



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, once de julio de dos mil diecinueve

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 31 007 2015 00310 01
Actor: LIDIA ESNEDA BANGUERO
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

LIDIA ESNEDA BANGUERO
C.C. No. 34.506.645

2. PARTE DEMANDADA

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

3. LA DEMANDA

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 612 de 19 de septiembre de 2006, en las que se reconoce una pensión de jubilación a su favor, sin inclusión de la prima de navidad y prima de vacaciones, devengadas en el año anterior a su estatus pensional.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación, con inclusión de la prima de navidad y la prima de vacaciones.

Hechos

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

Expediente: 19001 33 31 007 2015 00310 01
Actor: LIDIA ESNEDA BANGUERO
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

En el acto administrativo demandado, se reconoció una pensión de jubilación a su favor, sin incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, la prima de navidad y la prima de vacaciones. *Fls. 5 y siguientes.*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 4 de agosto de 2015, repartida al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 14 y siguientes, C. ppal.-.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FNPSM-**, contestó la demanda en forma oportuna y a través de apoderado.

En la contestación se opuso a las pretensiones porque, a su juicio, la pensión se reconoció conforme a la normatividad vigente. Dijo estarse a lo probado respecto de los hechos enunciados. Aclaró que se tuvo en cuenta los factores salariales que sirvieron para efectuar los aportes, y que no es procedente la inclusión de los factores pedidos en la demanda.

En las razones de defensa planteó lo siguiente:

El párrafo del artículo 1 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 2 del Decreto 3752 de 2003, prescriben que una prestación se causa cuando se cumplen los requisitos para acceder a ella.

El artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, dispone que la base de liquidación de las prestaciones que se causen con posterioridad a la Ley 812 de 2003, será igual a la base de la cotización.

El párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 prevé el reconocimiento de la pensión y a su vez un régimen de transición para acceder a la pensión según la normatividad anterior. Que la normatividad anterior solo se observaba en cuanto a la edad, pero no en cuanto a los factores salariales.

La Ley 33 de 1985 prevé que para la liquidación de la pensión solo se deben tener en cuenta los factores que sirvieron de base para la realización de los aportes.

El régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989 corresponde a la Ley 33 de 1985, por lo que solo se pueden aplicar los factores sobre los que se hizo los aportes.

A la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, la demandante no cumplía un año de haber ingresado a prestar sus servicios, por lo que no es de aplicar la Ley 6 de 1945.

Citó la sentencia de 12 de febrero de 2009, radicado 20020116401, de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, sobre el régimen pensional de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostuvo que hasta tanto no se cause el derecho a la pensión, el reconocimiento se sujeta a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico.

Expediente: 19001 33 31 007 2015 00310 01
Actor: LIDIA ESNEDA BANGUERO
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Propuso las excepciones de falta de legitimación, indebida presentación de la demanda, prescripción e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley. *Fls. 22 y siguientes C. ppal.*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

En este proceso se realizó la audiencia inicial y la audiencia de pruebas. En esta última se consideró innecesaria la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se dispuso la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, luego de lo cual se dictaría sentencia también por escrito. *Fls. 44 y siguientes C. ppal.*

7. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, dentro del proceso de la referencia, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

El Juzgado halló que era competente para conocer del asunto en primera instancia, por su naturaleza, el último lugar de prestación de los servicios y la cuantía. Y explicó que no se configura la caducidad, porque se controvierten actos administrativos que versan sobre prestaciones periódicas.

Expuso la normatividad y el desarrollo jurisprudencial sobre la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, para los docentes así como para los servidores beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, destacó que según la sentencia de 4 de agosto de 2010, del Consejo de Estado, para la liquidación de la pensión deben incluirse todos los factores percibidos por el trabajador.

Descendiendo al caso concreto, puntualizó que la demandante nació el 11 de abril de 1950, que laboró al servicio docente entre el 24 de septiembre de 1973 hasta el 11 de abril de 2005, que era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que tiene derecho a que en la pensión se incluyan todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios, esto es, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

Por último, posibilitó el descuento de los aportes sobre los factores de los que no se hubieran efectuado, y consideró que estaban prescritas las mesadas anteriores al 4 de agosto de 2012. *Fls. 59 y siguientes.*

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tiempo oportuno, apeló la decisión anterior, con los siguientes argumentos:

La actora no tiene derecho a la reliquidación de la pensión, porque la causó con posterioridad a la fecha de expedición de la Ley 812 de 2003. Conforme al Decreto 2341 de 2003, que reglamenta la Ley 812 de 2003, el ingreso base de liquidación es el establecido en el Decreto 1158 de 1994. El artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, prevé que la base de liquidación de las prestaciones que se causen con posterioridad a la Ley 812 de 2003, será igual a la base de la cotización.

36

Expediente: 19001 33 31 007 2015 00310 01
Actor: LIDIA ESNEDA BANGUERO
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

El Fondo no puede incluir en la liquidación de la pensión causada con posterioridad a las normas en cita, factores diferentes a los previstos para la cotización. Los factores salariales que se reclama en la re-liquidación de la pensión no están previstos en la Ley 33 de 1985.

La actora adquirió su estatus pensional con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003. El párrafo del artículo 1 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 2 del Decreto 3752 de 2003, prescriben que una prestación se causa cuando se cumplen los requisitos para acceder a ella. El párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 determina el reconocimiento de la pensión y a su vez un régimen de transición para acceder a esta según la normatividad anterior. Que la normatividad anterior solo se observaba en cuanto a la edad, pero no en cuanto a los factores salariales. La Ley 33 de 1985 dice que para la liquidación de la pensión solo se deben tener los factores que sirvieron de base para la realización de los aportes.

El régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989 corresponde a la Ley 33 de 1985, por lo que solo se pueden aplicar los factores sobre los que se hizo los aportes.

Cita la sentencia de 12 de febrero de 2009, radicado 20020116401, de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, sobre el régimen pensional de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Hasta tanto no se cause el derecho a la pensión, el reconocimiento se sujeta a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico.

Concluyó que conforme a la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, las pensiones causadas en vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan solo con la asignación básica y, si es del caso, el sobresueldo y las horas extras siempre que se hayan devengado y se hayan hecho los aportes. *Fls. 81 y siguientes del C. ppal.*

9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Interpuesto el recurso, se realizó la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 del CPACA, la cual se declaró fracasada. En consecuencia, se concedió el recurso, fue admitido y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, para que aleguen de conclusión y emita el concepto, respectivamente. *Fl. 89 y siguientes y C. del Recurso.*

La parte demandada alegó a folios 12 y siguientes. El Ministerio Público conceptuó que se revoque la sentencia, porque la interpretación del Consejo de Estado sobre la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, varió, al considerar que para el ingreso de base de liquidación de las pensiones solo deben incluirse los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes, a folios 13 y siguientes.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado

Expeditante: 19001 33 31 007 2015 00310 01
Actor: LIDIA ESNEDA BANGUERO
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

La señora Lidia Esneda Banguero, nació el 11 de abril de 1950, prestó sus servicios en el sector de la educación desde el 11 de diciembre de 1975 hasta el 11 de abril de 2005; y cumplió su estatus pensional esta misma fecha. Esto se comprueba con el acto de reconocimiento de la pensión a folios 2 y 3 del cuaderno principal, la copia del registro civil de nacimiento y con el certificado de tiempo de servicios a folio 17 y siguientes del cuaderno de pruebas.

Le fue reconocida una pensión de jubilación por Resolución No. 612 de 19 de septiembre de 2013.

En esta resolución se consideró que la actora cumplió el estatus pensional el 11 de abril de 2005, que tenía derecho a una pensión de jubilación en el 75% de los factores sobre los que se efectuaron los aportes, certificados por la entidad pagadora, a saber: asignación básica. Copia de la resolución está a folios 2 y 3 del cuaderno principal.

Según los certificados allegados, la actora devengó en el último año de servicios los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones, a folios 19 y siguientes del cuaderno de pruebas.

3. La sentencia de instancia y los motivos de apelación

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, juzgó que la pensión así reconocida, debía re-liquidarse, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional.

Inconforme con lo anterior, la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, alegó que no era procedente la reliquidación de la pensión, porque según la normatividad pertinente, los factores salariales que deben incluirse son los mismos que sirven de base para los aportes en el último año de servicios.

4. Del ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003

El régimen pensional de los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, el 27 de junio de 2003, es el previsto en la normatividad anterior, a saber: Ley 115 de 1994, Ley 60 de 1993 y Ley 91 de 1989. Y en este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene dilucidado que para estos docentes el régimen pensional es el mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, y los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

A la vez, el régimen pensional de los docentes vinculados a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, es el régimen de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Lo anterior se desprende del artículo 81 de la Ley 812 de 2003:

Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio

Expediente: 19001 33 31 007 2015 00310 01
Actor: LIDIA ESNEDA BANGUERO
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(...)

Criterio reiterado en el parágrafo del Acto Legislativo No. 01 de 2005:

"Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

En relación con el ingreso base de liquidación de la pensión, según cada régimen aplicable a los docentes, se asentó jurisprudencia por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de unificación SUJ2-014, de 25 de abril de 2019, radicado 0935-17.

Para lo que interesa en este asunto, se razonó que los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, tienen derecho a una pensión ordinaria de jubilación con los requisitos de edad y tiempo de servicios previstos en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, y equivalente al 75% del promedio mensual del último año de servicio docente.

La sentencia de unificación precisó que los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación, corresponden a los contemplados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que son los mismos factores sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, a saber: 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.

Explicó que lo anterior encuentra sustento en i) la Ley 91 de 1989 y sus antecedentes históricos, en los que se estableció un esquema de cotizaciones o aportes de los docentes, diferente al de los empleados públicos del orden nacional, establecido por acuerdo entre el gobierno y el gremio de los educadores, para garantizar el funcionamiento equilibrado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según el cual, los aportes de la Nación como empleadora de los docentes, se hace en relación con los factores contemplados en la Ley 62 de 1985; en que ii) ese criterio sigue el establecido en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 28 de agosto de 2018, sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985, distinto al considerado en la sentencia de 4 de agosto de 2010; y en que lo anterior iii) es acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005, que dispone que para la liquidación de las

Expediente: 19001 33 31 007 2015 00310 01
Actor: LIDIA ESNEDA BANGUERO
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se hubieren efectuado las cotizaciones, de lo que los docentes no están excluidos.

Entonces fijó 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.

Finalmente, la sentencia advirtió que las reglas fijadas se aplican de manera retrospectiva, es decir, que se emplean de manera obligatoria en los casos pendientes de solución en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. A lo que agregó que *"los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia"*.

5. El caso concreto

Descendiendo al caso de la señora Lidia Esneda Banguero, se observa que prestó sus servicios en el sector docente desde el 11 de diciembre de 1975; adquirió su estatus pensional el 11 de abril de 2005, y le fue reconocida una pensión ordinaria de jubilación, que se liquidó en el 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios con inclusión de la asignación básica, como factor sobre el que se realizaron los aportes.

En razón a que se vinculó al servicio docente con anterioridad a la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, y de conformidad con la regla de unificación que se dejó expuesta, en el ingreso base de liquidación de la pensión solo deben incluirse los factores salariales previstos en la mencionada Ley 62 de 1985, sobre los que se efectuaron los aportes.

Como se vio, en el acto administrativo demandado, para la liquidación de la pensión de la actora, se incluyó como factor salarial la asignación básica, que la Sala advierte está previsto en la Ley 62 de 1985 como factor sobre el que se realizan los aportes y que debe ser incluido en la liquidación de la pensión de la actora. En consecuencia, la Sala estima que el acto administrativo demandado, en el que se reconoció la pensión de jubilación de la actora, conserva su presunción de legalidad, al incluir el factor sobre el que se hicieron los aportes para la pensión.

Como se desprende de la normatividad y de las reglas jurisprudenciales, en la liquidación de la pensión bajo las leyes 33 y 62 de 1985, no es procedente la inclusión de factores salariales allí no contemplados y sobre los que no se hicieron los aportes, como lo son la prima de navidad y la prima de vacaciones, devengados por la actora, cuya inclusión no es viable para la reliquidación de su pensión.

Cabe decir que en este proceso es aplicable la regla de unificación expuesta, porque está

Expediente: 19001 33 31 007 2015 00310 01
Actor: LIDIA ESNEDA BANGUERO
Demandado: NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

pendiente de resolución y no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada. De lo que se sigue lo considerado en la sentencia apelada ya no es la regla jurisprudencial actual y aplicable a este tipo de asuntos.

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada y se negarán las pretensiones de la demanda.

6. Costas de esta instancia

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

La Sala se abstendrá de condenar en costas, porque el cambio del criterio jurisprudencial sobre el ingreso base de liquidación, se presentó mientras este proceso estaba en trámite.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

F A L L A

PRIMERO: Revocar la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia. En su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, según lo expuesto.

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

Los Magistrados


CARLOS H. JARAMILLO DELGADO


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO