



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas
Demandada: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Temas: Reconocimiento pensión de jubilación de docente oficial. Aplicación integral de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Fecha de vinculación posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Dora Ligia Martínez Vargas formuló demanda



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

en orden a que se declare la nulidad del acto presunto derivado de la configuración del silencio administrativo negativo ocurrido ante la ausencia de respuesta a la solicitud de la libelista presentada el 4 de abril de 2019 ante la Secretaría de Educación del municipio de Floridablanca (Santander) en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello en la medida en que se denegó el reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes conforme a las previsiones de la Ley 71 de 1988 a su favor.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) condenar a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer a la demandante una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y demás factores percibidos durante el año anterior a la adquisición de su estatus jurídico ocurrido el 23 de junio de 2014, esto sin exigir la terminación de su vínculo estatal por ser compatible con el salario que devenga en calidad de maestra oficial; ii) ordenar el pago retroactivo de las mesadas atrasadas desde la fecha de efectividad de la prestación, ello junto a la indexación sobre las sumas adeudadas por este concepto, así como el reconocimiento de intereses moratorios desde la data de ejecutoria de la sentencia y hasta que se materialice el pago; iii) conminar a la parte pasiva al cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y iv) disponer sobre la condena en costas de que trata el artículo 188 *ibidem*.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado de la demandante señaló los siguientes:

- i) La señora Dora Ligia Martínez Vargas nació el 23 de junio de 1959.
- ii) La accionante durante su vida laboral realizó cotizaciones al extinto ISS (hoy Colpensiones) para un total acumulado de 916,78 semanas.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

iii) La demandante fue nombrada en propiedad como docente oficial adscrita a la Secretaría de Educación del municipio de Floridablanca (Santander), a partir del 25 de abril de 2007, y, al menos a la fecha de presentación de la demanda (11 de septiembre de 2019), continuaba en ejercicio de dicho cargo.

iv) La libelista solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes el 4 de abril de 2019 ante la Secretaría de Educación del aludido ente territorial, y para ello instó que le fuera aplicado el régimen especial del magisterio para consolidar el derecho con base en las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988.

v) A la aludida data de radicación de la demanda, la entidad accionada no había dado respuesta de fondo a la mentada reclamación administrativa, por lo que se configuró el silencio administrativo negativo, con la consecuente ocurrencia de un acto presunto con base en el cual se entiende denegado lo solicitado por la actora.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los 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, el apoderado de la demandante expuso los siguientes argumentos:

i) Para los servidores docentes vinculados después de 1990, se unificó el régimen de prestaciones económicas y sociales con el del resto de empleados públicos del orden nacional, razón por la cual se aplicaron todas las disposiciones que regían las situaciones jurídicas de estos últimos funcionarios, al punto de que, en caso de ser necesario para efectos pensionales, podían acumular las semanas aportadas en el antiguo ISS como lo previó el artículo 7 de la ley 71 de 1988.

ii) Posteriormente, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 consagró lo siguiente «[...]



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculadas al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. [...]». En este sentido, a los docentes vinculados con anterioridad al año 2003 se les aplican las normas previas a la expedición de la norma precitada, es decir la Ley 71 de 1988.

iii) Al estar demostrado que la demandante realizó aportes al entonces ISS antes del 23 de junio de 2003, no podría el FNPSM¹ desconocer el hecho de que sus cotizaciones realizadas en tal período hacen parte del régimen de transición que la beneficiaba por ser docente del orden nacional, tal como resulta demostrado en las certificaciones aportadas al proceso, esto por cuanto la Ley 71 de 1988 regía para todos los servidores públicos sin distinción.

iv) Es de destacar que la expresión vinculado, desarrollada expresamente en la norma, se refiere como lo contempló el Consejo de Estado a laborar o haber realizado aportes al ISS antes del 23 de junio de 2003, lo cual acreditó en debida forma la accionante, de suerte que por ser una docente del orden nacional, su situación pensional debe resolverse no conforme a lo contemplado en la Ley 100 de 1993, sino a las disposiciones legales vigentes para quienes desean hacer uso de las cotizaciones realizadas antes de la mencionada fecha y que en la actualidad hacen parte del magisterio.

v) Este precepto sobre la transición normativa es la mínima protección a los educadores que como la demandante realizaron su labor en colegios privados o en actividades conexas con la educación, pero que no habían sido tenidos en cuenta en la docencia oficial, sino hasta datas posteriores al año 2003 cuando la libelista en este caso logró ser nombrada como tal al servicio del municipio de Floridablanca, situación que implica priorizar la aplicación en materia prestacional de las normas anteriores a dicha anualidad, bajo la garantía del régimen de transición en comento.

¹ Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

1.2. Contestación de la demanda

La Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de su apoderado, contestó la demanda y manifestó su oposición frente a las pretensiones, con base en los siguientes fundamentos:²

i) Es la Ley 812 de 2003 la que en su artículo 81 dispuso que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial, correspondería al establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley, y que quienes se vincularan a partir de su entrada en vigencia serían afiliados al FOMAG con los derechos pensionales del régimen de prima media señalado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en ellas, con excepción de la edad de pensión de vejez que sería de 57 años para hombres y mujeres, es decir, la incorporación de este sector de servidores al sistema general de pensiones surgió a partir de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Con base en estos planteamientos, el apoderado de la parte pasiva propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la excepción genérica.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia proferida el 23 de julio de 2021³, denegó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

i) En razón a la necesidad de sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el

² Ver expediente digital obrante en el índice 2 de la plataforma SAMAI.

³ *Idem*.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

Consejo de Estado en sentencia SUJ-014-CE-S2-20191, determinó que son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, advirtiendo que, la aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente.

ii) Es así que para los educadores nombrados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, la normativa aplicable es la contenida en las Leyes 91 de 1989, 33 de 1985 y 62 de 1985; y para los docentes incorporados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo propio es la contenida en las Leyes 812 de 2003, 100 de 1993, 797 de 2003 y el Decreto 1158 de 1994.

iii) En lo que respecta a la situación particular de la accionante, se observa que para el 1.º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Dora Ligia Martínez acreditó una edad de 34 años, dado que nació el 29 de junio 1959 y un tiempo de servicios privados de 395.07 semanas, como consta en el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, por un espacio de un (9) años.

iv) Adicionalmente se verifica que, durante su vida laboral, aquella se ha desempeñado en el sector privado y público por más de 25 años, de los cuales registra aportes al FOMAG por más de 14 años, como docente oficial, dada su afiliación al mismo desde el 30 de abril de 2007.

v) En tal sentido, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes que reclama, dado que, al momento de la entrada en vigencia de dicha norma, únicamente acreditaba 34 años de edad y un tiempo de servicios de 9 años, razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

vi) Por lo tanto, se impone la denegatoria de las pretensiones de la demandante, y más aun teniendo en cuenta que su vinculación a la docencia oficial se produjo en el año 2007, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo que permite afirmar que el estudio para el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta las disposiciones consagradas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

1.4. El recurso de apelación

La señora Dora Ligia Martínez Vargas, actuando por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación,⁴ que sustentó así:

i) De conformidad con los preceptos de la Ley 71 de 1988, así como del Decreto 2709 de 1994, resulta claro que los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acrediten cincuenta y cinco (55) años si es mujer y sesenta (60) años si es hombre y, veinte (20) años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público como es el caso de la extinta Cajanal, entre otras, tendrán derecho a recibir la pensión de jubilación por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial.

ii) Lo anterior fue ratificado en el artículo 15, numeral 1.º, inciso 2.º de la Ley 91 de 1989, de donde se puede concluir que los educadores nombrados con posterioridad al año 1990, para efectos de prestaciones económicas y sociales se registrarían por la normativa propia de los servidores públicos del orden nacional, máxime cuando dichos servidores realizaron aportes al ISS para que tales cotizaciones fueran tenidas en cuenta junto con las semanas laboradas en el sector público.

iii) En tal sentido, a los maestros que ingresaron al servicio del Estado antes del año

⁴ *Idem.*



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

2003, se les aplica la norma anterior a la expedición de la Ley 812 del 2003, es decir, la Ley 71 de 1988. Por lo tanto, si la reclamante laboraba como tal antes del 23 de junio del 2003, o aportaba a alguna caja del sector público como el ISS (hoy Colpensiones), se le debe respetar el régimen de transición contemplado en la normativa precitada, ello por gobernar la situación de todos los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

iv) En consecuencia, la vida laboral y los aportes con miras a cubrir el riesgo de vejez de la señora Martínez Vargas iniciaron en el sector privado con aportes al entonces Instituto de Seguro Social, para finalizar con el servicio de la docencia oficial con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como caja de previsión.

v) En razón de lo anterior, se torna evidente la necesaria observancia de los postulados que regulan la pensión por aportes consagrada en el artículo 7.º de la Ley 71 de 1988.

vi) En cuanto a la compatibilidad de la prestación en litigio y el salario de la reclamante en virtud de su calidad de educadora estatal, se advierte a partir de los Decretos 224 de 1972 y 2277 de 1979, al igual que de los pronunciamientos de la entonces Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 14 de septiembre de 1979, y del Consejo de Estado del 14 de agosto de 2009, que si bien la prohibición de doble asignación del tesoro público consagrada en la Constitución Política fue regulada por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, en el sector del magisterio al que en la actualidad pertenece la accionante, el literal g) de dicho canon conservó las compatibilidades que existían para sus asignaciones, como lo era en este caso entre pensión y salario, al punto de que para disfrutar de dicha prestación económica no se exige el retiro del servicio.

vii) Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que no ocurre lo mismo para quienes ingresen al servicio público educativo a partir de la vigencia del Decreto 1278 de 2002, el cual consagra como incompatibilidades el ejercicio de plazas en



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

dicho sector con «[...] a) El desempeño de cualquier otro cargo o servicio público retribuido; b) El goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares [...]», es preciso aclarar que dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1157 de 2003.

viii) Conforme a lo anterior, se deduce que el ejercicio de la docencia oficial se encuentra excluido de la prohibición de devengar salario y percibir la pensión de jubilación, pues así quedó establecido en el artículo 5.º de la Ley 224 de 1972.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Teniendo en cuenta que no hubo solicitud de pruebas con el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 2081 de 2021, no se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

1.6. El Ministerio Público

El agente del ministerio público no rindió concepto.⁵

1.7. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

La referida entidad, mediante su apoderado y sin solicitar vinculación como interviniente en el proceso, radicó memorial con el que presentó sus argumentos frente al caso particular,⁶ en el sentido de que debe negarse la liquidación o reajuste de la pensión de jubilación con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización, toda vez que el Consejo de Estado expidió la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 en la que claramente determinó que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, en su

⁵ Ver constancia secretarial obrante en el índice 10 de la plataforma SAMAI.

⁶ Ver índice 4 de la plataforma SAMAI.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si a la demandante en su calidad de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello conforme a la Ley 71 de 1988, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico respectivo y con efectividad a partir de tal fecha sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio, o si lo propio está regulado en su caso por la Ley 100 de 1993.

2.2. Marco jurídico

2.2.1. Postura unificada en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente al régimen pensional de docentes oficiales

Para resolver el problema jurídico le corresponde a la Subsección dar aplicación a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, en la cual se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, adicional a lo planteado en dicha providencia sobre el cálculo de la prestación en comento, lo cierto es que al verificar las reglas jurisprudenciales contenidas en el mentado fallo, se deduce que esta también desarrolló postulados

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2 -2019. Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-17). Actor: Abadía Reynel Tolosa.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

específicos y de obligatorio acatamiento acerca del entendimiento de los diferentes regímenes pensionales aplicables a los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio oficial, debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

Como se advierte, el espectro de aplicación de los lineamientos unificadores es más amplio que el de los litigios de reliquidación pensional, pues este se extiende también a los asuntos de reconocimiento del derecho en sí mismo, tal como acontece en el *sub iudice* donde la determinación del marco normativo que rige la situación particular de la demandante, es esencial para verificar la pertinencia de sus pedimentos tendientes a que su prerrogativa sea otorgada bajo la regulación especial de los docentes oficiales y no la del Sistema General de Seguridad Social.

De otra parte, sobre los efectos de la aludida decisión judicial, se destaca que esta los estimó de manera retrospectiva según el ordinal segundo de la parte resolutive, ello en orden de que se extendieran a todas las situaciones pendientes de definición jurídica que no hayan sido objeto de consolidación del fenómeno de cosa juzgada, tal como se presenta en el caso bajo estudio.

Con las anteriores precisiones, resulta adecuado resaltar que la sentencia de unificación en comento fijó en síntesis las siguientes reglas de interpretación normativa:

a) 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 aquellos sobre los que se hayan efectuado 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 enlistados en el mencionado artículo.

b) **Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les**



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

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. 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.

Las reglas fijadas por la Sección Segunda, que tienen carácter vinculante y obligatorio, se sustentaron en los siguientes argumentos:

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**



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

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 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
- ✓ 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.** [Resalta la Sala].



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

- i) El 23 de junio de 1959 nació la señora Dora Ligia Martínez Vargas, según el registro civil de nacimiento y la copia de la cédula de ciudadanía.⁸
- ii) Entre los años 1979 y 2019, la demandante estuvo afiliada al entonces ISS (hoy Colpensiones). Durante este período, aquella realizó aportes a pensión derivados de sus vinculaciones laborales con empleadores particulares como: Ernesto Sánchez, José Antonio Neira, Colegio Nuestra Señora del Rosario, Provincia del Sagrado Corazón, así como directamente por ella misma como independiente, esto para un total de 1.290,71 semanas de cotización, tal como consta en el reporte emitido por Colpensiones.⁹
- iii) Desde el 30 de abril de 2007, la libelista tomó posesión del cargo de docente del orden nacional al servicio del municipio de Floridablanca (Santander). Para la fecha de expedición del certificado de historia laboral (26 de febrero de 2019), esta aún se encontraba activa y vinculada con dicha autoridad territorial.¹⁰
- iv) El 4 de abril de 2019, la accionante formuló petición de reconocimiento pensional con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988 ante la Secretaría de Educación del municipio de Floridablanca (Santander), esto con base en los aportes efectuados ante el ISS por sus vinculaciones privadas, así como por su vinculación como docente oficial al servicio del magisterio.¹¹

⁸ Expediente digital visible en el índice 2 de la plataforma en SAMAI.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem.*



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

v) A la fecha de presentación de la demanda (11 de septiembre de 2019), la entidad demandada no había dado respuesta a la aludida reclamación administrativa.¹²

2.4. Análisis del caso concreto

En primer lugar, es necesario destacar que la parte apelante basa su impugnación en el hecho de que debido a la realización de aportes derivados de contratos de trabajo de carácter privado, y posteriormente en razón de su relación legal y reglamentaria como maestra oficial, la normativa aplicable a su situación pensional sería la Ley 71 de 1988, ello al asegurar que por esta última calidad de servidora pública adscrita al magisterio, tiene derecho al régimen de transición de la Ley 812 de 2003 por haber laborado y aportado al entonces ISS (hoy Colpensiones) antes del 27 de junio de 2003, así lo propio no hubiese ocurrido como docente del Estado.

Por su parte, el FNPSM adujo en su contestación que el nombramiento formal de la libelista como docente oficial, solo ocurrió con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que la regulación aplicable en materia pensional sería el régimen general de la Ley 100 de 1993 y no el de la Ley 71 de 1988 como lo instó en su demanda.

Al respecto y con el fin de resolver esta tensión jurídica, bastará determinar el marco normativo que gobierna el caso de la reclamante en virtud de la data de ingreso de aquella al servicio educativo oficial, tal como esta misma Subsección lo precisó en sentencia del 25 de abril de 2022, dictada en un proceso de contornos fácticos similares a los del *sub lite*, en la que se precisó que para dirimir la controversia: «[...] resulta necesario determinar con exactitud la fecha a partir de la cual aquella asumió la calidad de educadora estatal, que es la que le permitiría acceder a uno u otro régimen pensional con motivo de la excepcionalidad que se predica de esta clase de servidores públicos. [...]».¹³

¹² *Idem*.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 25 de abril de 2022. Radicado: 25000-23-42-000-2020-00046-01 (2494-2021).



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

Ahora, una vez verificados los hechos probados, se advierte que la libelista detentó una serie de relaciones contractuales de trabajo sostenidas con diferentes empleadores privados, particularmente con los señores Ernesto Sánchez, José Antonio Neira, así como con los colegios Nuestra Señora del Rosario y Provincia del Sagrado Corazón. Lo anterior tuvo lugar durante el período comprendido entre el 1.º de abril de 1979 y el 31 de enero de 2019.

Aun así, en vigencia de dicho interregno, lo cierto es que no se alega en la demanda ni se demostró a través del acervo probatorio, que la señora Martínez Vargas hubiese realizado aportes a pensión ante el ISS (hoy Colpensiones) provenientes de relaciones legales y reglamentarias con entidades públicas del sector educativo, así como tampoco efectuados por ella misma en calidad de contratista del Estado bajo la modalidad de educador por OPS¹⁴, situación que eventualmente habría permitido considerarla factualmente como docente oficial en las aludidas fechas.

Lo que sí se extrae con claridad de los medios de convicción recaudados y practicados, es que la demandante ha ejercido labores como empleada pública nombrada en el cargo de docente oficial del orden nacional al servicio del municipio de Floridablanca (Santander), esto luego de haber tomado posesión de aquella plaza desde el 30 de abril de 2007, y al menos, conforme al hecho tercero del escrito introductor, hasta la fecha de presentación de la demanda (11 de septiembre de 2019)¹⁵.

Sobre el punto se recuerda conforme al desarrollo del marco jurídico y jurisprudencial propio del presente caso, que en lo atinente a los servidores del magisterio, la aplicación de uno u otro régimen pensional está condicionada a la acreditación de la primera data de vinculación de cada docente como tal, sin que cobre relevancia para el efecto los contratos particulares que el reclamante hubiese ejecutado en calidad de maestro de una institución privada, así como tampoco los aportes que aquel efectuara a otras entidades de previsión diferentes al FNPSM con

¹⁴ Órdenes de Prestación de Servicios.

¹⁵ Ver expediente digital obrante en el índice 2 de la plataforma SAMAI.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En el *sub examine* se encuentra debidamente demostrado y sin contradicción al respecto, que la fecha a partir de la cual la señora Dora Ligia Martínez Vargas comenzó a ejercer funciones propias de una docente del Estado fue el 30 de abril de 2007, cuando esta tomó posesión del mentado cargo para el cual fue nombrada mediante el Decreto 0440 del 25 de abril de dicha anualidad, expedido por el municipio de Floridablanca, data que definitivamente es posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003).

En tal sentido, la Sala encuentra que al haberse comprobado en el litigio bajo estudio que la demandante solo ha tenido una relación legal y reglamentaria con el Estado como maestra oficial, pero consolidada con posterioridad a la promulgación de la norma precitada, se torna inviable verificar su situación pensional conforme a las previsiones anteriores de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, en la medida en que lo propio estaría regulado por la Ley 100 de 1993.

Lo anterior se afirma incluso en el entendido de que la accionante hubiese sido nombrada después de 1990 como lo prevé el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁶,

¹⁶ «ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales 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, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 489 de 2000, siempre y cuando**



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

pues esta circunstancia no enerva ni modifica la línea jurisprudencial de obligatoria observancia para definir litigios como el presente, creada mediante la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019¹⁷, según la cual la fecha relevante para los mentados efectos es la de la vinculación como docente, anterior o posterior al 27 de junio de 2003, data que para el *sub iudice* es este último supuesto que a su vez conlleva acudir a la segunda regla jurisprudencial planteada en la citada providencia que indica lo siguiente:

[...] 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. 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. [...]

Pues bien, en el entendido de que el acto administrativo presunto que es objeto de censura en esta causa judicial, conlleva la negativa de la prestación bajo los lineamientos de la Ley 71 de 1988 solicitados por la actora, se logra concluir que tal decisión es acertada, en la medida en que se ajusta a los aludidos planteamientos jurisprudenciales de unificación, pues, en efecto, no era procedente que la parte pasiva reconociera la pensión de jubilación por aportes tal como fue deprecada, sino que tendría que haber efectuado el estudio de configuración del derecho conforme a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En suma, sin perjuicio de la obligatoriedad de emisión de una respuesta de fondo a

se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.

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

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019. Radicado: 680012333000201500569-01 (0935-2017).



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

la petición inicial de la demandante, así como de las consecuencias disciplinarias del servidor que haya omitido este deber, lo cierto es que el acto presunto derivado del fenómeno del silencio administrativo negativo conserva su legalidad, pues efectivamente debía denegarse el reconocimiento del derecho prestacional en la forma y con el fundamento solicitado.

En tal sentido, habrá de confirmarse el fallo de primera instancia que denegó las pretensiones de la reclamante, sin que sea del caso verificar la situación particular de aquella de acuerdo con las previsiones de la Ley 100 de 1993, toda vez que, en primer lugar, lo propio no fue instado de manera subsidiaria en el libelo, y aun así, lo cierto es que se afirma en la demanda que la docente aún se encuentra activa al servicio del Estado en la referida calidad, por lo que debe percibir salario, prestaciones de la protección social que no la ubican en un estado de indefensión o posible vulneración de su derecho al mínimo vital, lo cual le permite esperar la respuesta formal a su petición, o bien radicar una nueva con base en la normativa realmente aplicable a su contexto fáctico y jurídico.

2.5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016,¹⁸ respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que 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 estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,¹⁹ la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la demandante, pues, si bien no prosperó el objeto del recurso de alzada y por lo tanto se confirmará el fallo apelado, la parte demandada no actuó en esta instancia debido a que no se habilitó la etapa correspondiente para el efecto conforme al artículo 67 de la Ley 2080 de 2021 a través del cual se modificó el artículo 247 del CPACA.²⁰

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que la señora Dora Ligia Martínez Vargas no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988, pues debido a que su vinculación como docente oficial ocurrió con posterioridad al 27 de junio de 2003 cuando entró en vigencia la Ley 812 del mismo año, no resultaba aplicable a su caso la normativa especial de

¹⁹ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

²⁰ No presentó alegatos de conclusión, como consta en el informe secretarial visible en el índice 9 del registro en SAMAI.



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

los educadores estatales en materia prestacional que remitía a la norma deprecada, sino que su situación jurídica tenía que resolverse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que denegó los pedimentos de la parte activa, sin condena en costas en esta oportunidad.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Tribunal Administrativo de Santander que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por la señora Dora Ligia Martínez Vargas contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Abstenerse de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, según lo manifestado en las consideraciones que anteceden.

Devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Consejero de Estado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Consejero de Estado



Radicado: 68001-23-33-000-2019-00830-01 (1340-2022)
Demandante: Dora Ligia Martínez Vargas

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Consejero de Estado

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

