de previsiones excepcionales como esta.»

Conforme a lo anterior, **el periodo** que debe tenerse en cuenta para calcular el IBL de la pensión por aportes docente, corresponde al año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional como lo solicitó la demandante en su libelo inicial (que





Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

luego fue modificado en el recurso de apelación cuando solicitó la inclusión de los factores devengados durante el último año de servicios), por la condición especial de los educadores estatales de percibir dos asignaciones del tesoro público (sueldo y mesada pensional), conforme al artículo 19, literal g) de la Ley 4 de 1992, por lo que no es necesario demostrar el retiro del servicio para hacer efectiva la prestación pensional, tal como ya lo ha considerado esta Sala en anteriores pronunciamientos²⁷.

Así las cosas, se advierte que la demandante adquirió el estatus de pensionada el 31 de mayo de 2015, tras cumplir la edad de 55 años, en ese orden, se debe tener en cuenta el período correspondiente a las cotizaciones realizadas en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional, ya que se encuentra probado en el proceso que para dicha época ya superaba los 20 años de servicio.

En cuanto a los **factores salariales** a tener en cuenta, el Decreto 2709 de 1994 (regulatorio del artículo 7 de la Ley 71 de 1988) establece en su artículo 6º:

«Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.»

Así mismo indica que «Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.»²⁸ (Subrayado fuera de texto).

²⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda - Subsección A- consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández- sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021)- radicado: 25000-23-42-000-2016-01145-01 (2045-2018).

²⁸ Tal como se expuso anteriormente, para el caso de los docentes oficiales el período de liquidación de la pensión por aportes corresponde al año anterior a la fecha de adquisición del estatus jurídico respectivo.





Por otro lado, en la sentencia aludida esta Sala de Subsección²⁹ frente a los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión por aportes docente, estableció lo siguiente:

« [...]

Por último, en cuanto a los factores salariales a incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión por aportes a que tienen derecho los maestros oficiales con acumulación de cotizaciones del sector público y privado, debe señalarse que éstos efectivamente corresponden 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.

Por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a éstos, puesto que tal presupuesto fue objeto de definición de regla jurisprudencial de manera general en la sentencia de unificación objeto de estudio para este tipo de servidores, sin que por el hecho de consolidarse este caso en una pensión por aportes o por la condición de educadores ello pueda variar para contabilizar todos los emolumentos de tipo remunerativo que se hubiesen percibido” (subrayado fuera de texto).

Conforme a lo expuesto, según la mentada jurisprudencia de unificación, los factores salariales que se deben incluir en la liquidación son únicamente aquellos que se encuentran descritos en la Ley 62 de 1985³⁰ y sobre los cuales se hubiesen efectuado cotizaciones.



Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes (L.62/1985, art.1)
Asignación básica
Gastos de representación
Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
Dominicales y feriados
Horas extras
Bonificación por servicios prestados
Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ i) asignación básica mensual; ii) gastos de representación; iii) prima técnica; iv) primas de antigüedad, ascensional de capacitación; v) remuneración por trabajo dominical o festivo; vi) bonificación por servicios prestados; y vii) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

En consecuencia, no es procedente la liquidación de la pensión por aportes docente con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus como lo adujo en el escrito de apelación.

Si bien el presente caso no se allegó prueba de los factores salariales percibidos y cotizados en el año anterior al cumplimiento del estatus pensional pues únicamente relacionó los correspondientes al periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2017 y 30 de julio de 2018, lo cierto es que la entidad deberá tener en cuenta únicamente los factores salariales descritos en la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales se hubiesen efectuado cotizaciones en el año anterior al 31 de mayo de 2015.

5.1.1 Prescripción

Habida cuenta de que se accederá al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación deprecada por la parte activa, resulta indispensable verificar la ocurrencia o no del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas adeudadas.



El artículo 41 del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968 estableció el plazo de **tres años para que prescriban las acciones** que emanan de los derechos que el decreto consagró. Es decir, que el término se cuenta a partir de la fecha en que la obligación respectiva se hace exigible, la misma disposición indica que la simple reclamación que se presente por escrito por parte del trabajador o empleado a la autoridad que tenga la competencia para reconocer el derecho o la prestación interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual, esto es, por 3 años.

El artículo en mención fue reglamentado a través del Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 102, dispuso lo siguiente:

«Artículo 102.- Prescripción de acciones.
Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3)



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

De las normas mencionadas, se colige que la ley señaló un término para reclamar los derechos ante las autoridades competentes, el cual no puede ser superior a tres años, y que se cuentan a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible y se interrumpe con la reclamación presentada ante la autoridad con competencia para reconocer el derecho, por una sola vez.

Es decir que una vez presentada la petición ante la administración esta interrumpe la prescripción y a partir de ese momento, cuenta con tres años para su reclamación en sede judicial, al cabo de los cuales su inactividad implicará la extinción de su derecho, y por ende, no será posible acceder al restablecimiento del mismo.

En el presente asunto, la demandante adquirió el estatus de pensionada el 31 de mayo de 2015, presentó solicitud de reconocimiento pensional ante la Secretaría de Educación de Bogotá el 13 de septiembre de 2018³¹, la cual fue resuelta negativamente mediante la Resolución 10615 del 17 de octubre de 2018 y presentó la demanda ante esta jurisdicción el 18 de diciembre de 2018.

De lo anterior se concluye que operó el fenómeno de la prescripción trienal de las mesadas pensionales y en consecuencia, deberán contarse tres (3) años atrás al 13 de septiembre de 2018, por lo que **las mesadas prescritas serían las causadas con anterioridad al 13 de septiembre de 2015.**

Por lo expuesto, se condenará a la parte demandada a pagar las mesadas adeudadas desde el 13 de septiembre de 2015 y en adelante las que se causen, ello de manera actualizada de conformidad con el inciso 4 del artículo 187 del CPACA. Dicha

³¹ Folio 14





entidad dará cumplimiento a la sentencia con base en los términos y previsiones de los artículos 189 y 192 ibidem.

5.2 ¿Debe revocarse la condena en costas de primera instancia a la parte demandante?

Teniendo presente el contenido del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y de otro lado, artículos 365 y siguientes del Código General del Proceso, se permiten las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- «a. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-:
- b. Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c. Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»³³



³²Artículo 366. Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

³³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “A” Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Sentencia de 7 de



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

Esta Sección³⁴ ha precisado que el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los ordinales 3 y 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la ley 1123 de 2007³⁵.



A raíz de la expedición del CPACA, la Subsección A, inicialmente sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no implicaba la condena de manera «automática» u «objetiva», frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen

abril de dos mil 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Nulidad y Restablecimiento del Derecho Actor: José Francisco Guerrero Bardi

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 2 de junio de 2018, C.P. William Hernández Gómez, número de radicado: 13-001-23-33-000-2013-00100-01 (3515-2015)

³⁵ Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto".



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla o no.

Sin embargo, en sentencia del 7 de abril de 2016 la Subsección A³⁶ dentro del proceso radicado 15001-23-33-000-2012-00162-01 (4492-2013), varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365.

Por tanto, en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas de ambas instancias a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a favor de la parte demandante, toda vez que resultó vencida en el proceso de la referencia y la sentencia de primera instancia será revocada en su totalidad, tal como lo señalan los ordinales 1 y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso. Las costas serán liquidadas por el *a quo* en atención a lo preceptuado en el citado código.



6. Conclusión

Por las consideraciones expuestas, la Sala revocará la sentencia del 22 de octubre de 2020 proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demandada y condenó en costas de primera instancia a la parte demandante y en su lugar, declarará la nulidad de la Resolución 10615 del 17 de octubre de 3018.

Como restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de la pensión de

³⁶ Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Ver sentencias proferidas dentro de los números internos: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

jubilación a favor de la demandante en un monto del 75% de las cotizaciones realizadas en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional, efectiva **a partir del 13 de septiembre de 2015**, con la inclusión únicamente de los factores salariales descritos en la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales se hubiesen efectuado cotizaciones. Lo anterior, por la condición especial de los educadores estatales de percibir dos asignaciones del tesoro público (sueldo y mesada pensional), conforme al artículo 19, literal g) de la Ley 4 de 1992, tal como ya lo ha considerado esta Sala en anteriores pronunciamientos³⁷.

Así mismo, con el reconocimiento de las «cuotas partes pensionales» al que debe concurrir la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES– a las que la docente efectuó aportes para obtener la pensión de jubilación, en los términos señalados en el artículo 11 del Decreto 2709 de 1994 y normas concordantes. Se aclara que el disfrute de la pensión aquí reconocida es compatible con el salario devengado por la accionante en calidad de docente.



Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán actualizarse y se aplicará para ello la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina al multiplicar el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

³⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda - Subsección A- consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández- sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021)- radicado: 25000-23-42-000-2016-01145-01 (2045-2018).



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, y se debe tener en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 22 de octubre de 2020 proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora MAGDALENA PEÑUELA VARGAS contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar,



SEGUNDO. Declarar la nulidad de la Resolución 10615 del 17 de octubre de 3018 proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual, negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor de la demandante.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a favor de la señora Magdalena Peñuela Vargas, una pensión de jubilación equivalente al 75 % del promedio de la asignación mensual básica sobre la cual aquella cotizó durante el año anterior a la adquisición



Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000 23 42 000 2019 00143 01 (3061-2021)
Demandante: Magdalena Peñuela Vargas

de su estatus jurídico respectivo (31 de mayo de 2014 a 31 de mayo de 2014), ello con efectividad desde el 13 de septiembre de 2015 y en adelante las mesadas que se causen.

En razón de lo expuesto, se condena a la parte demandada a pagar las mesadas adeudadas de manera actualizada de conformidad con la formula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada de conformidad con las consideraciones expresadas en esta sentencia.

QUINTO. En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa “SAMAI”

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>