



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-008-2017-00184-01
DEMANDANTE:	JUAN DE JESÚS ORTEGA ORTEGA
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **JUAN DE JESÚS ORTEGA ORTEGA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”**, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0198 del 1º de mayo de 2004, mediante la cual, se le reconoció la pensión de jubilación.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita la accionante que se ordene a la entidad accionada, le reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicio, previo a la adquisición de su status de pensionado.

Así mismo solicita, entre otras cosas, que se ordene a la entidad pensional que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año; y que el pago de las mesadas atrasadas se haga desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina de pensionados.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Indicó la demandante, que laboró por más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley, por lo que le fue reconocida la pensión de jubilación por parte de la entidad demandada.

Señaló, que en dicho acto de reconocimiento solo le fue incluida en la base de liquidación pensional la asignación básica y el sobresueldo, omitiendo tener en cuenta la *prima de vacaciones*, la *prima de navidad* y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios, anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

Como **normas violadas**³, anotó las siguientes: artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978.

En su **concepto de violación**⁴, manifestó la accionante que el acto acusado no se ajustaba a derecho, puesto que desconocía por completo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitía al Decreto

² Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

³ Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 3 – 9 del cuaderno de primera instancia.

1045 de 1978, el cual se debía tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos, toda vez, que los factores salariales enunciados por este decreto para efectos de determinar la cuantía de la prestación, eran superiores a los que se tomaron para establecer el monto de su mesada pensional, excluyéndose por completo los factores devengados por ella, lo que traía como resultado la regresividad en los derechos sociales.

1.3. Contestación de la demanda.

-. La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, no contestó la demanda⁵.

1.4.- Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 13 de noviembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda, en atención a la postura del Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018⁷, donde se concluyó que los factores salariales que deben incluirse en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación eran aquellos sobre los cuales se hizo aportes o cotización.

Entonces, como los factores salariales que solicitó el demandante le fueran incluidos en la liquidación de su pensión de jubilación, no estaban previstos en la norma y tampoco acreditó que sobre los mismos hubiese hecho aportes, no tenía derecho a la reliquidación pretendida.

1.5.- El recurso⁸. Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante la apeló, con el fin de que fuera revocada en esta instancia y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

⁵ Cfr. folio 41, cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 108 - 115 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Expediente radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

⁸ Folios 118 - 142 del cuaderno de primera instancia.

Argumentó la demandante, que el precedente citado por el A-quo para negar sus pretensiones, solo le era aplicable a los empleados cobijados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; pues, los docentes estaban cobijados por la Leyes 33 y 62 de 1985, por remisión de la Ley 91 de 1989, que era una norma especial para este grupo de empleados públicos.

Así mismo, sostuvo, que no debía pasarse por alto la omisión de la administración de efectuar los correspondientes descuentos para aportes al sistema, los cuales a su vez, podían descontarse por la entidad cuando se hiciera el reconocimiento prestacional; pues, de lo contrario se evidenciaría la regresividad de los derechos sociales.

Igualmente, expresó que el presente asunto fue iniciado bajo el precedente contenido en la sentencia de unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado; por lo que no era posible que un proceso que debió ser resuelto hace más de un año, y que por un cambio de lineamiento jurisprudencial, se defraude la confianza legítima con que actuó al momento de accionar el aparato judicial.

Por último, anotó, que sin perjuicio de lo decidido en esta instancia, no podía resultar lesionado con una condena en costas, en atención a que acudió al aparato judicial para invocar la protección de un derecho que consideraba vulnerado; además, que ello resultaría injusto en consideración en consideración a la circunstancia especiales que permeaban el asunto.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. Mediante auto de 12 de abril de 2019⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

⁹ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

-. En proveído de 30 de julio de 2019¹⁰, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y vencido dicho término, al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.

-. La entidad demandada¹¹, alegó que no le corresponde reliquidar la pensión de la demandante, en tanto de los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado se concluía que no era posible incluir todos los factores salariales sobre los cuales no se hubiere hecho aporte o cotizaciones en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación docente de la parte actora, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, previo a la adquisición del status de pensionada?

¹⁰ Folio 9 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 14 – 16 del cuaderno de segunda instancia.

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. La pensión de jubilación dentro del régimen aplicable al magisterio.

En materia de seguridad social, el régimen aplicable para los maestros y docentes del sector público, es el régimen del magisterio regulado en las leyes 50 de 1886 (artículos 12 y 13), 114 de 1913, 42 de 1933, 33 de 1985, 91 de 1989, 100 de 1993, 115 de 1994 y 812 de 2003.

Al efecto, la Ley 50 de 1886, fue una de las primeras que fijó reglas sobre el tema de la jubilación y la concesión de pensiones, específicamente se estableció allí, lo siguiente:

“Artículo 12°.- *Son también acreedores a jubilación los empleados en la instrucción pública por el tiempo indicado (20 años)”.*

“Artículo 13°.- *Las tareas de Magisterio privado quedan asimilados a los servicios prestados a la Instrucción pública y serán estimadas para los efectos legales en los términos del artículo anterior”.*

Posteriormente, la Ley 114 de 1913 indicó, que los maestros de escuelas primarias oficiales que hubiesen servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tendrían derecho a una pensión de jubilación vitalicia.

De estas dos normas, principalmente de los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886, se deriva, que desde dicho año, todas aquellas personas que se dedican a la actividad de la docencia, tienen derecho a una pensión de jubilación, si han realizado la actividad mencionada por más de 20 años.

Esta Ley creó la pensión de jubilación para los maestros de escuela y estableció, que todos los maestros que hubieran prestado sus servicios por no menos de veinte años (1000 semanas), tendrían derecho a una pensión de jubilación vitalicia, equivalente a la mitad del sueldo que hubiesen devengado durante los últimos dos años de servicio, siempre y cuando hubieran cumplido cincuenta años de edad.

Vale la pena mencionar, además, que la Ley 6 de 1945 estableció un régimen de prestaciones sociales, tanto para los particulares como para los empleados públicos¹²; esta ley bifurcó el régimen de prestaciones sociales y estableció dos grandes vertientes, la de los particulares y la del sector oficial. Su artículo 14 establece lo siguiente:

“Artículo 14.- La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;

b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Esta primera etapa de la seguridad social en Colombia, fue conocida como “de prestaciones patronales y seguros sociales diversificados”. En este período, el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6 de 1945, establecieron los beneficios de la seguridad social, como prestaciones sociales a cargo del empleador y separaron el sistema prestacional de los sectores público y privado. Para el sector privado se indicó, que las prestaciones sociales a

¹² RENGIFO Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 30, 89, 241.

cargo del empleador serían transitorias, hasta que se creara una entidad estatal de seguridad social¹³.

La Ley 33 de 1985, establecía como requisitos para que los maestros del sector oficial obtuvieran la pensión de vejez, que tuvieran más de 55 años de edad y 20 años de servicios como docentes en el sector público.

La ley 91 de 1989 establece, que se denominará personal nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y personal nacionalizado, a aquellos vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1967 y a los vinculados a partir de la vigencia de la mencionada ley, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975. Se indica que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, que se causen a partir de la vigencia de la ley, son de cargo de la Nación y deben ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta que las Entidades Territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, tendrán que pagarle al Fondo, las sumas que adeuden a dicho personal, hasta la fecha de promulgación de la ley en comento, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Se establece además, que a partir de la vigencia de la ley, los docentes nacionalizados que figuren vinculados como tal, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 11 establece, que el Sistema General de Pensiones se aplica a todos los habitantes del territorio nacional. En su artículo 15 indica, que la mencionada ley opera respecto de todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, de las personas naturales que presten directamente servicios al

¹³ ARENAS Monsalve Gerardo, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2011, p. 64.

Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, respecto de los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas, sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

El artículo 17 establece, que durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas, con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen. El artículo 22 indica, que el empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio, para lo cual debe descontar del salario de cada afiliado, el monto de las cotizaciones. En todo caso, el empleador deberá responder por la totalidad del aporte, aún en el evento de que no hubiere efectuado los descuentos.

Por su parte, el artículo 31, establece el régimen de prima media, definido como aquel mediante el cual, los afiliados obtienen su pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes o una indemnización sustitutiva. Los requisitos para la obtención de la pensión de vejez, están consagrados en el artículo 33 y son los siguientes:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Para el cómputo de las semanas a que se refiere el segundo numeral, se tendrá en cuenta:
 - a) El número de semanas cotizadas, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;

c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se hubiera iniciado con posterioridad a la vigencia de la mencionada ley.

d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado, que antes de la Ley 100 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece además, un régimen de transición según el cual, a partir de la entrada en vigencia de la misma y hasta el 31 de diciembre del año 2007, las mujeres que el 1º de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad, los hombres que a la misma fecha tuviesen cuarenta o más años de edad o las personas que tuviesen 15 años o más de servicios cotizados, podrán pensionarse con la edad, el tiempo de servicios, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, establecidos en el régimen anterior a la Ley 100, al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en dicho artículo, se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior, al cual se encontraban afiliadas.

Por último, es importante mencionar que el artículo 37 establece, que las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en

sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas.

Se debe mencionar además, en este marco normativo, la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81 establece, que 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 vigor de la mencionada ley. Establece además, que los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la 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.

Dejándose claridad, que en todo caso, a aquellos docentes que no resulta aplicable el contenido de la Ley 100 de 1993, lo es por exclusión expresa del art. 279 de la misma ley.

En síntesis, (i) para el caso de las personas que se rigen por el régimen del magisterio, las normas aplicables son aquellas que regían en cada entidad territorial a la vigencia de las leyes 114 de 1919, 91 de 1989, 6 de 1945, 33 de 1985 y 71 de 1988. Existe también, (ii) un régimen de transición que establece, que aquellos que queden cobijados por el mismo, se pensionarán a los 50 años de edad si tuvieran 15 años de servicio, tal y como lo establece el parágrafo 2 del art. 1º de la Ley 33 de 1985. Por su parte, los docentes hombres con vinculación nacional se pensionan con 55 años de edad, sin excepción.

Por otro lado, (iii) la Ley 812 de 2003, creó un nuevo régimen en materia pensional, según el cual, los docentes que se vinculen durante su vigencia, tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad que será la de 57 años para hombres y mujeres.

De ahí que, en casos como el tratado, cuando comenzó a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad aplicable para la pensión de jubilación y su liquidación en el sector educativo, era la Ley 33 de 1985, la cual era extensible a todos los servidores públicos de todos los niveles, que no se encontraran exceptuados de ella.

2.3.2. El régimen de los docentes, a partir de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

El párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, se ocupa, expresamente, de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

“Párrafo 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 ésta. 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.”

De la norma transcrita se desprende, que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio, a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la ley 100 de 1993, pero con la edad de 57 años para hombres y mujeres; y quienes se vincularon antes, se rigen por la ley 91 de 1989 en materia pensional.

Estos dos regímenes, se conservan para quienes adquieran el derecho a la pensión hasta el 31 de julio del 2010, en virtud de los efectos del Acto Legislativo No. 01 del 2005.

Al efecto, las iniciativas de reforma constitucional presentadas por el Gobierno Nacional, para adicionar el artículo 48 de la Carta con miras a

garantizar la sostenibilidad del sistema pensional, incluyeron las siguientes propuestas:

“Artículo 1o. Se adicionan los siguientes incisos al artículo 48 de la Constitución Política:

“... Salvo lo dispuesto en el último inciso del presente acto, no habrá regímenes pensionales especiales, ni exceptuados, con excepción del aplicable a la fuerza pública...”

“... La vigencia de los regímenes pensionales de transición, los especiales, los exceptuados así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las reglas generales de la Ley 100 de 1993 y sus reformas expirarán el 31 de diciembre del año 2007...”.

El Congreso de la República aprobó la iniciativa, prohibiendo los regímenes especiales y exceptuados, con excepción de la Fuerza Pública y el Presidente de la República, a partir de la vigencia de la reforma constitucional, pero consagrando, expresamente, tanto el respeto por los derechos adquiridos como varias disposiciones de transición, entre ellas, la extensión hasta el 31 de julio del año 2010, de los regímenes especiales, exceptuados o distintos del régimen general; y también adoptando una norma especial de transición para los docentes.

El acto legislativo en comento, entró a regir el 25 de julio del 2005, fecha que determina la supresión de los regímenes especiales y exceptuados y los demás que sean distintos al sistema general, conforme lo regulan el inciso octavo y el párrafo segundo transitorio.

Para los docentes, el párrafo transitorio primero del artículo primero del Acto Legislativo No. 01 del 2005, elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos regímenes pensionales del artículo 81 de la ley 812 del 2003 y del mismo modo, esto es, también como norma constitucional, estableció la fecha a partir de la cual perderán su vigencia, puesto que en el párrafo transitorio segundo del artículo primero del Acto Legislativo, ordena que el 31 de julio del 2010 expirarán todos los regímenes que sean distintos al sistema general de pensiones.

Interesa en este punto, detenerse en la expresión *“sin perjuicio de los derechos adquiridos”*, para precisar, que si bien en materia pensional la tradición de nuestro ordenamiento jurídico ha sido la de configurar el derecho adquirido, cuando la persona reúne los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos en el régimen que le sea aplicable para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez, que en el lenguaje de la reforma se denomina como *“causación del derecho”*, el Acto Legislativo No. 01 del 2005 es explícito en el punto, estatuyendo en el inciso tercero del artículo 1º, lo siguiente:

“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley...”

La aplicación de este conjunto de disposiciones de rango constitucional a los docentes oficiales, deja sustentado que:

- a) En ningún caso se podrá causar una pensión bajo el régimen especial de los docentes, a partir del 31 de julio del 2010;
- b) Los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003, se pensionarán con la edad de 57 años, para hombres y mujeres, con los demás requisitos y condiciones del régimen de prima media regulado por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003;
- c) Los docentes cuya vinculación al servicio educativo estatal haya sido anterior al mismo 27 de junio del 2003, se pensionarán con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 91 de 1989¹⁴ y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

¹⁴ “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 1o de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:...

“2. Pensiones:

“A. 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 hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá

Luego, se trata de un régimen distinto al que regulan las reglas generales.

2.3.3. Liquidación de la pensión docente, bajo el régimen de la Ley 33 de 1985.

En cuanto a la base de liquidación, la Ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales, serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3º, los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1º inciso 2º de la Ley 62 de 1985, adicionándole como factores de liquidación, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Frente a la enumeración efectuada en la Ley 33 de 1985, se precisa que anteriormente, por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), se consideró que el listado señalado en el artículo 3º de la Ley 62 de 1985, no era taxativo, sino meramente enunciativo, de modo que bajo dicho régimen eran integrantes de IBL, todos aquellos que remuneren los servicios prestados por el trabajador, siempre que fueran devengados habitual y periódicamente, también incluidas aquellas prestaciones sociales, a las que el legislador les haya dado la connotación de factor salarial para efectos pensionales, como las primas de navidad y de vacaciones.

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.

"B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º 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 y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

No obstante, la anterior postura fue modificada por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en reciente Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de 2019¹⁵, en la que fijó la **Regla Jurisprudencial sobre el IBL en la mesada pensional de los docentes afiliados al FOMAG**, así:

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

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

1. 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.

2. 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

¹⁵ Expediente: 680012333000201500569-01. N.º Interno: 0935-2017. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Abadía Reynel Toloza. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-. C.P. César Palomino Cortés.

pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

3. 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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

4. 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 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". 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.

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

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ 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.**

A. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

6. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años¹⁶. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.
7. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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.
8. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL	
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
Normativa aplicable	Normativa aplicable
• Literal B, numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985	• Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994
Requisitos	Requisitos
✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años	✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
Tasa de remplazo - Monto	Tasa de remplazo - Monto
<u>75%</u>	<u>65% - 85%</u> ¹⁷ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).

¹⁶ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

¹⁷ Estos límites pueden variar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	Factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la Ley 33 de 1985)	▪ asignación básica ▪ gastos de representación ▪ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ▪ dominicales y feriados ▪ horas extras ▪ bonificación por servicios prestados ▪ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985)	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión (Artículo 21 de la Ley 100 de 1993)	▪ asignación básica mensual ▪ gastos de representación ▪ prima técnica, cuando sea factor de salario ▪ primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ▪ remuneración por trabajo dominical o festivo ▪ bonificación por servicios prestados ▪ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)
	De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.		

i. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

9. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

10. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

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° 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 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”.**

2.4.- Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentran demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. El señor JUAN DE JESÚS ORTEGA ORTEGA, nació el día 3 de marzo de 1949¹⁸.

-. El accionante ingresó al servicio público educativo, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 (2 de marzo de 1972, conforme se lee en el certificado de tiempo de servicio¹⁹), razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985.

-. A través de Resolución No. 0198 de mayo de 2004, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, por intermedio de la Secretaría de Educación Departamental, le reconoció al señor JUAN DE JESÚS ORTEGA ORTEGA, una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1.081.2727.00, efectiva a partir del 4 de marzo de 2004, como **docente nacionalizado**; tomando como base el 75% del promedio de factores

¹⁸ Según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 17 del cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Folio 2 del cuaderno de pruebas.

salariales devengados en el último año de servicio anterior al *status*, con la inclusión de *la asignación básica y el sobresueldo*²⁰.

-. El señor JUAN DE JESÚS ORTEGA ORTEGA, devengó durante el último año de servicios previo, los siguientes factores salariales: *asignación básica, sobresueldo, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad*²¹.

-. EL demandante acudió en sede judicial, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad parcial de la resolución aludida, solicitando consecuentemente, la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del **status**.

-. El A-quo, negó la reliquidación pensional en atención a la postura actual del Consejo de Estado sobre la material, de la cual se concluyó que los factores salariales que solicitó el demandante le fueran incluidos en la liquidación de su pensión de jubilación, no estaban previstos en la norma, y tampoco acreditó que sobre los mismos hubiese hecho aportes.

Atendiendo al anterior recuento probatorio y procesal, esta Sala considera que la decisión de primera instancia debe ser **confirmada**, en atención a las siguientes consideraciones:

En el presente asunto, la controversia radica en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida; siendo ello así, es menester acudir a la nueva regla jurisprudencial del Consejo de Estado que interpreta cuáles son los factores que se deben considerar 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.

²⁰ Folios 18 - 19 del cuaderno de primera instancia.

²¹ Constancia de factores salariales visible a folio 3 del cuaderno de pruebas.

Así, se tiene que el Alto Tribunal, 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.**

Y a su vez, precisa que los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 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.**

Este Tribunal acoge lo expuesto por el Consejo de Estado Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de 2019, en la cual, se desvirtúa de manera clara y precisa, los argumentos que anteriormente habían servido de base para ordenar la reliquidación pensional, lo que a su vez implica, que se cierra el paso para retomarlos o esgrimirlos, pues, ya fueron considerados por la Alta Corporación, tal como quedó visto en el marco normativo indicado²².

La anterior postura, indiscutiblemente conlleva a que las pretensiones de la demanda en los términos solicitados por el demandante, deban ser despachadas desfavorablemente; *máxime*, cuando se advierte que los factores salariales de **prima de vacaciones, prima de navidad, prima de grado y prima de alimentación**, no se encuentran en el listado taxativo de la norma citada - Ley 62 de 1985.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que la decisión de primera instancia, que negó la reliquidación pensional, debe ser confirmada.

²² Véase que la sentencia del Consejo de Estado, del 25 de abril de este año, dejó sentado que sus efectos aplican solo para las pensiones que están próximas a liquidarse o aquellas frente a las cuales están en curso demandas.

3. CONDENA EN COSTAS. AMBAS INSTANCIAS

En relación con las costas, para este caso en particular, dadas las especiales circunstancias en que se obtiene el fallo, la Sala acoge el criterio del Honorable Consejo de Estado contenido en la sentencia del 18 de julio de 2018, C. P. Dr.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01 (3300-14), Actor: ISABEL VEGA BELTRÁN, Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER), Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se dijo:

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente²³ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

²³ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁴, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

Por tanto y en ese hilo argumentativo, en el presente caso, al tratarse de un pensionado que fue vencido en juicio, a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, respecto a la interpretación sobre el IBL y los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar su pensión, que se presenta con posterioridad a la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, aunado a que las actuaciones adelantadas por el accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso, la Sala se abstendrá de imponer costas.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales 1º y 3º de la parte resolutive de la sentencia de fecha 13 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, pero según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia recurrida; en consecuencia, se dispone “**NO CONDENAR** en costas a la parte demandante”.

²⁴ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

TERCERO: SIN CONDENA en costas en sede de segunda instancia, conforme lo anotado.

CUARTO: RECONOCER personería a la Dra. Paola Andrea Pardo Marín, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.030.531.525 de Bogotá y T. P. No. 185.722 del C.S. de la J.²⁵, como apoderado judicial de la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²⁶.

QUINTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0170/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA

²⁵ Consultada la página web de la Rama Judicial, el apoderado judicial no registra antecedente disciplinario.
<<http://antecedentesdisciplinarios.ramajudicial.gov.co/Default.aspx>>, fecha de consulta 19/11/2019, hora 18:26.

²⁶ Folios 20 - 32 del cuaderno de segunda instancia.