

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 28 NOV 2018

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **María Teresa Forero de Forero**
Demandado : **Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Expediente : **150013333009-2017-00128-01**

Magistrado ponente: **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 7 de mayo de 2018, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. La señora María Teresa Forero de Forero, mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, para que se acojan las siguientes pretensiones:

2. PRETENSIONES. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0228 del 2 de abril de 2012 suscrita por la Secretaria de Educación de Tunja, mediante la cual se ordenó la reliquidación de su pensión de jubilación.

Asimismo que se declare la nulidad de la Resolución No. 00376 del 13 de abril de 2016 proferida por el Secretario de Educación de Tunja, a través de la cual se negó el ajuste de su pensión de jubilación.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

Que se declare que tiene derecho a que el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le liquide y pague su pensión de jubilación con todos los factores salariales que devengaba y que hacen parte de su asignación mensual.

De igual manera que se condene al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocerle y pagarle las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer; que sobre las diferencias adeudadas le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor; que si la entidad demandada no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA le reconozca y pague los intereses moratorios conforme lo ordena el artículo 195 del CPACA.

Que se ordene a la entidad demandada al pago de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que la señora María teresa Forero de Forero prestó sus servicios como docente en la Escuela Normal Superior “Leonor Álvarez Pinzón” de Tunja; que por edad y tiempo de servicios adquirió su derecho a que le reconocieran su pensión de jubilación, la cual fue reconocida a través de la Resolución No. 0133 del 1 de junio de 2006.

Precisa que en la resolución de reconocimiento de la pensión, se desconoció en la liquidación el factor correspondiente a la prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad, violando la Ley 4 de 1966, el Decreto 1743 de 1966, Decreto - Ley 1045 de 1978, en consideración a que estas normas ordenan liquidar sobre el promedio que resulte de tener en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

Sostiene que el 25 de agosto de 2015 la docente nuevamente solicita la reliquidación de la pensión de jubilación, la cual fue negada mediante Resolución No. 00376 del 13 de abril de 2016.

Como normas violadas señaló los artículos 2, 48 y 58 de la Constitución Política, artículo 10 del Código Civil, artículo 5° de la Ley 57 de 1887, Ley 6 de 1945, Decreto 1160 de 1947, Decreto 1045 de 1978, Ordenanza 14 de 1985, artículo 4° de la Ley 4 de 1966, artículo 5 del Decreto Reglamentario 1743 de 1966, artículo 1° de la Ley 33 de 1985, artículo 1° de la Ley 62 de 1985, Ley 91 de 1989, artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley 114 de 1913, artículo 6 de la Ley 116 de 1928 y artículo 3 de la Ley 37 de 1933.

En el concepto de violación el apoderado de la accionante sostiene que para el caso que nos ocupa no hay lugar a aplicar una norma de carácter general, por cuanto los docentes gozan de un régimen especial y por el principio de favorabilidad y la inescindibilidad de la norma, se debe aplicar en forma preferente la Ley 4ª de 1966 y el Decreto - Ley 1045 de 1978, el cual despeja las dudas por cuanto en forma taxativa indica sobre qué factores salariales se debe liquidar las pensiones y que constituyen salario.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 10 de agosto de 2017 ante el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

Mediante proveído del 24 de agosto de 2017, ese Despacho admitió la demanda y además ordenó notificar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. (fls. 22 y 22 vto.). Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo contentivo de la actuación objeto del proceso, conforme al párrafo primero del artículo 175 del CPACA.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

1. Contestación de la demanda

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Se opuso a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento a las mismas.

Precisó que a la demandante le es aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que son las normas que rigen las prestaciones sociales para los empleados públicos del orden nacional.

Que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes a pensión, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema.

Señaló que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 no cumplió el procedimiento que establece el artículo 271 del CPACA, por tanto, no tienen la calidad que se le asigna, pues al momento de proferirse, no existía procedimiento y valor respectivo, por tanto se puede concluir acudiendo a los principios de la interpretación jurídica, que la interpretación correcta en el tema de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones es taxativa.

Presentó como excepciones las denominadas “FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA”, “PRESCRIPCIÓN” y la “GENÉRICA”.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 5 de abril de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del CPACA (fl. 94).

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, y evacuada las etapas de ésta, se ordenó correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión, allí se procedió a emitir decisión de fondo (fls. 95 a 102).

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja mediante fallo proferido el 7 de mayo de 2018, declaró la nulidad de la Resolución No. 00376 del 13 de abril de 2016, y la nulidad parcial de la Resolución No. 0228 del 2 de abril de 2012.

A título de restablecimiento del derecho ordenó al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión de jubilación a la señora María Teresa Forero de Forero, a partir del 5 de julio de 2011, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el año de status de pensionada, es decir, entre el 6 de julio de 2010 al 5 de julio de 2011, incluyendo como factores salariales la asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad.

El problema jurídico planteado por el a quo se contrae a determinar si para la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante se deben incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior al status de pensionada, o solo aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los respectivos descuentos para aportes a pensión.

Sostiene que esta Corporación en sentencia de 6 de marzo de 2018, dejó en claro que el régimen aplicable a los docentes es el establecido en el Decreto - Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, que en su artículo 3º establece que los docentes que prestaban sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y algunos temas salariales y prestacionales, prerrogativas estas que se mantuvieron en las Leyes 91 de 1989, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y artículo 115 de la Ley 115 de 1994; que los docentes no gozan de un régimen especial de pensión de jubilación, con sustento en lo afirmado por el Consejo de Estado, que señaló que se encuentran sometidos a las disposiciones

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **María Teresa Forero de Forero**
Demandado : **Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Expediente : **150013333009-2017-00128-01**

generales, dado que no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.

Prevé que el régimen pensional de los docentes se determina a partir de la fecha de ingreso al servicio oficial, esto es, antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, del 27 de junio de ese mismo año; que aquellos docentes que ingresaron con anterioridad a la referida fecha, les son aplicables las normas que con antelación rigen la materia.

Indica que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en tal sentido los factores salariales a tener en cuenta no pueden ser los establecidos en el Decreto 1154 de 1994, en la medida en que los mismos son desarrollo de la Ley 100 de 1993.

Precisa que para este caso no son aplicables las sentencias C-230 de 2013, SU-258 de 2015 y SU-395 de 2017 proferidas por la Corte Constitucional, en el entendido que en estas providencias se interpretan las reglas que deben seguirse para los eventos de reconocimiento pensional con fundamento en la aplicación de régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993, mientras que en el sub examine el régimen aplicable es la Ley 33 de 1985 no en virtud de la norma transicional, sino en aplicación de la Ley 812 de 2003 teniendo como punto de partida la fecha de vinculación al servicio de la docente.

En el caso concreto se evidencia que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consolidando su status pensional el 5 de julio de 2011, con lo cual se concluye que es beneficiaria de la Ley 33 y 62 de 1985.

Sostiene que los factores salariales establecidos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad, fueron objeto de análisis en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, donde se concluyó que los factores previstos en tales disposiciones son enunciativos y en consecuencia, la pensión de jubilación debe

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

incluir el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, siempre que los mismos tengan carácter salarial.

Que es claro que el acto administrativo demandado contenido en la Resolución No. 0228 del 2 de abril de 2012, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una reliquidación pensional a la demandante, únicamente incluyó para la reliquidación de la pensión la asignación básica; que tal como lo certifica la Secretaria de Educación de Tunja la demandante en el año status de pensionada devengó además de la asignación básica, la prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad.

Manifiesta que la prima de navidad y la prima de vacaciones, a pesar de ser prestaciones sociales, tienen la connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías de acuerdo con el Decreto 1045 de 1978, norma orientadora en la materia que les otorgó carácter salarial para tales efectos.

Respecto de la prescripción el a quo señala lo siguiente: se tiene que en la Resolución No. 00376 del 13 de abril de 2016 se indica que la demandante presentó petición solicitando el ajuste de la pensión de jubilación el día 25 de agosto de 2015, con lo cual se tenía hasta el 25 de agosto de 2018 para formular la respectiva demanda, lo cual sucedió el 10 de agosto de 2017, interrumpiendo de esta manera el término prescriptivo; que con la presentación de la demanda el día 10 de agosto de 2017 se interrumpió la prescripción, por lo que no habrá lugar a declarar prescrita mesada pensional alguna.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

Precisó que, de conformidad con el Decreto 3752 de 2003 y la Ley 812 del mismo año, la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

a su expedición y cuyo pago se encuentre a cargo del FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Dijo que, según lo establecido en el Decreto 2831 de 2005, las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia del trámite de las prestaciones económicas para los docentes, toda vez que reciben, radican y suscriben el acto administrativo previa aprobación de la Fiduciaria y lo remiten a la misma para el respectivo pago.

Sostuvo que para ser beneficiario de la Ley 33 de 1985, era necesario que, para esa fecha, el docente cumpliera con 15 años de servicio; afirmó, que a la demandante no le asiste el derecho en relación con la norma que invoca, toda vez que esta última ley establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores salariales que hayan servido de base para la liquidación de aportes durante el último año de servicios.

Manifestó que la prima de navidad y la prima de vacaciones no se encuentran en el listado de la Ley 33 de 1985, en consecuencia, no pueden ser incluidos en la base de liquidación pensional.

Finalmente, aseveró que se debe declarar la prescripción de cualquier derecho reclamado por la demandante que supere los 3 años, contados desde que la obligación se hizo exigible y que la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión es la entidad territorial.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación de que trata el inciso 4º del artículo 192 del CPACA, el a quo concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada (fls. 118 y 118 vto.).

Mediante providencia del 3 de agosto de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada (fls. 124 y 124 vto.).

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

A través de proveído de 7 de septiembre de 2018 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del CPACA (fls. 129 y 129 vto.).

El Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Señaló además que la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 no cumplió el procedimiento que establece el artículo 271 del CPACA, por tanto, no tiene la calidad que se le asigna, pues al momento de proferirse, no existía procedimiento y valor respectivo, por tanto se puede concluir acudiendo a los principios de la interpretación jurídica, que la interpretación correcta en el tema de los factores en cuenta al momento de liquidar las pensiones es taxativa, como lo profirió el M.P. Gerardo Arenas Monsalve en su salvamento de voto en la sentencia del Consejo de Estado del 10 de agosto de 2010, por estar acorde con el inciso 12 del artículo 48 de la Constitución Política y a la Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional.

Pidió se denieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que la accionante no le asiste el derecho que está reclamando, pues las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985 establece claramente los factores que se deben incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentran los solicitadas por la actora.

Por su parte el Ministerio Público solicita se confirme el fallo de primera instancia. Precisó que los emolumentos, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad deben incluirse en la base de liquidación de la pensión, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

La parte demandante guardó silencio.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

El a quo accedió a las súplicas de la demanda, en consideración a que la pensión de la actora se encuentra sometida al régimen previsto en las leyes 33 y 62 de 1985, y que conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado se deben incluir todos los factores salariales devengados por la trabajadora durante el último año de servicio.

La parte demandada refutó el fallo de primer grado argumentando que solo se puede liquidar la pensión sobre los factores salariales que hayan servicio como base para calcular aportes, y que su reconocimiento debe efectuarse con base en la normatividad vigente al momento en que se causa la prestación.

De acuerdo con lo anterior, le corresponde a la Sala establecer si a la actora le asiste el derecho para que su pensión de jubilación le sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año de adquisición del status pensional.

3. De la aplicación de la Ley 812 de 2003 y su Decreto Reglamentario 3752 de 2003

Mediante Resolución No. 00133 del 1º de junio de 2006, proferida por la Secretaria de Educación de Tunja, le fue reconocida a la actora una pensión vitalicia de jubilación, en su condición de docente. El acto de reconocimiento consignó el día 4 de febrero de 2006 como fecha de adquisición del status de jubilado.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

Para la época de causación del status de pensionado, estaba vigente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual prevé:

“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. (...)” Resaltado fuera de texto.

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó, entre otros, los “...artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones...” La Ley 1151 de 2007 derogó el artículo 3° de la norma.

El Consejo de Estado, en concepto emitido el 10 de septiembre de 2009 por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857), concluyó que las previsiones de la Ley 812 de 2003 se aplican únicamente a los docentes vinculados con posterioridad a su expedición y que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes de esta ley se rige por normas anteriores, específicamente señaló:

“3. ¿Cuál es el régimen pensional de los maestros vinculados al servicio público educativo antes del 27 de junio de 2003, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cuál el de los vinculados entre esta fecha y el 31 de julio de 2010, y cuál el de aquellos que lo hagan con posterioridad al 31 de julio de 2010?”

En la actualidad hay dos situaciones:

- La de los docentes oficiales **vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es la establecida en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha, sin que termine el 31 de Julio de 2010.**
- La de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres, sin que termine el 31 de Julio de 2010.” Resaltado fuera de texto.

En este orden de ideas, lo que hizo la Ley 812 de 2003 fue incluir a los docentes en el régimen de la Ley 100 de 1993 de la cual fueron excluidos por mandato del artículo

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

279, pero ello en relación, se reitera, con quienes se vincularon con posterioridad a su expedición.

En consecuencia, **el régimen pensional de los docentes vinculados con anterioridad a las mencionadas disposiciones es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985**, por consecuencia, mal puede considerarse, en este caso, las exigencias previstas por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a efecto de establecer si la demandante mantenía régimen anterior pues, sencillamente, hasta la expedición de la Ley 812 de 2003 para el personal docente la norma del año 1993 no era aplicable, sin perjuicio de la naturaleza del establecimiento educativo.

En ese sentido como la demandante ingresó al servicio educativo estatal el **16 de julio de 1981**, según consta en la Resolución No. 0228 de 2 de abril de 2012 (fls. 12 a 14), es evidente que el régimen pensional es el anterior al establecido por la Ley 812 de 2003.

En cuanto a la liquidación de la mesada pensional, los artículos 1 y 3 de la Ley 33 de 1985 señalan el monto de la pensión y los factores que integran el ingreso base de liquidación. Así, respecto del monto, el artículo 1º señaló que el mismo sería del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Y respecto de los factores salariales, el artículo 3º consagró una lista de los mismos que irían a componer el ingreso base de liquidación.

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionando tres (3) factores salariales a la lista allí consignada, así: primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

4. Factores que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación en el régimen de las Leyes 33 y 62 de 1985

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, proferida dentro del expediente No. 520012333000201200143-00, modificó el criterio que había expuesto en la sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, y en su lugar expuso lo siguiente:

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

“94. La primera subregla 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:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Acto seguido, el Consejo de Estado dispuso que lo anterior sub regla no es aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 estos servidores no están cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular es importante aclarar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2013, el régimen prestacional de los docentes vinculados antes de su entrada en vigencia es el establecido para el Magisterio en disposiciones vigentes con anterioridad, lo cual fue reiterado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005.

En su parte considerativa, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en lo atinente a la interpretación que venía adaptándose en razón a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010¹, señaló:

"(...) 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 están 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

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia 4 de agosto de 2010. CP. Víctor Hernando Alvarado.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

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 sólo 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 a) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (dr 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".

Al respecto este Tribunal, en sentencia del 25 de octubre de 2018, con ponencia de la Magistrada: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, precisó:

"Entonces, a esta Sala no queda duda que a los docentes que se encuentran en el régimen de transición, se les se les aplica el IBL determinado en la norma anterior, en este caso la Ley 33 de 1985, y no el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; pero que los factores establecidos en la Ley 33 de 1985 no pueden seguir la interpretación que otrora efectuó la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia proferida el 4 de agosto de 2010, sino, de manera taxativa los dispuestos por el legislador,"

Entonces, es claro que a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por estar exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 se les aplica en materia de factores salariales las leyes 33 y 62 de 1985.

Esta Sala considera que las pensiones que se rigen conforme a lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, solo se deben tener en cuenta los factores salariales expresamente señalados en ella, y sobre los cuales fueron realizados aportes, interpretación que replica el principio de sostenibilidad financiera elevado a rango constitucional.

Así pues, los factores salariales que han de tenerse en cuenta son los previstos en la Ley 62 de 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985", que reza:

"ARTÍCULO 1. 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

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

inversión. 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. 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.”

Sobre el particular, la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso 52001-23- 33-000-2012-00143-01, modificó la postura que dicho Tribunal había adoptado respecto al carácter enunciativo de los factores salariales consignados en la Ley 33 de 1985, oportunidad en la que fue expuesto lo siguiente:

“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.”

La referida modificación tiene como fundamento garantizar que lo recibido por un trabajador a título de pensión corresponda a lo cotizado al Sistema de Seguridad Social para evitar que este se continúe desestabilizando.

Ahora, es importante recordar que si bien el contenido de la sentencia anteriormente aludida, no se aplica directamente a los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho pronunciamiento reevaluó de manera expresa la interpretación realizada en la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, por razones de orden constitucional, respecto del carácter enunciativo de los factores salariales, por lo que en todo caso se deberán tener en cuenta únicamente aquellos sobre los cuales

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

fueron realizados aportes tanto a los empleados cuya pensión se rige por las Leyes 33 y 62 de 1985, por transición y por excepción.

5. Caso concreto

Frente al caso en estudio, la Sala encuentra probado, que la demandante ingresó a prestar sus servicios como docente el día 16 de julio de 1981, razón por la cual, en materia de factores salariales para determinar la pensión, le resulta aplicable el régimen contemplado en las leyes 33 y 62 de 1985, además por hacer parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y estar excluido de la aplicación de la Ley 100 de 1993 (artículo 279).

Lo anterior teniendo en cuenta que tanto la Ley 812 de 2003 como la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, consagran como fecha determinante para establecer el régimen pensional, la fecha de vinculación a la docencia y no la de adquisición del derecho; en el presente caso, la demandante fue docente desde el 16 de julio de 1981, y por tanto, debe aplicarse lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Conforme a lo expuesto en el acápite normativo de la presente providencia, contrario a lo considerado en la sentencia impugnada, es claro que no hay lugar a la reliquidación de la prestación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios afirmación que se sustenta así:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 inciso segundo de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, la prima de alimentación, la prima de grado, la prima de vacaciones y la prima de navidad² no son factores de aquellos que deban ser tenidos en cuenta para el reconocimiento pensional.

Como quiera que, tal como fue expuesto en el recuento normativo de esta providencia, la actual interpretación sobre los factores salariales de la Ley 33 de 1985 deja de lado su carácter enunciativo, es posible concluir que los factores reclamados no pueden ser tenidos en cuenta, pues no se encuentra dentro del listado fijado por el legislador para la liquidación de las pensiones.

² Folio 64

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

Adicional a lo anterior, se advierte los factores cuya inclusión se solicita es la prima de alimentación, la prima de grado, la prima de vacaciones y la prima de navidad, factores sobre los cuales la parte actora no acreditó que fueron realizados aportes.

Por lo anterior, esta Sala revocará el fallo apelado, que había accedido a las pretensiones, para en su lugar, negar las súplicas del libelo por las razones ya expuestas.

6. Costas y agencias en derecho

La Sala se abstendrá de condenar en costas en consideración a que previó al cambio jurisprudencial enunciado, las pretensiones de la demanda contaban con un margen de vocación de prosperidad que hace comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte demandante, por lo cual, aun cuando se revoca en su totalidad el fallo de primera instancia no se dispondrá condena en este sentido en ninguna de las instancias.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja del 7 de mayo de 2018, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

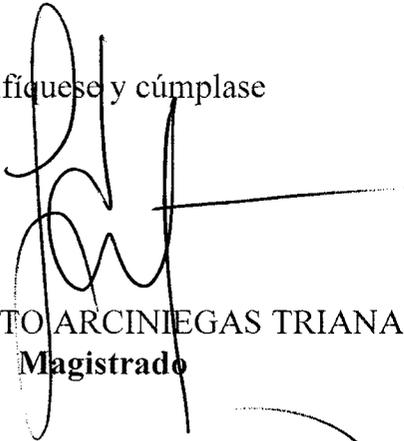
SEGUNDO. Sin condena en costas

TERCERO. Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen

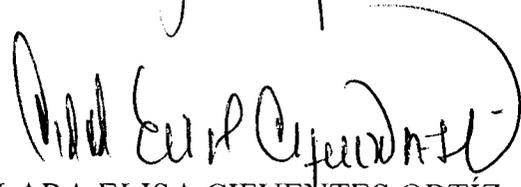
Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : María Teresa Forero de Forero
Demandado : Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 150013333009-2017-00128-01

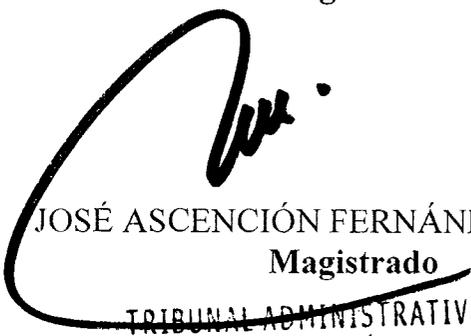
Notifíquese y cúmplase



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado

No. 202 de hoy: 29 NOV 2018

EL SECRETARIO

