



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

Cartagena de Indias D.T y C, Veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00253-00
Demandante	EDWIN HERRERA MUÑOZ
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTES – FACTORES SALARIALES
Sentencia No	0131

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **EDWIN HERRERA MUÑOZ**, a través de apoderado judicial, contra el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Aducen el demandante que le fue reconocida pensión de jubilación por cumplir con todos los requisitos legales, pero que posteriormente solicitó la reliquidación de su mesada pensional con inclusión de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicio y esta le fue negada.

- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 1028 DE 13 DE FEBRERO DE 2017, por medio de la cual se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación al demandante.

2-Como consecuencia de la anterior declaración y título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar una pensión de jubilación del 75%, a partir del 25 de agosto de 2016 con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior a la obtención del status de pensionado.

3-Condenar a la entidad demandada a realizar el reajuste sobre el monto inicial de la pensión reconocida, conforme el IPC o el artículo 187 del CPACA.

4-Condenar a la entidad demandada a pagar las mesadas atrasadas desde la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina.

5- Reconocer y pagar intereses de mora sobre las sumas adeudadas, a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

6-Que se condene a la demandada al pago de costas.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera la apoderada judicial del accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

Legales: ley 91 de 1989 artículo 15; ley 33 de 1985 artículo 1; ley 62 de 1985; decreto 1045 de 1978.

En respaldo de sus pretensiones, expresó, en síntesis, que la entidad demandada al expedir el acto administrativo mediante el cual reconoció la pensión de jubilación al demandante, violó las normas invocadas porque al momento de liquidar dicha prestación dejó de incluir todos los factores salariales que devengó actor durante el año inmediatamente anterior a la obtención del estatus de pensionado, no obstante que dichas normas obligaban a tenerlos en cuenta.

- CONTESTACIÓN

FOMAG: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, indicó, que, los actos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte demandante no acreditó siquiera sumariamente que éstos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Así mismo, que al realizar un análisis exhaustivo de los documentos adjuntos a la demanda, se puede verificar, que la pretensión del accionante no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la Ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior al status de pensión.

Como excepciones de mérito presentó las de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"COMPENSACIÓN"* y *"PRESCRIPCIÓN"*.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 26 de octubre de 2017 y admitida mediante auto del 29 de noviembre del mismo año, notificada mediante estado 157 de 2017.

Por auto del 24 de abril del 2018, se cita a las partes a audiencia inicial para el 20 de junio de 2018, en la cual se cierra el debate probatorio y se corre traslado para presentar alegatos oralmente.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda (AUDIO).

FOMAG: se ratifica en lo manifestado en la contestación de la demanda (AUDIO).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público rindió concepto favorable



a las pretensiones de la demanda.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene derecho a que se les re-liquide la pensión de vejez, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a que se le causó el derecho al reconocimiento de la pensión.

- TESIS

Aplicadas las normas que rigen la situación pensional del actor y acorde con las probanzas recaudadas, se concluye que sí tiene derecho a que la demandada liquide su pensión de jubilación, tomando como base todos los factores salariales que hubieren sido devengados de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios docentes, durante el último año anterior a la adquisición de su estatus, al serle aplicable en su integridad la Ley 33 de 1985 interpretada de cara a los postulados y principios constitucionales que propenden por la favorabilidad y progresividad, conclusión cuyo alcance se detalla y fundamenta seguidamente.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Frente a las diferentes interpretaciones que se han presentado respecto a la manera de entender el régimen de transición pensional contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente los parámetros fijados frente a la forma de calcular el promedio del ingreso base de liquidación aplicable a pensiones del sector público y los factores constitutivos de salario que deben tomarse en consideración para calcular su monto; si es con el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 y demás normas; este Despacho, el Despacho debe aclarar su posición y rectificarla con respecto al régimen que es aplicable a los docentes, teniendo en cuenta lo expuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus jurisprudencias, las cuales debe acatar.

Teniendo en cuenta lo anterior se hará una breve reseña de las normas y jurisprudencias que le son aplicables a los docentes en Colombia en materia pensional, especialmente se aplica, sin que por economía se exponga, el marco jurídico de la sentencia CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil diez (2010). EXPEDIENTE NÚMERO: 150012331000200502159- 01. NÚMERO INTERNO: 1738-2008. AUTORIDADES NACIONALES. ACTOR: HERNANDO BUITRAGO PÉREZ, atendiendo la similitud de patrones fácticos entre el presente caso, y el que allí fue decidido por la máxima autoridad de lo Contencioso, sentencia que se tiene como precedente sobre la materia, junto con el contenido en fallo de esa misma SUBSECCIÓN B, Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013). Magistrado Ponente: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-2012). Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS. AUTORIDADES NACIONALES.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

Bajo el marco de una trascendental reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, es preciso afirmar que, como materialización de lo ordenado por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, su entrada en vigencia no alteró aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios.

Con esta norma, el legislador pretendió la estandarización de los regímenes pensionales que antes de su promulgación, se encontraban difusos en el ordenamiento jurídico, estableciendo reglas comunes aplicables a todos los trabajadores del país, sin considerar la naturaleza de su relación laboral.

No obstante, de manera expresa en su artículo 279 describió algunos servidores públicos y trabajadores, cuyas situaciones pensionales no serían reguladas por ella, así:

“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 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.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARAGRAFO 1 -La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los periodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARAGRAFO 2 - La pensión gracia para los educadores de que tratan las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la caja en el pago de su obligaciones pensionales.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

PARAGRAFO 3 - Las pensiones de que tratan las Leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARAGRAFO 4 - Adicionado por el art. 1, Ley 238 de 1995. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados." (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

De esta manera, se exceptuaron de la aplicación de la Ley 100 de 1993, algunos sectores que tenían normas especiales, entre los cuales se encuentra el Magisterio cuyas prestaciones se gobiernan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Así, la Ley 91 de 1989, "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", estableció:

"ARTÍCULO 1.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

(...)

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 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.

(...)"

De lo anterior se tiene que los docentes nacionales vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectuará de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 60 de 1993, en cuanto al régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, dispuso:

“Artículo 6. (...)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)”

Al respecto, el Consejo de Estado señaló¹:

“De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de origen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100 de 1993.

(...)

La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1 del artículo 115 claramente dispone: “El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley”. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o de derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que intitula “Régimen Especial de los Educadores Estatales”, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª de 1945 o el D.L. 3135 de 1968 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron carácter de especiales”.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Bogotá 23 de febrero del 2006. Expediente 2002 – 0594.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

Ahora bien, el artículo 81 de la Ley 812, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario", dispuso:

"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, (...)"

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del anterior artículo, mediante la sentencia C – 369 del 27 de abril del 2004, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, expresó:

"Ahora bien, un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente esta Corporación ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio.

Por ello, esta Corte ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.

Y por ello esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social."

De la misma manera el párrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció:

"Artículo 1. (...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta.

(...)"

Las disposiciones analizadas, prevén que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003.

En este orden, la Ley 33 de enero 29 de 1985, "por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público", en su artículo 1 señala:

"ARTICULO 1. 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.

(...)." (Subraya fuera del texto original).

Se tiene que a los empleados públicos regidos por la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicio.

A su vez, en cuanto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, dispuso los que deberían considerarse para efectuar los aportes para pensión, en los siguientes términos:

"Art. 3.- 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 inversión se impute presupuestalmente como funcionario o como inversión.

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

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes." (Subrayado fuera del texto original).

El anterior precepto fue posteriormente modificado por la Ley 62 de 1985, que dispuso en el inciso segundo del Artículo 1:

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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

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.

(...)."

De las anteriores normas se extraen las siguientes conclusiones:

1.- La Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria y por mandato expreso de su artículo 279, no se aplica a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siguiendo dicha prestación sometida al régimen legal anterior, contenido en la Ley 33 de 1985 e incluido su régimen de transición.

2.- En ese sentido, es claro que las Leyes 91 de 1989 – artículo 15 -, 60 de 1993 y 115 de 1994, al igual que el Decreto 2272 de 1979, NO consagraron un régimen pensional "especial" para los docentes, por lo que quedó a salvo la aplicabilidad del régimen de jubilación establecido en la Ley 33 de 1985, vigente a partir del 13 de febrero de 1985, - sobre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, puede consultarse la sentencia C 932 de la H. Corte Constitucional, de fecha 15 de Noviembre de 2.006, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO -.

3.- Las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, normas antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales".

4.- El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 – modificado posteriormente por la Ley 62 de 1985, vigente a partir del 16 de septiembre de 1985 en lo atinente a la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial -, dispuso que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que 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, señalando categóricamente que no quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. Igualmente, estableció un régimen de transición conforme al cual a los empleados oficiales que a la fecha de su entrada en vigencia, hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuaría aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Adicionalmente, debe citarse el artículo 81 de la Ley 812 de 26 de junio de 2003 y el Decreto 3752 de 2003 – este último derogado por la Ley 1151 de 2007². Dicha Ley, señaló que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia, mandato reiterado en el párrafo transitorio 1º del acto legislativo 01 de 2005. A su vez, el derogado Decreto 3752 de 2003, al recopilar la disposición contenida en la Ley 33 de 1985, ordenó que las prestaciones sociales que se causaran a partir de su vigencia y que estuvieran a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se calcularían teniendo en cuenta la base de la cotización sobre la cual el docente aporta.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO. Bogotá, D. C., diez (10) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048). Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. Referencia: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

En síntesis, se tiene que el régimen pensional de los docentes vinculados con anterioridad al año 1989, es el descrito de manera general por las leyes 33 y 62 de 1985, a menos que se encuentren dentro del régimen de excepción del artículo 3º de dicha Ley 33, evento en el cual son aplicables las normas anteriormente vigentes, esto es, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

De la misma manera lo reitera el párrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que "(...) el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta."

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN CUANTO A LOS FACTORES DE SALARIO A TENER EN CUENTA PARA LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.

Sobre este tema, es importante señalar que en el presente asunto no se aplicará como fundamento de la decisión a adoptar, la sentencia de unificación SU-230 de 2015 proferida por la H. Corte Constitucional y los fallos posteriores en los que se reitera la *ratio decidendi* de esta como la de la Sentencia SU395/17, en casos de reliquidación pensional con la inclusión de nuevos factores a servidores sujetos al régimen de transición, como quiera que en dicha providencia se estableció la interpretación constitucional actualmente vigente del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que tal como se indicó en acápite anterior, el sistema general de pensiones no se aplica a los docentes.

Precisado lo anterior, este Despacho aplica al presente caso el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010. Exp. No 0112-09. Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. De ahí, que sea 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 por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, **horas extras**, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros³.

En línea con lo anterior se tiene que en sentencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017) el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso radicado con el número 15001-23-33-000-2012-00187-01(2403-14), estimó que atendiendo la interpretación consignada en la sentencia de unificación antes señalada la **prima de navidad** debe ser tomada en cuenta al momento de liquidar la pensión, advirtiendo que dado que su causación es anual, su inclusión como factor para liquidar la pensión, debe hacerse en forma proporcional, es decir, en una doceava parte.

En consonancia con lo antes dicho, debe igualmente advertirse que la obligación de hacer las deducciones correspondientes a los aportes pensionales, no es del empleado sino de la entidad que cancela los salarios o las prestaciones sociales, quien debe cerciorarse de hacerlos en la forma y los estrictos términos establecidos por la Ley, esto es, sobre todos y cada uno de los

³ Se cita igualmente como fundamento la sentencia CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017). Rad. No.: 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16). Actor: JAIME DE JESÚS PULIDO VARGAS. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FONPREMAG), en la que se reconocen nuevos factores salariales.



22



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

factores que constituyan "salario" y sin que pueda justificarse en su omisión, para disminuir el monto pensional que ha de liquidarse al empleado.

CASO CONCRETO

El demandante nació el 24 de agosto de 1961 y laboró al servicio docente desde 10 de abril de 1995 hasta el 24 de agosto de 2016.

A través de la Resolución No. 1028 de 13 de febrero de 2017, proferida por FOMAG-Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, se dispuso el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor del actor, en una cuantía de \$2.079.137 a partir del 25 de agosto de 2016, como docente de vinculación Distrital, incluyendo dentro de la base de liquidación la **asignación básica y prima de vacaciones**.

De conformidad con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMPREGAM), el actor devengó en el último año de servicios, esto es entre el 01 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015: **asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones**.

A partir del análisis de las pruebas referidas, el Despacho concluye que el actor para el 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de la misma anualidad, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacional, lo que permite establecer que para el reconocimiento pensional la norma aplicable es la Ley 33 de 1985 con sus respectivas modificaciones.

Igualmente, que en la resolución de reconocimiento para la liquidación, sólo se tuvo en cuenta **asignación básica y prima de vacaciones** y se aplicó el 75%, lo cual no resultaba acertado, pues conforme al referido formato, el demandante durante el último año de servicios también devengó **prima de navidad y prima de servicios**, por lo que resulta propicio reliquidar la prestación incluyendo estas prestaciones.

Lo anterior, obedeciendo la pauta jurisprudencial sentada por el Consejo de Estado de atar la pensión al salario, pues es válido tener en cuenta todos los factores que lo constituyen, es decir aquellas sumas que percibe el empleado de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé y si no han sido objeto de descuento por aportes pensionales, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social deberá realizar las deducciones pertinentes.

Sin embargo, se recuerda que el Consejo de Estado ha precisado, que las vacaciones constituyen un derecho del trabajador a recibir un descanso remunerado, que no tienen carácter prestacional, puesto que no son un auxilio del patrono, como tampoco carácter salarial, al no retribuir un servicio prestado, por lo tanto el sueldo de vacaciones no se puede incluir dentro de la base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante.

Así mismo, que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, respecto a la inclusión del valor de aquellos factores cuya causación es anual, caso de las primas de navidad y de vacaciones, su inclusión es en una doceava parte, y no en un 100%.

Sobre la prescripción





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

Y en cuanto a la excepción de prescripción, advierte el Despacho que al actor se le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución No. 1028 de 13 de febrero de 2017 y radicó la demanda el 26 de octubre de 2017 (Folio 22, acta de reparto), por tanto, no hay lugar a declarar prescripción de las mesadas pensionales.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado⁴ a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 1028 de 13 de febrero de 2017 expedida por FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio de la cual se reconoció y pago una pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante.

TERCERO: En consecuencia a lo señalado en los ordinales anteriores, **CONDENESE** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a efectuar una nueva liquidación de la pensión de jubilación del señor **EDWIN HERRERA MUÑOZ**, en cuantía equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado por ella en el último año de servicios, con inclusión de todas las sumas devengadas en dicho periodo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las cuales son **asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones**; de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo. Si frente a alguna de estas sumas no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía efectuar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, y los girará a las entidades destinatarias si hay lugar a ello.

CUARTO: **CONDENASE** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar a la demandante las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, según lo dispuesto en esta sentencia, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

⁴ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00253

QUINTO: El ajuste de valor y el pago de los mismos, respecto de las sumas causadas serán a partir del **25 de agosto de 2016**, conforme a la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de este proveído.

SEPTIMO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.

NOVENO: Una vez en firme ésta sentencia, expídase copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

