



Cartagena de Indias D. T. y C, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-008-2017-00180-01
Demandante	Jaime Adolfo Carrasquilla Leones
Demandado	Nación - Ministerio de Educación –FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reliquidación pensión docente

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda

a). Pretensiones: La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 045857 del 14 de Mayo del 2.012, expedidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional de Bolívar por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación a JAIME ADOLFO CARRASQUILLA LEONES, con cédula de ciudadanía No. 9.171.440 de San Jacinto (Bol.).

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado.

3. Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de Diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y l Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b.

4. Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforma a la Ley 71 de 1988.

5. Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.





6. Condenar igualmente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina regional de Bolívar, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 195 del C.P.A. (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

7. Se condene en costas a la Demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.C. (Ley 1437 de 2011)..

b. Hechos

Para sustentar sus pretensiones la parte demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

Por sus servicios prestados como Docente durante más de 20 años, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional de Bolívar, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 045857 del 14 de mayo del 2012, efectiva a partir del 18 abril del 2011, en cuantía de \$1.502.880,00.

Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente tuvo en cuenta, la asignación básica mensual, prima de vacaciones y prima de alimentación, desconociendo los demás factores salariales como es la prima de navidad.

c. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante consideró vulneradas los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; la Ley 91 de 1989; Ley 4ª de 1992 y la Ley 812 de 2003.

Señaló que la Constitución Política consagra dos principios de rango constitucional en materia laboral: **1)** aplicación de la situación más favorable y **2)** no desmejora de la situación laboral, el cual encuentra su desarrollo legal en la Ley 4 de 1992.

Al aplicar el Decreto 3752 de 2003, en la Resolución demandada, desconoció tanto la Ley 4 de 1992, artículo 2, literal a) y los mandatos de la Constitución Política de Colombia contemplados en el artículo 53, por cuanto desmejora la situación laboral y prestacional del demandante, menoscabando el derecho de los docentes al determinar, que el ingreso base de cotización y liquidación de la pensión de jubilación, es el que se cause con posterioridad a la Ley 812 de 2003 o Plan Nacional de Desarrollo, y desconociendo el IBL con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 812.

Con ello también se vulneró la condición más favorable o beneficiosa al trabajador, consagrada también en el artículo 53 de la Constitución.





También se desconoció lo dispuesto en la Ley 812 de 2003, por cuanto esta ley en su artículo 81, claramente determinó o que el régimen prestacional de los docentes nacionalizados como es el demandante, "es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad..." a la entrada en vigencia del Plan Nacional de Desarrollo, por lo cual tanto el Decreto 3752 de 2003 como la resolución demandada, contrariaron el espíritu de la norma, al desconocer el régimen prestacional de los docentes consagrado en normas anteriores, conforme al régimen de cada entidad, como lo establece el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

3.2. Contestación de la demanda. (fs. 37-51).

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que los actos acusados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad.

Sostuvo que no es viable que se le reajuste la pensión de vejez de la parte demandante, con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

La liquidación de la pensión contenida en las Resoluciones objeto de litis, se efectuó de conformidad con 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."*, cuyo artículo primero dispone que: *"el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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."*

La resolución que reconoció la pensión de la parte demandante fue expedida en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que *"la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente"*.

Desde la expedición de la Ley 6 de 1945 se han estipulado los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En este mismo sentido, la Ley 4 de 1966 en sus artículos 2 y 4, dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.

Los factores salariales para pensión quedaron establecidos en el Decreto No. 1045 de 1978; no obstante lo anterior, mediante la Ley 33 de 1985 se determinó





en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores, sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Los docentes tienen la calidad de servidores públicos y no están cobijados por el régimen especial de pensiones, como lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien ha establecido que la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985.

El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 fue modificado por la Ley 62 de 1985, la cual estableció los factores que se deben tener en cuenta en la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, los cuáles deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso, las pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

La Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquéllos y el régimen de la entidad territorial para éstos.

El artículo 15 de la citada ley establece, entre otras disposiciones, que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990 el régimen aplicable es el contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las normas que se expidan en el futuro.

Ley 812 de 2003, o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, y condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales, a partir de la fecha de su entrada en vigencia, cotiza el educador al FNPSM.

Dicha ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicando que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establecen las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al FOMAG es el establecido en el Decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada



nocturna, bonificación por servicios prestados. De esta relación de factores, a los docentes oficiales únicamente aplican: la asignación básica mensual y las horas extras.

El Decreto 3752 de 2003 establece en su artículo 3 que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente; y que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el Decreto 688 de 2002; es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

Para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

3.3. Sentencia apelada (fs. 87-93).

El Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 23 de abril de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión afirmó, en resumen, lo siguiente:

La Corte Constitucional en sentencia SU-395/17, manifestó que de acuerdo con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y los principios que sustentan el sistema de seguridad social en pensiones, en especial el de sostenibilidad financiera, debe existir correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado. Y a los beneficiarios de dicho régimen se les debe liquidar la pensión teniendo en cuenta el IBL previsto en la ley 100/93, pues el régimen de transición solo comprende el monto, referido a la tasa de remplazo y tiempo de servicios, pero no los factores salariales.

Si bien quedó demostrado que el demandante el año anterior a la adquisición del estatus pensional devengó además de la asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones, no se acreditó que se hubieran realizado cotizaciones sobre los mismos.

3.4. Recurso de apelación.

Luego de realizar un recuento normativo y jurisprudencial frente al reconocimiento de la pensión de jubilación docente, el demandante afirmó que actualmente existen 2 situaciones frente a dicho tema; la primera, relacionada



con aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812/2003, a los cuales se les aplicará en su integridad la Ley 33/85 y los vinculados con posterioridad a dicha fecha a los cuales se les aplicará la Ley 100/93 y la Ley 797/2003.

Como las normas que rigen el derecho pensional del demandante son las leyes 33/65 y 62/85 y, en aplicación de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, el actor tiene derecho a que se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados el último año de servicios.

Si bien el juez de primera instancia afirma que no se demostró que sobre dichos factores se hubiera realizado cotizaciones, la misma no es óbice para realice la reliquidación de la pensión y se ordene realizar los descuentos de los mismos tal y como lo ha establecido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

La omisión de la administración de realizar los aportes no exime a la demandada de reconocerlos en la liquidación de la pensión.

3.5. Trámite de segunda instancia.

Mediante auto del 2 de agosto de 2018 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 102) y mediante providencia de 25 de septiembre de 2018, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 107).

Parte demandada reiteró los argumentos expuesto en la contestación de la demanda (fs. 111-15).

La parte demandante y el Ministerio Público no presentaron alegatos.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales



Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75 % de todo lo devengado durante el último año de servicios.

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, porque el demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, toda vez que, si bien el docente que formula la demanda estuvo excluido del régimen general de pensiones y se le debe aplicar de forma íntegra las leyes 33/85 y 62/85, por mandato de dichas disposiciones, los factores que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional son únicamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

5.4. Marco normativo y jurisprudencial.

5.4.1. De la pensión de jubilación del nivel nacionalizado:

El régimen prestacional y pensional de los servidores del sector oficial ha sido fijado por las Leyes **6ª de 1945 y 4ª de 1966** y los **Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969**, que frente al monto pensional establecieron que el mismo sería calculado sobre el 75% de todo lo percibido por concepto de salario en el último año de servicios.

Posteriormente, el Decreto 2272 de 1979 expidió el estatuto docente, cuyo artículo 1º expresó:

"Artículo 1º. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales."

Si bien el estatuto docente consagró un régimen especial docente, éste sólo se limitó a materias como ingreso, estabilidad, ascenso y retiro del ramo, dejando por fuera lo relacionado con el régimen prestacional de dichos servidores.





A su turno, la Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas normas sobre las Cajas de Previsión y las prestaciones sociales para el sector público, vigente a partir del 13 de febrero de 1985,¹ y aplicable a los empleados oficiales de **todos los órdenes**, en su artículo 1º dispuso que las pensiones de los empleados oficiales fueran liquidadas sobre los mismos factores que sirvieron para calcular sus aportes durante el último año de servicios. Para tal efecto, en su artículo 3º hizo una relación de los factores que serían tenidos en cuenta para la determinación de la base de liquidación de los aportes, así:

ARTICULO 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:

- *asignación básica;*
- *gastos de representación;*
- *prima técnica;*
- *dominicales y feriados;*
- *horas extras;*
- *bonificación por servicios prestados; y*
- *trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negritas y subrayas de la Sala)

Cabe anotar que esta ley, en su artículo 25, derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias.

Contempló además, que las normas allí contenidas no serían aplicables a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Adicionalmente, en su artículo 1º parágrafo 2º ² estableció un régimen de transición en virtud del cual, los empleados oficiales tanto del orden nacional

¹ Sobre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, puede consultarse la sentencia C 932-06 de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

² "Artículo 1º: 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.



como departamental que a la fecha de su promulgación dada el 13 de febrero de 1985, contarán con 15 años continuos o discontinuos de servicio o hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse, se sujetarán a las disposiciones anteriores.

Finalmente, el contenido del artículo 1º de la ley en estudio (33 de 1.985) fue modificado por la Ley 62 de 1985, vigente a partir del 16 de septiembre, así:

"ARTÍCULO 1: ...

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:

**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."**

El artículo 3º de la Ley 33/85, modificado por la Ley 62 de 1985, a su turno, expresó:

ARTÍCULO 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. "Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."

"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

En virtud del proceso de nacionalización de la educación dispuesto en la Ley 45 de 1975, se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ordenó que a partir de su vigencia el personal nacional y nacionalizado seguiría en materia prestacional las siguientes reglas:

...PARAGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley...

...Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley."



"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 1.990 será regido por las siguientes reglas:

*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".*

Acorde con la Ley 91 de 1989 las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales se rigen por las normas **vigentes** aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro. Sobre tal aspecto es necesario precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención.

La Ley 115 de 1994 – General de Educación-, remitió la regulación del régimen prestacional de los educadores estatales a lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y a lo dispuesto en esa misma ley.³

Por otra parte, con la Ley 100 de 1993 se introdujo una modificación al anterior sistema general de pensiones, en cuanto a edad, tiempo de servicios y factores de liquidación, regulando en materia pensional que el monto de la prestación oscilaría entre el 65% y el 85% del Ingreso Base de Liquidación, disposición de cobertura general que dejó atrás los regímenes establecidos a través de las normas dictadas con anterioridad a su expedición, salvo situaciones especiales en las que no sería aplicable y que fueron consagradas bajo la figura del régimen de transición para quienes a la fecha de su vigencia contaran con 35 años de edad o más en el caso de mujeres o 40 años de edad para los hombres:

No obstante, dicha ley, estableció que el sistema integral de seguridad social contenido ella "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 aquél 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

³ Art. 115 Ley 115 de 1994.



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. Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995 (...)

Finalmente, la Ley 812 de 2003 que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006, reglamentada por el Decreto 3752 del mismo año, dispuso que los docentes de todos los órdenes gozarían del régimen prestacional sería el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia. Así mismo, recopilando la disposición contenida en la Ley 33 de 1985⁴, ordenó que las prestaciones sociales que se causaran a partir de su vigencia y que estuvieran a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se calcularían teniendo en cuenta la base de la cotización sobre la cual se aporta.

*"Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales
La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente."*

El artículo transcrito (3° de la Ley 812/03) fue derogado por la Ley 1151 de 2007.

En síntesis, el régimen pensional de los **docentes nacionalizados** vinculados con anterioridad al año 1989 es el descrito por las Leyes 33 y 62 de 1985, a menos que se encuentren dentro del régimen de excepción previsto en la Ley 33 de 1985, evento en el cual son aplicables los Decretos anteriores, esto es, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

De conformidad con lo expuesto, los docentes que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 estaban vinculados al FOMAG, quedaron exceptuados de su aplicación, por lo que se sujetan a las disposiciones de la Ley 33/85 y 62/85; y de acuerdo con la Ley 812/03 la Ley 100/93 solo se aplica a los docentes que se vinculen con posterioridad, pues a los que venían vinculados se les aplica íntegramente el régimen anterior (se reitera, leyes 33/85 y 62/85).

5.4.2. Tratamiento jurisprudencial en cuanto a los factores de salario a tener en cuenta para la reliquidación pensional.

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, Expediente No. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, entre otras, había

⁴ Parágrafo del Artículo 3°.



mantenido el criterio de que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985 tenían el carácter enunciativo y no taxativo, y que todos aquéllos emolumentos que tuvieran materialmente los atributos del salario debían ser reconocidos como tales, aunque la ley no lo hiciera expresamente, por respeto al principio de primacía de la realidad sobre las formas y progresividad, al tiempo que debían tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional, con independencia de que se hubiera cotizado sobre los mismos, pues en caso negativo bastaba con ordenar que del valor de la condena se hicieran los descuentos con destino a la entidad de previsión correspondiente.

No obstante lo anterior, en reciente pronunciamiento, la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de agosto de 2018, dentro del proceso seguido por Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro contra CAJANAL en Liquidación, dentro del radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, sostuvo:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **sub-reglas**:

94. La **primera sub-regla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: (...)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera sub-regla, **no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989⁵. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en cuanto al derecho pensional de los Docentes, dispone:

⁵ Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]".





123

"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:

[...]

2. Pensiones:

[...]

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

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

Ley 100 de 1993. "Artículo 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]"

"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, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres [...]"

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

"[...] 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".

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la





edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

96. La **segunda sub-regla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición **son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.**

97. Esta sub-regla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, **solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización**. Para la liquidación de las pensiones **sólo** se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los



129

cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

Si bien el supuesto fáctico de la sentencia de unificación parcialmente transcrita no corresponde al estudio de los factores salariales que integran el IBL de un docente, ni al régimen pensional propio de éstos, este Tribunal estima que los criterios expuestos por la Sala Plena del Consejo de Estado en dicha providencia se aplican para definir procesos como el presente, en los cuales se discute sobre los factores salariales que deben tenerse en cuenta para integrar el ingreso base de liquidación de docentes oficiales, pues uno y otro caso imponen la aplicación del artículo 1º de la Ley 33/85, modificada por el artículo 3º de la Ley 62/85, de acuerdo con el cual **"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."**

Los criterios adoptados deben ser aplicados, adicionalmente, en consideración a la sentencia SU-395/17 de la Corte Constitucional que llegó a las mismas conclusiones; y con base en ellos se modificará el criterio que venía adoptando este Tribunal en torno a los factores salariales que debían tenerse en cuenta para liquidar la pensión de los docentes, conforme al cual debían incluirse todos los devengados; y estima que en el presente caso deben tenerse en cuenta únicamente los factores sobre los cuales se hubieran hecho cotizaciones a la seguridad social en pensiones.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Resolución N° 045857 de 14 de mayo de 2012, por medio de la cual el FOMAG reconoce una pensión de jubilación al demandante, teniendo en cuenta para ello el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes el último año de servicio, tales como: asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones (fs. 15-16).
- Formato Único para expedición de certificado de salarios de 30 de mayo de 2017, suscrito por el Profesional Especializado de Atención al Ciudadano, mediante el cual hace constar que el demandante devengó desde el 1º de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2012, asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones (fs. 17-18).
- Formato Único para expedición de certificado de historia laboral de 31 de mayo de 2017, suscrito por el Profesional Especializado de Atención al Ciudadano, mediante el cual hace constar que el demandante fue nombrado como docente mediante Resolución N° 3479 de 24 de marzo de 1982 (fs. 19-20).





5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad de la Resolución 045857 del 14 de mayo de 2012, mediante la cual se le reconoció su pensión de jubilación sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, puesto que no tuvo en cuenta la prima de navidad.

La entidad demandada liquidó la pensión de jubilación del accionante teniendo en cuenta para ello el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes el último año de servicio, tales como: asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones (fs. 15-16).

Ahora bien, se acreditó que el demandante fue afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dada su calidad de docente y acorde con lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, circunstancia que la excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y las normas que posteriormente la modificaron o reglamentaron, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores, aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto previamente, a la liquidación del derecho pensional del demandante, debió aplicarse la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el ingreso base de liquidación – IBL – (tasa de remplazo y monto). Y en aplicación de dicha Ley y del Acto Legislativo No. 1 de 2005, solo deben tenerse en cuenta a efectos de liquidar la pensión, los factores sobre los que hubiera realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones; y en el presente caso el demandante no acreditó que hubiera realizado aportes sobre factores distintos de los que tuvo en cuenta el FOMAG al reconocer y liquidar su pensión.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

5.6. Condena en costas en segunda instancia.

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.





125

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la de que todo lo que se devengaba periódica y habitualmente constituía factor salarial para efectos del reconocimiento pensional, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por confirmarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

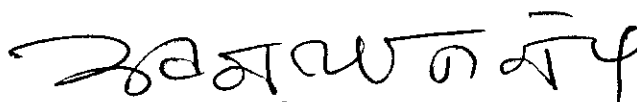
SEGUNDO: Sin condena en costas en ambas instancias.

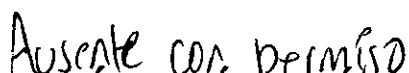
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ÁRCE

