



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO (5º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2.021)

Radicado: **73001-33-33-005-2019-00413-00**
Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Eutimio Sánchez Guzmán**
Demandado: **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro**

Advertido que el numeral 1º. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante proveído del 6 de agosto de 2.021, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes:

La demanda:

El señor **Eutimio Sánchez Guzmán** actuando por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., promovió demanda contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación Departamental**, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Declaraciones y condenas (fl. 2 cuaderno principal físico):

“1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2.016, en cuanto y tan solo tiene que ver con la cuantía de la pensión vitalicia de jubilación reconocida al señor Eutimio Sánchez Guzmán.

2. Así mismo que se declare la nulidad de la resolución Nro. 3790 del 23 de junio de 2.107, por medio de la cual la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

resolvió desfavorablemente la solicitud de reliquidación con la inclusión de los demás factores salariales que no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

2. A consecuencia de lo anterior, que se declare la nulidad de la resolución Nro. 3793 del 23 de junio de 2.017, en la cual la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima que en su omisión resuelve desfavorablemente la solicitud de reliquidación con la inclusión de los demás factores salariales que no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

4. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, reliquide la pensión de jubilación incluyendo el promedio de los factores salariales devengados por mi poderdante durante el último año de servicio (anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionado), tales como: horas extras, prima de navidad, servicios, vacaciones, antigüedad, semestral, bonificación y demás.

5. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, reconozca y pague los reajustes de ley, así como el ajuste al valor o indexación laboral por la depreciación de la moneda.

6. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, reconozca y pague los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas, si a ello hubiere lugar.

7. Condenar a la parte demandada al pago de las agencias en derecho y las costas procesales”.

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante narró los siguientes

Hechos (fl. 2 vuelto, cuaderno principal físico):

- El demandante **Eutimio Sánchez Guzmán** prestó sus servicios como docente al servicio del Departamento del Tolima y al haber causado los requisitos para obtener el derecho legal a la pensión mensual vitalicia, mediante Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2.016, la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación del demandante, en cuantía de \$1.834.943 efectiva a partir del 27 de diciembre de 2.010, prestación que fue liquidada únicamente con base en el promedio de la asignación básica mensual devengada por el demandante durante el año anterior a la fecha de adquisición del status de pensionado, sin incluir la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, entre otros.
- El día 26 de mayo de 2.017 el demandante presentó ante las entidades demandadas, solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales.
- Mediante Resolución Nro. 3793 del 23 de junio de 2.017 la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima resolvió desfavorablemente la solicitud de reliquidación pensión con la inclusión de los demás factores salariales que no fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación.

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida la profesional en derecho enuncia los artículos 23, 25, 48 y 53 Superiores; el Decreto 3135 de 1968, artículo 27, Decreto 1848 de 1.969, artículo 73; Decreto 1045 de 1.978, artículo 45; la Ley 6 de 1.945, Ley 33 de 1.985, Ley 71 de 1.988, Ley 91 de 1.989, artículos 11 y 36; Ley 100 de 1.993, artículo 279, Ley 812

de 2.003, artículo 81 y la Ley 1151 de 2.007, artículo 160.

Aseguró que las entidades demandadas desconocieron la normatividad aplicable al personal docente al denegar el reconocimiento pensional con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior a adquirir el status pensional, establecidos en la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989 y el Decreto 1045 de 1978, para calcular el valor de la mesada pensional, pasando por alto los lineamientos jurisprudenciales decantados por el Consejo de Estado, que han establecido claramente cuáles son los factores salariales que se deben tener en cuenta para establecer el monto de la mesada pensional de los docentes.

Trámite procesal.

El 5 de diciembre de 2.019 fue radicado el trámite de la referencia y una vez sometido a reparto, correspondió a este Despacho su conocimiento (fl. 1 C. Ppal.) y la demanda fue recibida por parte de la oficina judicial el día 6 de diciembre de 2.019 (fl. 16 C. Ppal.).

Por auto del 14 de febrero de 2.020 (fl. 23 C. Ppal.) se admitió la demanda de la referencia, toda vez que se subsanaron los defectos anotados en providencia del 24 de enero de 2.020 (fl. 17 C. Ppal.), en consecuencia de ello, se ordenó la notificación a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Surtida en debida forma la notificación a las partes (fl. 28 C. Ppal.), dentro del término para contestar la demanda de la referencia, el Departamento del Tolima y el FOMAG allegaron escrito de contestación de demanda, conforme se evidencia de la constancia secretarial obrante a folio 34 del expediente.

Posteriormente, mediante auto del 22 de enero de 2.021 este Despacho resolvió vincular al presente asunto a la Fiduprevisora S.A. como tercero con interés directo en el resultado del proceso, ello en razón a que la prestación que devenga el demandante Eutimio Sánchez Guzmán se encuentra a cargo de la sociedad en comento (fls. 38 a 40 y 54 a 56 C. Ppal.). No obstante, pese a haber sido notificada en debida forma la entidad vinculada Fiduprevisora S.A., dentro del término conferido para contestar la demanda de la referencia, guardó silencio (expediente digital, archivo Nro. 5).

Finalmente, revisado el expediente se observa que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado realizó intervención en el presente asunto (fls. 41 a 50 C. Ppal.).

Contestación entidades demandadas

Departamento del Tolima.

Expresó que se opone a las pretensiones de la demanda, como quiera que el Departamento del Tolima no ha causado perjuicio alguno al demandante, máxime que al tenor de lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio atender lo solicitado por el docente Eutimio Sánchez Guzmán, debido a que el Departamento del Tolima - Secretaría de Educación y Cultura actúa como un delegado del Ministerio de Educación, siendo los entes del orden nacional los llamados a responder y comprometerse, en el evento que llegue a comprobarse que no se realizó el reconocimiento pensional pretendido conforme a la Ley.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: *i. imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas*, aseverando que el competente para dar cumplimiento a lo solicitado por el docente nacionalizado Eutimio Sánchez Guzmán es el Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; *ii. Cobro de lo no debido*, para lo cual señaló que, al demandante no le asiste derecho alguno para reclamar lo pretendido respecto del Departamento del Tolima, en razón a que el llamado a dar cumplimiento a lo pretendido es el FOMAG y *iii. Reconocimiento oficioso de excepciones*, disponiendo que, corresponde al Juez reconocer de oficio las excepciones perentorias que resulten probadas en la actuación, aunque el demandado no las hubiere propuesto.

Finalmente, propuso la excepción mixta denominada "*falta de legitimación en la causa por pasiva respecto al Departamento del Tolima - Fondo Territorial de Pensiones del Tolima*", señalando que la obligación de efectuar la reliquidación pensional objeto de este medio de control está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con lo previsto en la Ley 91 de 1989, limitándose los entes territoriales a elaborar los proyectos de actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones económicas y remitirlo a las entidades encargadas, para posteriormente con la aprobación de la Fiduprevisora S.A., suscribirlo en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por atribución de la Ley y no así en representación propia del Departamento del Tolima (Carpeta fl. 30 CD).

Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opone a las pretensiones de la demanda, no obstante precisó que todos los hechos de la demanda son ciertos. Después de referir extractos jurisprudenciales y especialmente el establecido en la Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril del 2019, concluye que para efectos de la inclusión de los factores salariales como ingreso base de liquidación de la pensión, se debe acreditar: **1.** Para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003: Que el factor se encuentre enlistado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y que sobre ellos, se hubiesen realizado aportes y **2.** Para los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003: Que el factor se encuentre enlistado en el Decreto 1158 de 1994 y que sobre ellos, se hubiesen realizado aportes.

Posteriormente, refirió que es aplicable actualmente a los empleados oficiales de todos los órdenes lo previsto en los artículos 1º y 25 de la Ley 33 de 1985, frente a la pensión ordinaria de jubilación, siendo aceptado igualmente que el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 812, es decir, al 27 de junio de 2003. Por ello, señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, es el aplicado a todos los empleados públicos regidos por la Ley 33 de 1985, por lo cual a los docentes nacionales se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante al último año de servicio.

Finalmente, propuso las excepciones de mérito que denominó: *i. legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*, expresando que los actos administrativos enjuiciados fueron proferidos con estricto seguimiento de las normas legales vigentes aplicables al caso del demandante, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2016, se realizó teniendo en cuenta los factores sobre los cuales

efectuó las cotizaciones, sin que sea procedente una nueva reliquidación para incluir otros factores diferentes a los que sirvieron de base para el IBL, la relacionada con los factores salariales que se deben incluir en el IBL; *ii. Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento*, en tanto afirmó que, en su sentir no se encuentra sustento jurídico a las pretensiones condenatorias y declarativas, si se tiene en cuenta que para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, ya que el legislador enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base; *iii. cobro de lo no debido*, al disponer que en el presente caso, los factores salariales reclamados no se encuentran previstos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, por lo que la entidad al reconocer el derecho pensional se ajustó a derecho, sin que sea procedente el cobro de la misma, para incluirla en una reliquidación pensional; *iv. Prescripción*, argumentando que de acuerdo con lo que resulte probado se de aplicación a los artículos 488 del C.S.T, 151 del C.P.L, artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, demás normas concordantes y la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado y *v. Genérica* (Carpeta fl. 33 CD).

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Solicitó al Despacho denegar la reliquidación de jubilación del demandante con inclusión de los factores salariales sobre los cuales no realizó el respectivo aporte o cotización, conforme lo decantó el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2 del 25 de abril de 2.019, en la que determinó que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/ o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

Conforme la sentencia en comento, señaló que se debe tener en cuenta la fecha de vinculación de los docentes de la siguiente manera: **i)** para docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional, previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo y **ii)** los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media, establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres, con los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación establecidos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los que se hubieren efectuado las respectivas cotizaciones; lo anterior, señalando que aquellos factores que no cuentan con respaldo financiero se oponen al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política (fls. 41 a 50 C. Ppal.).

Fiduprevisora S.A.

Guardó silencio.

La audiencia inicial.

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, en el

presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial, razón por la cual mediante auto del 11 de junio de 2.021, se ajustó el trámite para proferir sentencia anticipada y en consecuencia de ello, se fijó el litigio, se decretó prueba de oficio a cargo de la parte demandante, tendiente a determinar con claridad los factores salariales sobre los cuales el señor Eutimio Sánchez Guzmán cotizó y realizó aportes para pensión al S.G.S.S. durante los años 2.014 al 2.016 y se prescindió de la realización de la audiencia inicial, al considerar que el presente asunto es de puro derecho (expediente digital, archivo 6).

En consecuencia, advertido que la parte demandante no acreditó la gestión de la prueba, este Despacho de manera oficiosa, el día 21 de julio de 2.021 libró las respectivas comunicaciones a las entidades demandada, solicitando el recaudo de la prueba decretada de oficio (expediente digital, archivos 9 a 11).

Advertido que no fue posible efectuar el recaudo de la prueba documental decretada, en aras de impartir celeridad al presente asunto y con ello, lograr una pronta y eficaz administración de justicia, se prescindió de tal medio de prueba, por auto del 6 de agosto de 2.021 se precluyó el término probatorio en el asunto de la referencia y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito (expediente digital, archivo 12).

En consecuencia, de la constancia secretarial de fecha 27 de agosto de 2.021, se advierte que dentro del término concedido, el Departamento del Tolima y el FOMAG allegaron escrito de alegatos de conclusión (expediente digital, archivo 19).

Alegatos de Conclusión:

Parte demandante.

Guardó silencio.

Parte demandada - FOMAG.

Aseveró que, conforme lo señala el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2.019, así como la normatividad aplicable al personal docente, esto es, la Ley 33 de 1.985, Ley 62 de 1.985, Ley 91 de 1.989 y la Ley 812 de 2.003, las pensiones de los docentes del servicio oficial afiliados al FOMAG, deben ser liquidadas sobre los mismos factores salariales que hubieren servido de base para calcular los aportes, teniendo en cuenta los factores salariales enlistados en la normatividad referida.

De igual manera, expuso que, el solo tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se han efectuado aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo el derecho irrenunciable a la pensión de las personas a las que le asiste tal derecho, cuya asegurabilidad le corresponde al Estado en observancia a los principios constitucionales de universalidad y eficacia; máxime que conforme lo decantó el Consejo de Estado en su reciente pronunciamiento de unificación, la pensión de los beneficiarios de la transición se debe liquidar conforme a los factores sobre los cuales se efectuaron cotizaciones, respetando la debida correspondencia entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado. Por lo anterior, concluyó que no es dable acceder a las pretensiones de la demanda (expediente digital, archivo 17, folios 1 a 4)

Parte demandada - Departamento del Tolima.

Precisó que se debe tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2.018, así como lo dispuesto en

la Ley 100 de 1.993, el artículo 48 Superior y los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional, por lo cual los factores salariales que se deben incluir en el I.B.L. son únicamente aquellos sobre los que se hubieren efectuado los aportes o cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones.

Posteriormente, adujo que, aquellos servidores públicos beneficiarios de la transición pensional establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, les resultan aplicables las disposiciones del régimen legal general contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, en lo atinente a la edad, tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, elemento este último que debe ser entendido únicamente respecto del porcentaje de la pensión, pues para el ingreso base de liquidación debe ser aplicado el artículo 21 o el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1.993, según el caso; no obstante, manifestó que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional es el previsto en la Ley 91 de 1989, por lo que en su sentir, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición (expediente digital, archivo 15, folios 14 a 17).

Parte vinculada - Fiduprevisora S.A.

Guardó silencio.

Ministerio Público.

No emitió concepto de fondo.

Consideraciones

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 numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

Problema jurídico.

Conforme se determinó en providencia del 11 de junio de 2.021, corresponde al Despacho determinar ¿Si los actos administrativos demandados, esto es, la Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2.016 y la Resolución Nro. 3793 del 23 de junio de 2.017 están ajustadas o no derecho, para lo cual deberá examinarse el régimen jurídico aplicable al demandante y si este tiene derecho a que le sea reajustada la pensión de jubilación que percibe con la inclusión de los factores salariales, tales como horas extras, prima de navidad, servicios, vacaciones, antigüedad, semestral, bonificación y demás factores salariales devengados durante el último año de servicios, anteriores adquirir el status de pensionado?.

Tesis parte demandante.

Debe declararse la nulidad parcial de la Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2.016 y la nulidad de la Resolución Nro. 3793 del 23 de junio de 2.017, por cuanto la entidad demandada omitió su deber legal de incluir todos los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio anterior al momento de adquirir el status de pensionado, para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando la normatividad aplicable y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales impartidos por el H. Consejo de Estado.

Tesis parte demandada – FOMAG.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y aseveró que los actos administrativos acusados se ajustan a derecho, por cuanto la prestación fue reconocida en debida forma siguiendo los lineamientos de la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003 y Decreto 1158 de 1998, normas según las cuales no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales que la parte demandante reclama.

Tesis Departamento del Tolima.

Se opone a lo pretendido en el medio de control de la referencia, toda vez que estimó que en los casos en los cuales se debaten cuestiones relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a favor del personal docente, la representación y competencia radica en el Ministerio de Educación Nacional y el pago de los derechos ya reconocidos le corresponde a la Previsora S.A., motivo por el cual afirmó que el reconocimiento y pago de lo deprecado en la demanda no radica en el ente territorial que representa.

Tesis Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Se opone a la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante con inclusión de los factores salariales sobre los cuales no realizó el respectivo aporte o cotización, conforme lo decantó el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2 del 25 de abril de 2.019, en la que determinó que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/ o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes a pensión.

Tesis del Despacho.

Analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, y los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, en el presente caso se negarán las pretensiones de la demanda, de acuerdo con el criterio de unificación emitido por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2.019, bajo el entendido que solo pueden incluirse aquellos factores salariales contemplados expresamente en el régimen legal aplicable como base de cotización prestacional, esto es, el régimen contemplado en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, y sobre los cuales la parte actora hubiere efectuado los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensión, factores sobre los cuales la parte actora omitió demostrar su efectivo aporte y/o descuento.

Marco Normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración

consecuencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor Eutimio Sánchez Guzmán en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho depreca la nulidad parcial de la Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2.016 y la nulidad de la Resolución Nro. 3793 del 23 de junio de 2.017, en tanto considera que las entidades demandadas omitieron incluir todos los factores salariales por él devengados durante el último año de servicio docente, actos administrativos por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de los derechos que estima conculcados por el proceder de la entidad accionada, para lo cual solicitó condenar a la entidad accionada a reconocer, reliquidar y reajustar la pensión de jubilación que devenga con inclusión de los factores salariales percibidos, así como los ajustes de valor correspondientes.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado² ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce³, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁴, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁵, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁶.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁷, de la administración o de los

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Expediente 12244, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones. C.P: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

³ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁴ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁵ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁶ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁷ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la

particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Marco Normativo y Jurisprudencial

Régimen pensional aplicable sector docente.

De conformidad con el numeral 3° del Decreto 2277 de 1979 en concordancia con el artículo 5° del Decreto 224 de 1972⁸, los docentes que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial que comprende entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores, exceptuando lo relativo al régimen pensional ordinario docente.

En relación con la pensión de los docentes, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció:

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:

(...)

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos 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.

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 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (Negrilla y subrayado por fuera de texto)

En consecuencia, los docentes indicados en la norma en cita están sometidos a las normas vigentes para la época en que se expidió la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989 o, las que se expidan en el futuro. Es decir, la ley 33 de 1985 y la

producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

⁸ la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación.

ley 62 de 1985. Y antes de que entrara a regir la ley 33 de 1985 regía el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 y el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969.

Posteriormente, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, preceptuó:

"Artículo 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley en la ley 91 de 1989 y en la ley 60 de 1993 y en la presente ley". (Subrayado fuera de texto).

A su turno, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁹, definió el régimen pensional de los docentes, así:

"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.".

Bajo dicha premisa, a los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 26 de junio de 2013, se les aplicará el régimen establecido en la Ley 100 de 1993 en concordancia con la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo Nro. 01 de 2005, estableció:

"Parágrafo transitorio 1°. 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".

Es decir, que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1990 y hasta el 26 de junio de 2003, se les aplica la Ley 91 de 1989 y el régimen prestacional dispuesto para los empleados públicos del orden nacional, es decir, también la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales deberán remitirse al régimen general previsto para los empleados públicos que comprende la siguiente normativa: **i)** Ley 6ª de 1945¹⁰, **ii)** Decreto Ley 3135 de 1968¹¹, **iii)** Decreto número

⁹ Que reglamento el régimen pensional de los miembros del magisterio por disposición de la Ley 797 de 2003, artículo 16.

¹⁰En materia pensional reguló esta prestación para los servidores públicos nacionales. Posteriormente, en aplicación de otros mandatos, se extendió a los del orden territorial. Se advierte que se dejó de aplicar a los empleados nacionales con la aparición del Decreto Ley 3135 de 1968 que reguló para ellos la materia. Los territoriales, en general, dejaron de estar sometidos a esta disposición cuando se expidió la Ley 33 de 1985. Se anota que el Legislador expidió algunos regímenes pensionales especiales y también algunas normas relevantes en la materia aplicables respecto de ciertas actividades.

¹¹ Para el ámbito Nacional, señaló que el empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al **75% del**

1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968¹², **iv)** Decreto Ley 1045 de 1978¹³, **v) Ley 33 de 1985¹⁴, vi) Ley 62 de 1985¹⁵vii) Ley 71 de 1988¹⁶ y, finalmente, viii) Ley 100 de 1993, empero ésta en su artículo 279¹⁷ excluyó del sistema pensional general a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la ley 91 de 1989.**

Régimen pensional Ley 33 de 1985 - requisitos, monto, IBL (periodo y factores salariales) y unificación jurisprudencial.

La Ley 33 del 29 de enero de 1985, empezó a regir a partir de la sanción presidencial el día 13 de febrero de 1985, y se aplicó a empleados públicos tanto del orden nacional como del orden territorial, disponiendo los siguientes requisitos pensionales:

"...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 (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."

En tratándose de factores salariales, estos fueron determinados en la Ley 62 de 1985, que lo subrogó la Ley 33 de 1985 en lo pertinente, así:

*"...ARTÍCULO 1º. 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 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***

promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, exceptuando a las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y las que la ley determine expresamente.
¹²Estableció que la cuantía de la pensión, sería el equivalente al **setenta y cinco (75%) por ciento del promedio de los salarios y primas de toda especie en el último año de servicios.**

¹³En su artículo **45**, con claridad señaló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

¹⁴Previó el régimen pensional general, señaló en su artículo primero, que 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.**

¹⁵Modificatoria parcial de la Ley 33 /85, con claridad señaló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados del orden nacional.

¹⁶**La Ley 71 de 1988**, también formación de carácter general, que dispuso:

Art. 9º Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos los niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la **reliquidación de la pensión**, tomando como base el promedio del **último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.**

¹⁷**ARTICULO. 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 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 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.**

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...".

Bajo las anteriores premisas, se advierte que la base para liquidar la pensión de los empleados oficiales a quienes se les aplica dicho régimen, corresponde a un 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, sumando los factores salariales de que habla la Ley 62 de 1985, entre ellas, "la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica ascensorial y de capacitación, los dominicales y feriados, **horas extras**, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio"; exceptuando las demás percibidas que no constituyen factor salarial en los términos del listado arriba transcrito.

Unificación sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes oficiales.

Si bien es cierto, la Jurisprudencia contenciosa no ha sido pacífica¹⁸ frente a los factores que se deben tener en cuenta a la hora de liquidar las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2 -2019, del 25 de abril de 2019, consideró necesario unificar el tema definiendo el alcance del criterio de interpretación fijado en la sentencia del 28 de agosto de 2018, como quiera que esta generó cierta confusión, al no guardar identidad la situación fáctica con un caso del docente oficial exceptuado del sistema general de pensiones.

Así las cosas, la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la aludida providencia se precisó como primera subregla que el régimen de transición "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 1989¹⁹. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición"**.

Adicionalmente, como segunda subregla, se decantó 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".

Por lo anterior, el H. Consejo de Estado en **sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, del 25 de abril del 2019**, consideró que existen dos regímenes

¹⁸ cuando preciso la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador para conformar la base de liquidación pensional, aunque éstos no aparecieran taxativamente allí enlistados, en reciente decisión de unificación del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena del H. Consejo de Estado, rectificó su posición advirtiendo que la tesis adoptada en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 "va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social" y "traspasa la voluntad del legislador".

¹⁹ 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 [...]"

prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, para lo cual se debe tener en cuenta la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, estableciendo las siguientes reglas:

- a. *En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*
- b. *Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. (Subraya y Negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, de conformidad con el régimen general acogido por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la aludida sentencia de unificación, se tiene que no es posible tener en cuenta al momento de reconocer la pensión del personal docente la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, bajo las siguientes consideraciones:

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

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

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

65. *La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.*

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

- *Edad: 55 años.*
- *Tiempo de servicios: 20 años.*
- *Tasa de remplazo: 75%.*
- *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.” (Negrilla del Juzgado).*

De igual manera, el H. Tribunal Administrativo del Tolima en providencia del **19 de septiembre de 2019**, proferida dentro del expediente con radicado Nro. 73001-33-33-003-2016-00323-01, M.P. Doctor ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA, mediante la cual se revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué el 30 de agosto de 2018, que accedió a las pretensiones de la demanda, tras efectuar un análisis normativo del régimen pensional aplicable a los docentes públicos, afiliados al FOMAG y que ingresaron al servicio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, concluyó:

“(…)

- a) *Su pensión no se rige por la Ley 100 de 1993, por encontrarse los docentes públicos excluidos expresamente de su aplicación en los términos del artículo 279 de la mencionada Ley.*
- b) *En consecuencia, los docentes tampoco son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ende, su régimen pensional no sufrió cambio alguno con la entrada en vigencia de la mencionada Ley 100 de 1993.*
- c) *Por tales razones, tampoco les resulta aplicable la Sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado con fecha 4 de Agosto de 2010, ni puede ser sustentada con su texto una decisión sobre una pensión de docente, de una parte, porque dicho pronunciamiento hizo referencia a los principios de favorabilidad, progresividad y no regresividad de la legislación laboral, respecto de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a quienes se les modificó su régimen pensional a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley y, de otra parte, porque a la fecha, las conclusiones de esa jurisprudencia no cuentan con el respaldo del Consejo de Estado pues mediante Sentencia de Sala Plena del 28 de agosto del presente año, adoptó una posición jurisprudencial totalmente contraria a las de la sentencia en mención.*
- d) *En consecuencia, la pensión de los docentes beneficiarios del régimen general de los servidores públicos es el previsto en la Ley 33 de 1985, que supone la determinación del Ingreso Básico de liquidación con base en los factores explícitamente establecidos en la Ley 62 de 1985, que hayan sido devengados*

por el pensionado durante el último año de prestación de servicios, siempre y cuando se hayan efectuado sobre ellos los aportes correspondientes, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 48 de nuestra Constitución Nacional, conforme fue modificado por el Acto Legislativo No 01 de 2005.

- e) *En caso de cumplir alguna de las circunstancias previstas en los párrafos 2° y 3° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, para ser beneficiarios del régimen de transición previsto en dicha Ley su aplicación debería hacerse en los términos previstos para esa situación en dicha norma.” (Negrilla del Juzgado).*

Hechos probados.

1. El señor Eutimio Sánchez Guzmán nació el 7 de abril de 1.959, se vinculó al servicio como docente municipal el día 30 de enero de 1.996 y adquirió su status pensional el día 29 de enero de 2.016 (fls. 10 a 11 C. Ppal.).
2. Que a través de la Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2.016 el Departamento del Tolima - Secretaría de Educación y Cultura reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al señor Eutimio Sánchez Guzmán en cuantía de \$2.259.599, efectiva a partir del 30 de enero de 2.016, teniendo en cuenta como factores salariales el sueldo y la prima de vacaciones (fls. 10 a 11 C. Ppal.).
3. Por Resolución Nro. 3793 del 23 de junio de 2.017, el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura negó la revisión de la pensión de jubilación del demandante Eutimio Sánchez Guzmán, argumentando que no era procedente incluir factores salariales adicionales a los reconocidos para los docentes nacionales (fls. 12 a 13 C. Ppal.).
4. Que según certificado expedido por el Departamento del Tolima - Secretaría de Educación y Cultura, el demandante devengó en su último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionado, además de la asignación básica, HE. Com. Planta G12,13 y 14 D.2777, las primas navidad, servicios y vacaciones (fls. 14 a 15 C. Ppal.).

Caso concreto.

Conforme se determinó en la fijación del litigio, el actor pretende la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de los factores salariales tales como horas extras, prima de navidad, servicios, vacaciones, antigüedad, semestral, bonificación y demás factores salariales que constituyen salario y que fueron devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionado.

En consecuencia, del acto administrativo de reconocimiento pensional, esto es, la Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2.016, se evidencia que el demandante nació el 7 de abril de 1.959 y que ingresó al servicio como docente municipal el día **30 de enero de 1.996**, desempeñándose como docente municipal de la Institución Educativa Felipe Salamea del Municipio de Rovira – Tolima, adquiriendo su status pensional el 29 de enero de 2.016 (fls. 10 a 11 C. Ppal.).

Lo anterior permite colegir que, al haberse efectuado la vinculación del demandante antes del **26 de junio de 2003**, esto es la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable al demandante es el establecido en la Ley 33 de 1985, y en consecuencia de ello, los factores de liquidación que se deben tener en cuenta son aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los respectivos aportes, conforme lo dispuso el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 constitucional.

Así, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, dispuso que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estaría constituida

por los siguientes factores: 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.

Ahora bien, descendiendo al presente asunto, se acreditó que mediante Resolución Nro. 4220 del 10 de agosto de 2.016, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante Eutimio Sánchez Guzmán en cuantía de \$2.259.599 efectiva a partir del 30 de enero de 2.016, teniendo en cuenta para liquidar la prestación, el 75% del **suelo** devengado por el demandante (fls. 10 a 11 C. Ppal.).

Así mismo, se observa que en virtud de la petición de revisión de la pensión de jubilación elevada por la parte demandante el día 26 de mayo de 2.017 con inclusión de todos los factores salariales percibidos por el señor Eutimio Sánchez Guzmán durante el último año anterior al cumplimiento de los requisitos para adquirir el status de pensionado, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima profirió la Resolución Nro. 3793 del 23 de junio de 2.017, negando lo pretendido bajo el argumento que dichos factores no están previstos para los docentes nacionalizados (fls. 12 a 13 C. Ppal.).

De igual manera, del *"formato único para la expedición de certificado de salarios"* obrante a folios 14 a 15 del expediente, se logra evidenciar que el docente Eutimio Sánchez Guzmán devengó en su último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionado, además de la asignación básica, HE. Com. Planta G12,13 y 14 D.2777, las primas navidad, servicios y vacaciones (fls. 14 a 15 C. Ppal.), sin que del mismo se observe sobre cuáles de ellos el demandante realizó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

Por lo anterior y, como quiera que no se aportó el certificado de aportes a pensión por parte del señor Eutimio Sánchez Guzmán, este Despacho mediante auto del 11 de junio de 2.021 (expediente digital, archivo 6), decretó como prueba documental de oficio consistente en solicitar a la Nación - Ministerio de Educación - FOMAG y al Departamento del Tolima, las certificaciones donde conste con claridad los factores salariales sobre los cuales el señor Eutimio Sánchez Guzmán cotizó y realizó los aportes para pensión al sistema de seguridad social durante los años 2014 al 2016.

Prueba que quedó a costa y a cargo de la parte demandante, quien a la fecha de la presente decisión no acreditó gestión alguna tendiente al recaudo de la prueba en comento. Pese a ello, el Juzgado libró los oficios Nos. 21-1026, 21-1027 y 21-1028 del 21 de julio de 2.021 (expediente digital, archivos 10 al 12), solicitando a las entidades requeridas que aportaran la prueba documental decretada, sin que se recibiera respuesta alguna sobre el particular, motivo por el cual al no ser posible tener un proceso en un término probatorio indefinido, se declaró precluido dicho término en providencia del 6 de agosto de 2.021, sin que las partes formularan cuestionamiento alguno (expediente digital, archivo 12.1).

Así las cosas, es menester precisar que no se puede perder de vista que correspondía a la parte demandante acreditar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G. del P., pues la parte actora se limitó a aportar las certificaciones en las cuales se señalaban únicamente los factores salariales **devengados** por el señor Eutimio Sánchez Guzmán, desconociendo la jurisprudencia actual que da cuenta que se debe

tener en cuenta a efectos de reliquidación pensional, los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado **aportes** debidamente a pensión.

Ahora bien, debe decirse que el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3 de la Ley 33 de 1.985, establece que la base de liquidación para **aportes a pensión** estará constituida por la **i.** asignación básica, **ii.** gastos de representación; **iii.** prima de antigüedad, **iv.** prima técnica, **v.** prima ascensional y **vi.** Prima de capacitación; **vii.** dominicales y feriados; **viii.** horas extras; **ix.** bonificación por servicios prestados; y **x.** trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio; factores que tampoco devengó el demandante, conforme se evidencia del certificado de **salarios** aportado al expediente.

En consecuencia, al no desvirtuarse la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados por medio de las cuales se negó la reliquidación pensional solicitada por la parte demandante, en tanto negó la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de los factores sobre los cuales no se efectuó aportes a pensión y acogiendo la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, la cual fija una directriz clara sobre los factores que deben incluirse para la liquidación del derecho pensional, el Juzgado negará las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior, es procedente aclarar que el numeral segundo de la sentencia de unificación vigente y aplicable al caso concreto, advirtió a la comunidad en general, que las consideraciones allí expuestas en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, decisión que además es aplicable a los derechos pensionales de todos los exservidores públicos.

Con esa misma orientación, se declararán probadas las excepciones propuestas por el Departamento del Tolima y que denominó *imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas y cobro de lo no debido*, así como las excepciones propuestas por el FOMAG y que denominó *legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad, ineptitud de la demanda por carencia de fundamento y cobro de lo no debido*.

En cuanto a la “excepción” reconocimiento oficioso de alguna excepción, no es una excepción, sino un deber funcional previsto para los jueces de lo contencioso administrativo en el artículo 184 de la Ley 1437 de 2011 en tanto, “*En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus...*”.

Ahora bien, corresponde **aceptar la renuncia** del poder presentada por la apoderada judicial de la parte demandada Departamento del Tolima, Doctora **Lady Katherine Bernal Alvis** identificada con cédula de ciudadanía Nro. 65.632.552 de Ibagué y T.P. Nro. 326.773 del C. S. de la J., como quiera que la misma reúne los requisitos establecidos en el artículo 76 del Código General del Proceso (expediente digital, archivo 13).

De igual manera, el Juzgado procederá a reconocer personería adjetiva al abogado **Jorge Luis Osorio Guzmán** identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.110.549.052 y T.P. Nro. 299.820 del C. S. de la J., como apoderado judicial de la entidad demandada Departamento del Tolima, en los términos y para los efectos del mandato conferido por la Doctora Nidia Yurany Prieto Arango, en su calidad de Directora del Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos del Departamento

del Tolima (expediente digital, archivo 15).

Finalmente, teniendo en cuenta la sustitución obrante a folio 5 del archivo 17 del expediente digital, corresponderá tener por revocado el poder conferido a la abogada **Vera Cabrales Soto** identificada con cédula de ciudadanía Nro. 1.047.377.064 de Cartagena y T.P. Nro. 228.214 del C.S. de la J., como apoderada judicial sustituta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. En razón a lo anterior, se torna procedente reconocer personería adjetiva al abogado **Cristian Andrés Pineda Pamplona** identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.012.439.372 de Bogotá y con T.P. Nro. 326.402 del C.S. de la J., como apoderado judicial de la entidad demandada FOMAG, en los términos y para los efectos del mandato conferido por el Doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, en su calidad de apoderado principal del FOMAG.

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, a la parte demandante.

Ahora bien, el C.G. del P. sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
 - b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- c. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V.”

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandada y a cargo de la parte demandante, la suma de \$213.804 equivalentes al 4% de lo pedido, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por el Departamento del Tolima y que denominó *imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas y cobro de lo no debido*, así como las excepciones propuestas por el FOMAG y que denominó *legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad, ineptitud de la demanda por carencia de fundamento y cobro de lo no debido*, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por el señor **Eutimio Sánchez Guzmán** contra la Nación - Ministerio de Educación - FOMAG y el Departamento del Tolima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho, a su cargo y favor de las entidades demandadas, la suma de \$213.804 equivalentes al 4% de lo pedido, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso. Por secretaría liquídese.

CUARTO: ACEPTAR la renuncia del poder presentada por la apoderada judicial de la parte demandada Departamento del Tolima, Doctora **Lady Katherine Bernal Alvis** identificada con cédula de ciudadanía Nro. 65.632.552 de Ibagué y T.P. Nro. 326.773 del C. S. de la J., como quiera que la misma reúne los requisitos establecidos en el artículo 76 del Código General del Proceso.

QUINTO: RECONOCER personería adjetiva al abogado **Jorge Luis Osorio Guzmán** identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.110.549.052 y T.P. Nro. 299.820 del C. S. de la J., como apoderado judicial de la entidad demandada Departamento del Tolima, en los términos y para los efectos del mandato conferido por la Doctora Nidia Yurany Prieto Arango, en su calidad de Directora del Departamento Administrativo de Asuntos Jurídicos del Departamento del Tolima.

SEXTO: TENER por revocado el poder conferido a la abogada **Vera Cabrales Soto** identificada con cédula de ciudadanía Nro. 1.047.377.064 de Cartagena y T.P. Nro. 228.214 del C.S. de la J., como apoderada judicial sustituta de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG. En razón a lo anterior, se torna procedente **RECONOCER** personería adjetiva al abogado **Cristian Andrés Pineda Pamplona** identificado con cédula de ciudadanía Nro. 1.012.439.372 de Bogotá y con T.P. Nro. 326.402 del C.S. de la J., como apoderado judicial de la entidad demandada FOMAG, en los términos y para los efectos del mandato conferido por el Doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos en su calidad de apoderado principal del FOMAG.

SÉPTIMO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios

Sentencia de Primera Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2019-00413-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Eutimio Sánchez Guzmán
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro

del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

OCTAVO: En firme la presente decisión, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase²⁰

El Juez,


José David Murillo Garcés

²⁰ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.