

REGIMEN PENSIONAL APLICABLE A DOCENTE QUE PRESTÓ SERVICIOS EN EL SECTOR PÚBLICO Y EN EL PRIVADO AJENO A LA ACTIVIDAD DOCENTE- Al docente beneficiario del régimen de transición se aplica la Ley 71 de 1998, de lo contrario se regula por la Ley 100 de 1993 / PENSIÓN POR APORTES / PENSIÓN DE JUBILACIÓN - Requisitos

En la hipótesis del docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudir íntegramente a esta última norma.(...) la Sala encuentra que el demandante para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditaba una edad de 37 años y un tiempo de servicios privados por un espacio de 13 años, periodo durante el cual cotizó a seguridad social al ISS. Asimismo, que durante su vida laboral se ha desempeñado en el sector privado y público por más de 30 años, de los cuales 18 fueron como docente oficial, iniciando el 5 de enero de 1995, periodo durante el cual realizó aportes al FOMAG.. Así las cosas, es posible establecer que al actor le es inaplicable el régimen pensional del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues, (...) Por ende, al establecerse que al demandante no le asiste el derecho a la aplicación del régimen pensional de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, es posible concluir 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.es procedente solo para los docentes oficiales que demuestren 20 años de servicios en el sector público, situación que no se predica del actor, dado que a la fecha de la presentación de la demanda únicamente contaba con 18 años de labores en dicha calidad. Es de señalarse, que si bien es cierto el accionante sigue desempeñándose como docente oficial, también lo es, que los tiempos posteriores a la presentación de la solicitud de pensión, esto es, el 10 de abril de 2012, no pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento prestacional por falta de decisión previa de la entidad accionada. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 37 años de edad y un tiempo de servicios de 13 años al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente en los términos que dispuso el *a quo*, esto es, a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994. Por ende, al establecerse que al demandante no le asiste el derecho a la aplicación del régimen pensional de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, es posible concluir 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.. En ese orden, la Sala encuentra que el demandante tampoco reúne los requisitos para que le sea reconocida la prestación, en tanto para el momento en que agotó vía gubernativa, no contaba con 62 años de edad ni acumulaba 1300 semanas, requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, después de cobrar plenos efectos la modificación de tales supuestos instituida por la Ley 797 de 2003. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 37 años de edad y un tiempo de servicios de 13 años al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente en los términos que dispuso el *a quo*, esto es, a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994.

FUENTE FORMAL: LEY 71 DE 1988 / DECRETO 2709 DE 1994/ LEY 33 DE 1985 / LEY 100 DE 1993-ARTÍCULO 36 / LEY 797 DE 2003 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 33

RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE – Aplicación de la Ley 33 de 1985 a los vinculados antes del 27 de junio de 2003

El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, que no es otro que el dispuesto en la Ley 33 de 1985

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 -ARTÍCULO 279 / LEY 91 DE 1989

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 76001-23-33-000-2013-00942-01(2075-18)

Actor: JOSÉ DANIEL PENAGOS GONZÁLEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) Y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CALI

Tema: Reconocimiento pensión de jubilación docente oficial – tiempos públicos y privados

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

Teniendo en cuenta que no existen irregularidades, vulneración a las garantías de las partes, ni nulidades procesales; decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por el FOMAG contra la sentencia del 24 de noviembre de 2017 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

¹ El expediente ingresó al Despacho el 18 de enero de 2019, según informe secretarial visible a folio 152.

ANTECEDENTES

Pretensiones

1. El señor José Daniel Penagos González, demanda con la finalidad de obtener la nulidad de la Resolución 4143.0.21.7035 del 3 de julio de 2012, por la cual el secretario de educación del Municipio de Cali le negó el reconocimiento de una pensión de jubilación por aportes, y del acto ficto negativo como consecuencia de la no respuesta al recurso de reposición que interpuso contra el acto inicial.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a partir de la fecha en que cumplió 55 años de edad, esto es, el 10 de junio de 2011, la actualización a valor presente de las sumas reconocidas y el pago de intereses.

Hechos

3. Para una mejor comprensión del asunto, a continuación la Sala ilustra la situación fáctica de la demanda.
4. El señor José Daniel Penagos González nació el 10 de junio de 1956² y prestó sus servicios en forma discontinua en el sector público y privado por más de 20 años desde 4 de diciembre de 1972 hasta 8 de agosto de 2013³, así:

Aportes: Instituto de Seguros Sociales⁴	
Ofimuebles S.A.	04-12-1972 a 07-01-1974
Valdivia A Carlos	12-05-1977 a 22-10-1986
Colegio Santo Tomás de Aquino	16-03-1987 a 30-06-1987
Centro Profesional EST. Tec. Financ. LT	14-01-1988 a 30-06-1988
Asociación Alemana para la Cooperación	23-01-1989 a 30-11-1989
Herrera de H. Cecilia	01-11-1991 a 30-06-1992

² Según cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento visibles a folios 7 y 8 del cuaderno que contiene los antecedentes administrativos.

³ Conforme al certificado de tiempo de servicio (Fl. 4), al formato único para la expedición de certificado de historia laboral (Fls. 27 y 28), el reporte de semanas cotizadas en pensiones (Fl. 5) y las actas de posesión y decretos de nombramiento (Fls. 19 a 25 del cuaderno que contiene los antecedentes administrativos).

⁴ En lo sucesivo ISS.

Colegio el Paraíso	30-09-1992 a 30-10-1992
Seguros Bolívar S.A.	01-10-1992 a 31-10-1992
	01-01-1993 a 31-01-1993
Tiempo de servicios en el sector privado	688 semanas (13 años)

Aportes: FOMAG	
Centro docente Antonio Ricaurte – Municipio de Pradera	05/01/1995 al 14/04/1998
Colegio Vicente Guerrero de Costa – Cali	15/04/1998 al 03/12/2003
Colegio Vicente Guerrero de Costa – Cali	04/12/2003 al 06/08/2013 ⁵
Tiempo de servicios en el sector público	18 años, 7 meses y 1 día

5. El 10 de abril de 2012, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a la Secretaría de Educación Municipal de Cali⁶, la que fue negada por el secretario de la entidad por no cumplir el requisito de edad de la Ley 71 de 1988, a través de la Resolución 4143.0.21.7035 del 3 de julio de 2012⁷.

6. Inconforme con lo decidido en el anterior acto administrativo, el 3 de julio de 2012⁸ interpuso recurso de reposición, el cual no fue resuelto.

Normas vulneradas y concepto de violación

7. La parte demandante cimenta sus pretensiones en la Ley 33 de 1985; Ley 91 de 1989; y Ley 812 de 2003.

8. Para el efecto, considera que al tener 55 años de edad, los cuales cumplió el 10 de junio de 2011, y 20 años de servicios y cotizaciones al ISS y al FOMAG, le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, prestación de la cual son pasibles los educadores afiliados a dicho fondo por sus aportes a este y a otras entidades de previsión social o fondos de pensiones, como lo es de su caso.

⁵ Fecha de presentación de la demanda según acta individual de reparto que obra a folio 13

⁶ De conformidad con la Resolución 4143.0.21.7035 del 3 de julio de 2012, suscrita por el secretario municipal de Cali, que obra a folio 2.

⁷ Visible a folio 2

⁸ Visible a folios 7 y 8.

Contestación de la demanda

9. El FOMAG se opone a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que el derecho pensional se consolida cuando se acrediten los requisitos, por lo tanto, hasta que no se cause la prestación, no se ha consolidado derecho alguno y solo hay una mera expectativa.

10. Así, entonces, mientras exista la expectativa no hay derecho cierto y por lo tanto esta sujeto a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, el reconocimiento debe realizarse de acuerdo a la normativa existente al momento en que se cause la prestación.

11. A su vez, recuerda, en relación con el ingreso base de cotización y liquidación, que aquellas prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago se encuentre obligado el FOMAG no podrán ser diferentes de la base de cotización sobre las cuales realizan aportes los docentes.

La sentencia de primera instancia

12. El *a quo* accede a las pretensiones de la demanda, para lo cual declara la nulidad de los actos acusados y, en consecuencia, ordena al FOMAG a reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación por aportes a favor del accionante con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (salario base de liquidación), sin que sea inferior, ni superior a 15 veces el salario mínimo, a partir del 10 de junio de 2016, siempre y cuando se hubiere retirado del servicio, en caso contrario a partir de que este ocurra. Además, se abstiene de condenar en costas.

13. Para el efecto, luego de analizar algunas normas y la situación fáctica, determina que al acumular más de 20 años de servicios tanto en el sector público, como privado, y contar con 60 años de edad, cumplidos en el transcurso del proceso, la norma pensional aplicable al actor es la Ley 71 de 1988 y su decreto reglamentario 2709 de 1994, no pudiendo aplicarse la Ley 33 de 1985 conforme lo

ha reiterado el Consejo de Estado en las sentencias del 19 de febrero de 2015⁹ y 11 de octubre de 2017¹⁰.

14. Siendo así, estima la ilegalidad de los actos acusados dado que al accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación según la Ley 71 de 1988 con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

15. En cuanto a las costas, considera su improcedencia conforme al criterio contenido en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Recurso de apelación

16. El **FOMAG**, como apelante único, recurre la sentencia de primera instancia con el propósito que sea revocada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones, insistiendo en que el derecho a la pensión se consolida cuando se han cumplido los requisitos, así entonces, hasta tanto no se cause la prestación, no se ha consolidado derecho alguno y solo hay una mera expectativa, la cual mientras exista no existe derecho cierto y por lo tanto esta sujeto a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico y el reconocimiento debe realizarse de acuerdo a la normativa existente al momento en que se cause la prestación, que para el caso no es la Ley 71 de 1988 como lo determinó el *a quo*.

17. Además, recuerda que las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago está a su cargo, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual se realizan aportes al docente, los cuales corresponden a la asignación básica mensual sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), el sobresueldo de directivos docentes y horas extras si sobre ellas se hicieron cotizaciones, razón por la cual el fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la citada norma, factores diferentes a los previstos para la cotización.

Alegatos en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

⁹ Sección Segunda, expediente 15000-23-25-000-2007-00612-01 .

¹⁰ Radicado 11001-03-15-000-2017-02331-00 (AC).

18. Tanto las partes como el Ministerio Público no se pronuncian en la etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR

Problema Jurídico

19. Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la parte demandada en el recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar:

¿Cuál es el régimen aplicable para el reconocimiento pensional para quien acredita tiempos privados ajenos a la docencia y públicos en dicha condición?

20. Para resolver lo anterior, la Sala tendrá en cuenta: i) el régimen jurídico aplicable a los docentes para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación; y ii) el análisis del caso concreto.

Régimen jurídico aplicable a los docentes para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación

21. Bajo el marco de una trascendental reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 de 1993, es preciso afirmar que, como materialización de lo ordenado por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, su entrada en vigencia no altera aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresan al patrimonio de sus beneficiarios.

22. Con esta norma, el legislador pretende la estandarización de los regímenes pensionales que antes de su promulgación, se encontraban difusos en el ordenamiento jurídico, estableciendo reglas comunes aplicables a todos los trabajadores del país¹¹, sin considerar la naturaleza de su relación laboral.

23. No obstante, de manera expresa en su artículo 279 describe algunos servidores públicos y trabajadores, cuyas situaciones pensionales no son reguladas por ella, así:

¹¹ Consúltese, artículos 6 y 11 de la Ley 100 de 1993.

«El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARAGRAFO. 1º- La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARAGRAFO. 2º- La pensión gracia para los educadores de que tratan las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARAGRAFO. 3º- Las pensiones de que tratan las Leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARAGRAFO. 4º- Adicionado por el art. 1, Ley 238 de 1995. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados».

24. De esta manera, se exceptúan de la aplicación de la Ley 100 de 1993, algunos sectores que tienen normas especiales, entre los cuales se encuentra el Magisterio cuyas prestaciones se gobiernan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

25. Así, la Ley 91 de 1989, «(p)or la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», establece:

«Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

(...)

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.

(...)».

26. De lo anterior se tiene que a los docentes nacionales vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les reconoce una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectúa de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

27. Por su parte, la Ley 60 de 1993, en cuanto al régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, dispone:

«Artículo 6º. (...)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)»

28. Al respecto, esta Corporación señala¹²:

«De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de origen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100 de 1993.

(...)

La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º del artículo 115 claramente dispone: “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley”. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o de derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que intitula “Régimen Especial de los Educadores Estatales”, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª de 1945 o el D.L. 3135 de 1968 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones “generales”

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Bogotá 23 de febrero del 2006. Expediente 2002–0594.

de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron carácter de especiales».

29. Ahora bien, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, «*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario*», establece:

«Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, (...).».

30. La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del anterior artículo, mediante la sentencia C-369 del 27 de abril de 2004, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, expresa:

«Ahora bien, un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente esta Corporación ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio.

Por ello, esta Corte ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.

*Y por ello esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad*

social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social».

31. De la misma manera el párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, consagra:

«Artículo 1º. (...)

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta.

(...)».

32. Las disposiciones analizadas, prevén que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, que no es otro que el dispuesto en la Ley 33 de 1985, *«por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público»*, que en su artículo 1º señala:

«ARTICULO 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

(...)». (Subraya fuera del texto original).

33. Entonces, se tiene que a los maestros nacionales, nacionalizados y territoriales regidos por la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicio, tratamiento pensional aplicable para estos, siempre y cuando hayan servido durante su vida laboral como docentes oficiales por 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años de servicios.

34. En consecuencia, se puede establecer que el régimen jurídico aplicable a los **docentes oficiales** para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación,

vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de expedición de la Ley 812 de 2002, es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, siempre y cuando acrediten con el cumplimiento de los requisitos vistos con anterioridad.

35. Para los eventos en que los docentes no hayan servido al Estado durante toda su vida laboral sino que hayan prestado sus servicios en entidades públicas y privadas, cotizando para pensión al Instituto de Seguros Sociales (ISS)¹³, hoy COLPENSIONES, durante el periodo laborado en el sector privado, la Ley 71 de 1988 *«por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones»*, estableció la pensión por aportes y en su artículo 7º indica:

«ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas».

36. Sobre el alcance de esta pensión, esta Sala en sentencia del 9 de junio de 2011 (Exp. 117-2009), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, concluye, a partir de la redacción del citado artículo:

«(...) la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión».

37. La ley 71 de 1988, en un principio fue reglamentada por la Ley 1160 de 1989, que en lo relativo a la pensión de jubilación por acumulación de aportes, tuvo vigencia hasta cuando se expidió el Decreto 2709 de 1994, *«(p)or el cual se reglamenta el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988»*, que lo derogó, establece la prestación el los siguientes términos:

¹³ En lo siguiente ISS.

«Artículo 1º. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público».

38. De este modo, para acceder a la pensión de jubilación por acumulación de aportes, se requiere acreditar los siguientes presupuestos: i) 60 años de edad si es hombre o 55 si es mujer; y ii) haber realizado 20 años de cotizaciones o aportes al ISS y a una o varias de las entidades de previsión social del sector público, las cuales pueden ser en tiempos continuos o discontinuos y en cualquier tiempo.

39. Por su parte, el artículo 8º *ibídem* establece que 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».

40. Es de indicarse, que a la aplicación de régimen pensional dispuesto en la Ley 71 de 1988 es viable por beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que indica:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior,

actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

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

(...)).».

41. El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por «*los servidores del Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contarán con **35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados***»¹⁴. Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición¹⁵.

42. Así, en la hipótesis del docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudir íntegramente a esta última norma.

Caso concreto

43. Es importante recordar, que la discusión del presente asunto se contrae a establecer el régimen pensional aplicable al actor. Frente a ello, el *a quo* se inclina hacia la tesis de que es el de la Ley 71 de 1988 y el del Decreto 2709 de 1994, mientras que la parte demandada, como apelante único, discrepa de tal

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Los regímenes exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social están taxativamente determinados en el artículo 279 de la misma Ley 100, sin que se mencione como exceptuado el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (C-540 de 2008).

determinación al considerar que es el contenido en la normativa existente al momento de la causación de la prestación.

44. Para resolver, teniendo en cuenta los hechos enunciados con anterioridad, los cuales no se encuentran en discusión, la Sala encuentra que el demandante para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditaba una edad de 37 años y un tiempo de servicios privados por un espacio de 13 años, periodo durante el cual cotizó a seguridad social al ISS. Asimismo, que durante su vida laboral se ha desempeñado en el sector privado y público por más de 30 años, de los cuales 18 fueron como docente oficial, iniciando el 5 de enero de 1995, periodo durante el cual realizó aportes al FOMAG.

45. Así las cosas, es posible establecer que al actor le es inaplicable el régimen pensional del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues, como se analiza en el capítulo anterior, es procedente solo para los docentes oficiales que demuestren 20 años de servicios en el sector público, situación que no se predica del actor, dado que a la fecha de la presentación de la demanda únicamente contaba con 18 años de labores en dicha calidad.

46. Es de señalarse, que si bien es cierto el accionante sigue desempeñándose como docente oficial, también lo es, que los tiempos posteriores a la presentación de la solicitud de pensión, esto es, el 10 de abril de 2012, no pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento prestacional por falta de decisión previa de la entidad accionada.

47. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 37 años de edad y un tiempo de servicios de 13 años al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente en los términos que dispuso el *a quo*, esto es, a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994.

48. Por ende, al establecerse que al demandante no le asiste el derecho a la aplicación del régimen pensional de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, es posible concluir 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.

49. En ese orden, la Sala encuentra que el demandante tampoco reúne los requisitos para que le sea reconocida la prestación, en tanto para el momento en que agotó vía gubernativa, no contaba con 62 años de edad ni acumulaba 1300 semanas, requisitos exigidos en el artículo 33¹⁶ de la Ley 100 de 1993, después de cobrar plenos efectos la modificación de tales supuestos instituida por la Ley 797 de 2003.

50. Es del caso anotar, que esta subsección ya se había pronunciado en este sentido en reciente oportunidad mediante sentencia del 19 de junio del 2020¹⁷, providencia que fue objeto de acción de tutela, que fue negada a través de fallo del 5 de noviembre de dicho año¹⁸.

51. Por todo lo anterior, la Sala concluye que el accionante no tiene derecho a la pensión pretendida, dejando claro que el periodo causado con posterioridad a la petición efectuada puede alegarse para completar los 20 años de servicio como docente oficial y así obtener la prestación conforme a la Ley 33 de 1985. Así las cosas, se revocará la sentencia apelada que accede a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se negarán sin consideración de fondo adicional.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 24 de noviembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las súplicas de la

¹⁶ «**ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y **sesenta y dos (62) años para el hombre.**

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta **llegar a 1.300 semanas en el año 2015**. **(Negrillas y subrayas fuera de texto original).**

¹⁷ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., 19 de Junio de 2020. Expediente: 76001-23-33-000-2016-01621-01. Número Interno: 3327-2019 Demandante: Jairo Rivera Micolta. Demandado: FOMAG.

¹⁸ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., 05 de Noviembre de 2020. Radicación: 11001-03-15-000-2020-04310-00 Accionante: Jairo Rivera Micolta. Accionado: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B.

demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; y en su lugar:

NEGAR las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO: Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.
Los Consejeros,

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER