



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, cinco (05) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARÍA ELSSY VERA CORREA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL–
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Radicación: 73001-33-33-003-2019-00064-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por María Elssy Vera Correa contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Fol. 62-63 reforma de demanda)

- 1.1. Declarar la nulidad parcial de la **Resolución No. 7293 del 28 de noviembre de 2016**, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una reliquidación de pensión de jubilación a la accionante, en cuanto que se calculó la mesada pensional, al no incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios anteriores al momento del retiro del cargo docente.
- 1.2. Declarar la nulidad de la **Resolución No. 5313 del 30 de agosto de 2017**, en cuanto decidió negar la inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al retiro definitivo del cargo como docente.
- 1.3. Condenar a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación de la demandante a partir del **15 de mayo de 2016**, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al retiro definitivo del servicio docente, los cuales equivalen al 75% del promedio de salarios, sobresueldos, primas y demás factores que constituyen base de liquidación.
- 1.4. Condenar a la demandada, a que sobre el monto de pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año.
- 1.5. Condenar a la demandada, a que realice el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina y que el pago del incremento se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral al daño.
- 1.6. Condenar a la demandada a que realice el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales, tomando como base el IPC.
- 1.7. Condenar a la demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla la totalidad de la condena.

1.8. Condenar en costas a la demandada.

2. HECHOS (Fol. 63 reforma demanda)

Los fundamentos fácticos relevantes son:

- 2.1.** Que la señora María Elssy Vera Correa laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.
- 2.2.** Que a través de la Resolución No. 0056 del 23 de enero de 2008 le fue reconocida y ordenada la pensión de jubilación.
- 2.3.** Que la pensión fue reliquidada, incluyendo sueldo, prima de vacaciones y prima de navidad, pero omitiendo tener en cuenta las horas extras y demás factores percibidos en el último año de servicio.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES (Fol. 63 reforma demanda)

3.1. Normas violadas

- Decreto 1045 de 1978.
- Ley 33 de 1985 Artículo 1°
- Ley 62 de 1985
- Ley 91 de 1989 Artículo 1°

3.2. Concepto de Violación

En síntesis, sostiene que los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 tienen un régimen pensional que es el previsto en la Ley 91 de 1989; luego, con citas jurisprudenciales advierte que estos servidores tienen derecho a la inclusión de todos los factores salariales devengados, pues la Ley 33 de 1985 no los estableció de manera taxativa y la remisión resulta obligada a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, concluyendo que la demandante tiene derecho al reajuste pensional, con la inclusión de aquellos factores devengados dentro del último año de servicio.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fol. 76 y ss).

Se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando que a la accionante le es aplicable a efectos de reconocimiento pensional, la Ley 33 de 1985 únicamente en lo que atañe a la edad y el monto de semanas cotizadas, no obstante advierte, que el ingreso base de cotización debe realizar sobre aquellos emolumentos sobre los que se haya efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, esto en concordancia con la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Con fundamento en lo anterior, indicó que a título de excepción planteaba las de *COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PRESCRIPCIÓN*.

5. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 12 de febrero de 2019 (Fol. 1), siendo admitida a través de auto fechado 4 de marzo de 2019 disponiendo lo de Ley (Fol.39). Notificada la parte

demandada y luego admitida la reforma de la demanda, se dio traslado de las excepciones. Vencido el término de traslado de estas (Fol. 98) a través de auto de 03 de marzo de 2020, se fijó fecha para audiencia inicial para el 15 de abril de 2020, sin embargo, debido a las medidas de suspensión de términos por Covid-19, no se llevó a cabo la audiencia inicial.

Luego, en providencia del 22 de julio de 2020 (fol. 100) se requirió a la demandada para que allegara el expediente administrativo. (A2. 2019-00064 AUTO REQUIERE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.)

Una vez aportada la documental, a través de providencia del 2 de febrero de 2021, este despacho puso en conocimiento el expediente administrativo allegado, y a su vez de conformidad con lo establecido en los literales a) y c) del numeral 1º artículo 182 del C.P.A.C.A., se advirtió la posibilidad de dictar sentencia anticipada, por lo que se le otorgó a las partes la oportunidad para presentar alegatos de conclusión (A7. 2019-00064 AUTO CORRE TRASLADO PARA ALEGAR), sin que las partes hayan hecho uso de su derecho.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar, si la demandante, en su condición de docente oficial, tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le revise, reliquide y pague la pensión de jubilación de la que es beneficiaria, con inclusión del 75% de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio docente.

3. MARCO JURÍDICO

3.1. Del régimen jurídico aplicable en materia de pensión de jubilación anterior a la Ley 100 de 1993.

La **Ley 6ª de 1945**¹ reguló en un primer momento el régimen pensional de los servidores públicos nacionales. Posteriormente se extendió a los del orden territorial.

La referida ley se dejó de aplicar a los empleados públicos del orden nacional con la aparición del **Decreto Ley 3135 de 1968**², que reguló para ellos la materia, el cual fue reglamentado por el **Decreto 1848 de 1969**. Los territoriales, en general, dejaron de estar sometidos a esta disposición cuando se expidió la Ley 33 de 1985.

¹ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo".

² "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".

Se anota que el Legislador expidió algunos regímenes pensionales especiales y también algunas normas relevantes aplicables a ciertas actividades.

Posteriormente se expidió el **Decreto Ley 1045 de 1978**³, el cual con claridad señaló los factores salariales que debían tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación⁴.

Fue así como la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se continuó reconociendo, pero sobre los factores señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Luego, mediante el **Decreto Ley No. 2277 de 1979**⁵ se estableció un régimen “*especial*” a favor de los educadores, sin embargo, esta disposición no reguló las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general.

En efecto, esa norma general está contenida en la **Ley 33 de 1985**⁶, la cual estableció en su artículo 1º los requisitos de edad, tiempo de servicios, monto e ingreso base de liquidación pensional, en los siguientes términos:

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

Bajo ese entendido, la Ley 33 de 1985, que rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, sin embargo, de su aplicación se exceptúan tres (3) casos:

- Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.

³ “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”.

⁴ Artículo 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.

⁵ “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”.

⁶ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

- Los empleados oficiales que, a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Para los efectos del reconocimiento pensional establecido en la Ley 33 de 1985, es pertinente remitirnos a lo previsto en el **artículo 1° de la Ley 62 de 1985**⁷, disposición que establece que 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, también se señaló expresamente que 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.

Posteriormente, la **Ley 91 de 1989**⁸, la cual se expidió como consecuencia del proceso de nacionalización de la educación, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en su **artículo 15** indicó:

“(…)

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.”.

Por su parte, la **Ley 60 de 1993**⁹ preceptuó en su **artículo 6** que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaran a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones.

Igualmente se consagró que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

⁷ "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985".

⁸ "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

⁹ "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

Ahora, es preciso aclarar que si bien la **Ley 100 de 1993**¹⁰ estableció el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral, no hay que olvidar que dicha norma señaló también la protección de los derechos adquiridos por aquellos servidores públicos que para el momento de su vigencia hubieren cumplido los requisitos para pensionarse o estuvieren pensionados con base en normas anteriores.

Así mismo, ha de recordarse que el **artículo 279 *ibídem*** excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, por estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando expresamente:

“Art. 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

*Así mismo, se exceptúa a los afiliados del 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 a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”.*¹¹

Con fundamento en la anterior disposición, el Consejo de Estado¹² ha precisado que si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior, que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con la transición aplicable restrictivamente.

Luego hizo aparición en el ordenamiento jurídico la **Ley 115 del 8 de febrero de 1994**¹³, que en lo atinente al régimen prestacional del personal docente, en su artículo 115 dispuso que era aplicable el establecido en su propia regulación y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Como pudo observarse, en materia de pensión de jubilación, las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993 no consagraron un régimen “especial”. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994.

Posteriormente, la **Ley 812 de 2003**¹⁴ en su **artículo 81** estableció que el **régimen prestacional para los docentes que se encontraran vinculados al servicio público educativo**, sería el consagrado en las normas anteriores a su vigencia, es decir, el **previsto en la Ley 91 de 1989** para los nacionales, nacionalizados y territoriales.

Seguidamente prescribió que **los docentes que se vincularan a partir de su vigencia** serían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

¹⁰ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

¹¹ Negrillas fuera del texto.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 28 de noviembre de 2012, radicación número: 68001-23-31-000-2009-00528-01(2330-11).

¹³ "Por la cual se expide la ley General de Educación".

¹⁴ "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006".

y tendrían los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos en él previstos, a excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El anterior mandato normativo fue elevado a canon constitucional con la expedición del **Acto Legislativo número 01 de 2005**¹⁵, lo cual permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se determina tomando como referencia la fecha de ingreso al servicio educativo estatal.

Así las cosas, teniendo en cuenta que los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, no contaban en materia pensional con un RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL, por remisión de la Leyes 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994 y 812 de 2003, les resultan aplicables las disposiciones del REGIMEN LEGAL GENERAL contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, salvo para aquellos servidores que fueran beneficiarios de la transición de ésta última norma, quienes continuarían rigiéndose por el régimen anterior, esto es, el señalado en el Decreto Ley 3135 de 1968 para los nacionales o la Ley 6ª de 1945 para los territoriales.

Y a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003 les son aplicables, en lo atinente al régimen pensional, las disposiciones contenidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

3.2. Posición inicial del Consejo de Estado sobre el ingreso base de liquidación en materia pensional.

Frente al tema de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, presentó diversos criterios respecto del alcance del artículo 1º de la Ley 62 de 1985, toda vez que mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador, en otras expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubiere realizado los aportes y, finalmente, se expuso que únicamente podrían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

La anterior discusión fue zanjada por la Sección Segunda del **Consejo de Estado al proferir la sentencia de unificación calendada el 4 de agosto de 2010**, expediente No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, oportunidad en la que, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, consideró que la Ley 33 de 1985 no indicaba en forma taxativa los factores salariales que conformaban 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 servicios.

En ese orden de ideas, concluyó el Consejo de Estado, que a la Luz de las Leyes 33 y 62 de 1985, para liquidar la pensión de los servidores públicos era válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por

¹⁵ "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".

servicios prestados, prima de servicios, incremento por antigüedad, quinquenios, entre otros.

No sobra recordar que existen algunas prestaciones sociales a las cuales el legislador les dio connotación de habituales, como son las primas de navidad y de vacaciones, las cuales constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Finalmente se precisa, que nuestro órgano de cierre¹⁶ bajo esta etapa, en reiterada jurisprudencia consideró que el régimen de transición, en el marco de un nuevo sistema pensional, implicaba para quienes a la entrada en vigencia del mismo reunieran los supuestos de hecho allí establecidos (edad o tiempo servido), el reconocimiento de su derecho pensional con fundamento en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros.

3.3. Posición jurisprudencial actual del Consejo de Estado sobre el ingreso base de liquidación pensional.

Teniendo en cuenta la diversidad de criterios presentados dentro del seno del Consejo de Estado en sede ordinaria y de tutela frente al tema de la reliquidación pensional, así como los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y subsiguientes sobre el problema interpretativo en materia de aplicación integral de los regímenes pensionales, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 28 de agosto de 2018, con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, radicado No. 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ), unificó jurisprudencia sobre la materia, específicamente sobre los siguientes puntos:

*“(i) **Período de liquidación del IBL:** si se toma el último año de servicios, conforme al inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o durante los últimos diez años de servicios o lo que le faltare para pensionarse, si fueren menos de 10 años, conforme el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

*“(ii) **Factores para establecer el IBL:** si se deben incluir todos los factores que constituyen salario o solo los descritos en el Decreto 1158 de 1994; también si se deben incluir solo aquellos sobre los cuales se cotizó o realizó aportes al Sistema o sobre los devengados. En este subtema, se establecerá si los aportes [sobre los cuales el afiliado no realizó las cotizaciones, pero se tienen en cuenta en la base de liquidación, y para efectos de la respectiva compensación] deben ser indexados o con cálculo actuarial”.*

Inicialmente, el Consejo de Estado se refirió al pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, oportunidad en la que se consideró que el IBL del inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía aplicarse frente a las pensiones cobijadas por la ley 33 de 1985. Tal *ratio decidendi* fue extendida a controversias suscitadas en torno a los reconocimientos pensionales de personas beneficiadas con el régimen de transición y a quienes se les aplicaba también la Ley 33 de 1985, postura que quedó inmersa, entre otras, en las sentencias SU-230 de 2015, SU-395 de 2017 y la SU-023 de 2018.

¹⁶ Ver entre otras las sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 22 de octubre de 2009, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 250002325000200600154 01; y 18 de febrero de 2010, Consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente con número interno 0836-08.

En armonía con la anterior postura, para la Sala Plena del Consejo de Estado, el artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultra activa del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

Así, la alta Corporación estableció la siguiente **REGLA JURISPRUDENCIAL** sobre el IBL en el régimen de transición, en los siguientes términos:

“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”.

Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fijó las siguientes **subreglas**:

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 hiciere 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.

No obstante lo anterior, en la sentencia de unificación se precisó: ***“La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre 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 1989¹⁷. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”.*** (Negritas fuera del texto).

¹⁷ 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 [...]”.

Ahora bien, **la segunda subregla** 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.

Explica el Consejo de Estado que esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, así como el artículo 48 constitucional que 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”*.

Señala que 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**.

Igualmente, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo refiere que 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.

En ese orden de ideas, el órgano de cierre concluye:

*“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 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”.
(Negrillas del despacho).

La Sala Plena de la alta Corporación, señaló que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Refiere que los efectos que se da a la decisión de unificación garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Con posterioridad, la Sección Segunda en sentencia del 10 de octubre de 2018, con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, radicado No. 05001-23-33-000-2015-00871-01(3058-17), en un asunto de reliquidación pensión docente, expuso que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 sí era aplicable a esta clase de servidores. Al respecto, la alta Corporación expuso:

*“Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la señora María Victoria Bustamante García, tomando como ingreso base de **liquidación** la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el a quo.*

En efecto, el Tribunal, dando aplicación a la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación del 4 de agosto de 2010, recogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación jurisprudencial aludida, ordenó incluir en la liquidación la prima de navidad y el auxilio de transporte. No obstante, tales factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y respecto de estos no se hicieron cotizaciones, como da cuenta la certificación de salarios que obra a folio 26, en donde consta que el único factor de aporte fue la asignación básica”.

La postura al interior del Consejo de Estado -luego de la sentencia del 28 de agosto de 2018- no fue pacífica, pues en algunas sentencias de tutela dictadas con posterioridad, se consideró que la sentencia de unificación antes referida no era aplicable al personal docente, lo que mostraba como necesario que se proferiera una sentencia de unificación que se refiriera de forma concreta al régimen docente en materia de IBL pensional.

3.4. Sentencia de Unificación del IBL en el Régimen Pensional Docente - SUJ-014-CE-S2-2019

Atendiendo lo anterior, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, proferió la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 el 25 de abril de 2019, sobre el tema de los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, haciendo el respectivo análisis a partir de dos regímenes: El primero, al que pertenecen los docentes afiliados al FONPREMAG que se vincularon al servicio antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y el segundo, constituido por los docentes afiliados al FONPREMAG que se vincularon al servicio a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Para el estudio que corresponde en este fallo, el Juzgado extractará de la sentencia de Unificación, lo que concierne al primer régimen, es decir, al de los docentes oficiales vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003:

La sentencia de Unificación recordó que el gremio docente se encuentra excluido del Régimen de Seguridad Social General, por disposición expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y por ende, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de dicha ley, ni les aplica su artículo 21 en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

Así, indicó que el régimen pensional aplicable a dicho grupo de servidores públicos es el consagrado en la Ley 91 de 1989, disposición normativa que no consagró requisitos ni condiciones especiales para acceder a la pensión de jubilación, por tanto y en aplicación del literal B del numeral 2 del artículo 15 de la citada Ley 91 quedó establecido que tales presupuestos serían los consagrados en el régimen de los servidores públicos consagrado en la Ley 33 de 1985, con ello ratificó la tesis reiterada de la sección Segunda, con respecto a que los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al FONPREMAG y exceptuados del Sistema General de Pensiones, no gozan de un régimen especial de jubilación, sino que están sometidos al régimen de los servidores públicos del orden nacional.

Al concluirse que el régimen aplicable al sector docente es el mismo de los servidores públicos del orden nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, adujo que así mismo el ingreso base de liquidación sería el consagrado en el artículo 3º de dicha disposición normativa, la cual fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. Puntualmente fijó la siguiente regla, que será el pilar de esta sentencia:

“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.”

Con la emisión de esta sentencia de unificación, quedó definido que la base de liquidación pensional para los docentes nacionales, nacionalizados y vinculados con la Ley 89 de 1991, corresponde únicamente a los factores salariales respecto de los cuales se efectuaron aportes de conformidad con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 durante el último año de servicios, postura esta que ya había sido acogida por este Despacho Judicial con anterioridad.

4. CASO CONCRETO

Régimen pensional aplicable a la accionante:

A partir del marco jurídico y jurisprudencial expuesto en acápite anteriores, es claro que los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio nacionales, nacionalizados y con nombramiento posterior al 1º de enero de 1990 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, les resulta aplicable el régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, y para efectos de calcular el ingreso base de liquidación de su pensión, 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, se analiza el caso concreto así:

Precisado lo anterior, como quiera que la accionante prestó sus servicios personales como docente y su labor la ejecutó a partir del 8 de julio de 1977 como se dice en el acto de reconocimiento pensional (Fol. 16), resulta claro que para la

vigencia de la Ley 33 de 1985 (13 de febrero de 1985) no contaba con 15 años de servicio y menos con el estatus de pensionada, por lo que no es posible el reconocimiento pensional bajo los presupuestos de la Ley 6 de 1945 y del Decreto 1045 de 1978 citado en la demanda para el cálculo del IBL.

Por el contrario, teniendo en consideración que su vinculación al servicio público se inició en 1977, es claro que conforme a la Ley 91 de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales, debe aplicársele la Ley 33 de 1985, especialmente en cuanto a los factores de liquidación pensional que concitan el estudio en este fallo y de acuerdo con lo analizado en precedencia, solo pueden ser los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Factores salariales a tener en cuenta en el IBL pensional:

Frente a los factores salariales que deben hacer parte de la de la reliquidación de la pensión dispuesta a través de Resolución 7293 del 28 de noviembre de 2016 (Fol. 19-20), allí aparece que se tuvieron en cuenta como factores de liquidación, el sueldo, la doceava de prima de vacaciones y la doceava de prima de navidad devengados por la accionante en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio, arrojando un valor de \$3.349.286, como salario base de liquidación.

Se observa que entre el 16 de mayo de 2015 al 15 de mayo de 2016(año anterior al retiro del servicio) (Fol. 21 y 23) la demandante devengó además del sueldo básico, la prima de vacaciones y prima de navidad incluido en el cálculo del IBL pensional, **unas horas extras** entre el 16 de mayo al mes de diciembre de 2015 y en abril de 2016, que están previstas en el art. 1º de la Ley 62 de 1985 como factor de liquidación pensional, por ende, las mismas debían ser consideradas por la entidad para calcular el IBL pensional de la señora María Elssy Vera Correa y al no hacerlo así en el acto de reliquidación pensional 7293 del 28 de noviembre de 2016 y luego en la Resolución 5313 del 30 de agosto de 2017, estos se encuentran viciados parcialmente de nulidad, como se declarará.

Deberá disponerse también, que de no haberse efectuado los descuentos por aportes a seguridad social sobre esas horas extras, la entidad demandada proceda a realizarlos, con el fin de efectivizar de manera armónica los mandatos constitucionales de protección del erario público y de los derechos laborales.

5. PRESCRIPCIÓN

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales. Posteriormente, dicha norma fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969, el cual en su artículo 102, estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible. El reclamo ante la autoridad competente interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el caso bajo estudio, la reliquidación de la pensión de jubilación por retiro definitivo se hizo el mediante Resolución **7293 del 28 de noviembre de 2016**, con efectos fiscales a partir del 15 de mayo de 2016, mientras que la reclamación administrativa en procura de obtener el reajuste de la reliquidación de la pensión se elevó el **25 de julio de 2017**, de tal suerte que entre la reliquidación pensional y la solicitud de inclusión del factor salarial no se superó el término de tres años, en tanto el fenómeno prescriptivo no alcanzó a operar.

6. ACTUALIZACIÓN DE LAS CONDENAS E INTERESES

Las sumas antes enunciadas, una vez reconocidas, serán reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., y con base en la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, comenzando por la diferencia en la primera mesada de la reliquidación pensional y teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que adquirió el derecho a recibir cada una.

Para el cumplimiento de la sentencia, como el reconocimiento de los intereses a que hubiera lugar, se dará aplicación a lo previsto en el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

7. CONDENAS EN COSTAS

Al resultar vencida la parte demandada, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte actora, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018¹⁸, verificando en consecuencia que el apoderado judicial de la parte actora efectivamente realizó actividades adicionales a la propia presentación de la demanda, tales como la presentación de alegatos de conclusión.

También hubo de incurrir en erogaciones como el pago de la suma establecida por gastos ordinarios del proceso, razón por la cual se fijará la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000)** por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones No. 7293 del 28 de noviembre de 2016 y 5313 del 30 de agosto de 2017, expedidas por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a revisar y reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Elssy Vera Correa, teniendo en cuenta en un 75%, además de los factores salariales que ya fueron parte del ingreso base de liquidación en la Resolución 7293 del 28 de noviembre de 2016, las **Horas Extras** que fueron devengadas en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio (comprendido entre 16 de mayo de 2015 al 15 de mayo de 2016).

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar a la demandante a partir del 16 de mayo de 2016, las diferencias existentes entre lo pagado y debido pagar, de acuerdo a lo indicado en el ordinal segundo de esta providencia.

CUARTO: La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará de acuerdo a la fórmula indicada en parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que efectúe el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se dispuso en este fallo y sobre los cuales no se efectuó la correspondiente deducción legal, debidamente indexados.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de **QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000)** por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante. Se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

NOVENO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

cf48c26996f8e9354d2489aab7fa68320506ca06d2709a2e596c59bf94fd93e1

Documento generado en 05/03/2021 03:03:12 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>