Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUE- DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA

Ibagué, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Clase de Proceso:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante:	**JOSÉ ANCIZAR QUINTERO AROCA**
Demandado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y OTRO**
Radicación:	**No. 73001-33-33-007-2018-00175-00**
Asunto:	**Reliquidación pensión docente.**

Como toda la actuación de la referencia se ha surtido conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, la **Juez Séptima Administrativa del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente…

S E N T E N C I A

I. COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 155 y en el numeral 2º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, el señor JOSÉ ANCIZAR QUINTERO AROCA ha promovido demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes:

2.1. Declaraciones y condenas:

2.1.1. Declarar la Nulidad parcial de la Resolución No. 2584 del 20 de mayo de 2016, mediante la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconoció la pensión de jubilación al docente JOSE ANCIZAR QUINTERO AROCA, sin incluir en el salario base de liquidación todos los factores devengados en el año anterior a adquirir el estatus de pensionado.

2.2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el demandante solicita que se condene a la Entidad demandada a:

2.2.1. Reliquidar la pensión de JOSE ANCIZAR QUINTERO AROCA, incluyendo en el salario base de liquidación, todo lo devengado en el año anterior a adquirir el estatus de pensionado (11/08/14 al 10/08/15), esto es, la asignación básica, asignación adicional rector, asignación adicional doble jornada, asignación adicional triple jornada, Prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, elevando el monto a la suma de $3.887.766, efectiva a partir del 11 de agosto de 2015.

2.2.2. Reconocer y pagar el retroactivo pensional que resulte a favor del demandante, junto con los intereses de mora y la indexación a que haya lugar, desde cuando se hizo legalmente exigible y hasta cuando se realice su pago.

2.2.3. Determinar en concreto el monto de la mesada pensional.

2.2.4. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

2.2.5. Condenar en costas a la entidad demandada.

2.3. Como **HECHOS**, expuso los siguientes:

2.3.1. El demandante nació el día 10 de agosto de 1960, ingresó al servicio como docente al servicio del Departamento del Tolima el 19 de septiembre de 1989, y adquirió el estatus de pensionado el 10 de agosto de 2015.

2.3.2. Fue pensionado mediante resolución No. 2584 del 20 de mayo de 2016, pero solo se incluyó en el salario base de liquidación el sueldo, la asignación adicional por rector, la asignación adicional por doble jornada y la prima de vacaciones, **dejando de incluir la asignación adicional por triple jornada, la prima de navidad y la prima de servicios.**

2.3.3. El demandante por ser docente pertenece a un régimen exceptuado de la ley 100 de 1993 y es beneficiario del régimen establecido en la ley 33 de 1985, por lo que tiene derecho a que se le reliquide la pensión, incluyendo todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios anterior a adquirir el estatus de pensionado **(11/08/14 al 10/08/15)**, esto es, la asignación básica, asignación adicional rector, asignación adicional doble jornada, asignación adicional triple jornada, Prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

2.4. Normas violadas y Concepto de violación

La parte demandante anunció como normas violadas, las siguientes:

- Ley 91 de 1989.
- Ley 33 de 1985: artículo 1º.
- Decreto 1045 de 1978: artículo 45.
- Decreto 3135 de 1968: artículo 27.
- Decreto 1848 de 1969: artículo 73.

El apoderado de la parte actora, luego de realizar una relación cronológica de las normas aplicables al régimen pensional de los docentes nacionalizados, señala que al momento de reconocer la pensión de jubilación del actor, resulta evidente que para definir el valor de la mesada pensional, la entidad

accionada excluyó algunos de los factores salariales que devengó el demandante en el último año de prestación del servicio docente, de conformidad con los certificados expedidos por la entidad pagadora y que se aportan para demostrar esta afirmación, desconociendo la sentencia de unificación del Consejo de Estado; de igual manera, menciona como vulnerado el decreto 1045 de 1978, que en su artículo 45 señaló con claridad los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Para el efecto, trajo a colación algunas sentencias emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda el Consejo de Estado con ponencia del H.C. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, tales como: la emitida el 04 de agosto de 2010, dentro de la radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), y la de fecha 05 de abril de 2017, dentro de la radicación: 63001-23-33-000-2013-00011-01 (1560-14).

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 18 de junio de 2018[1] y se **ADMITIÓ** mediante auto del 22 de junio del mismo año, en donde se ordenó vincular al presente proceso al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL; una vez surtidas las notificaciones a las entidades demandadas, se advierte que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO guardó silencio y que el Departamento del Tolima contestó y presentó excepciones, de las cuales se corrió traslado a la parte demandante, quien guardó silencio[2].

3.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1.1. DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL (Folios 71 a 77 del "001cuadernoPrincipal").

La apoderada judicial de la entidad manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones descritas en líbelo introductorio, asegurando que la entidad que representa no ha causado perjuicio alguno, por no vulnerar los derechos del accionante y que *"Debe ser claro para el despacho que los actos administrativos de reconocimiento de la pensión fueron proferidos por el Fondo de prestaciones sociales del Magisterio – Ministerio de Educación Nacional."* Y, frente a los hechos afirmó que el primero es cierto conforme los documentos aportados y el segundo, tercero y cuarto, son hechos que deberán ser probados durante el trámite procesal correspondiente.

Por último, la apoderada judicial de la Entidad demandada propuso las siguientes excepciones:

1. IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL DEPARTAMENTO PARA ACCEDER A LO PRETENDIDO POR INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS:

Indica que existe imposibilidad legal del Departamento del Tolima para acceder a lo pretendido en la presente demanda, por no ser esa entidad territorial la llamada a dar cumplimiento a lo solicitado, por ser competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

[1] Folio 02 del 001CuadernoPrincipal.
[2] Folio 81 del 001CuadernoPrincipal.

2. COBRO DE LO NO DEBIDO:

Teniendo en cuenta lo esbozado precedentemente, al demandante no le asiste derecho alguno para reclamar lo pretendido, toda vez que no es el Departamento del Tolima el llamado a dar cumplimiento a lo solicitado, sino el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Ministerio de Educación Nacional.

3. RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES:

Se solicita al señor Juez que en el evento de encontrar hechos que constituyan excepción, se sirva decretarla de forma oficiosa, atendiendo lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

3.2. AUDIENCIA INICIAL (Folios 99 – 105 del "001CuadernoPrincipal" del expediente digital):

La audiencia inicial se llevó a cabo el día 23 de julio del 2019, en donde conforme a lo rituado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, se procedió al saneamiento del proceso, se indicó que como la excepción propuesta por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN Y CULTURA, que denominó *cobro de lo no debido*, hace referencia a la falta de legitimación en la causa por pasiva, se decidiría al proferir sentencia.

DESISTIMIENTO PARCIAL DE LAS PRETENSIONES: El apoderado del demandante manifiesta que desiste de los factores de prima de navidad y prima de servicios; lo cual fue aceptado por las partes y por el Despacho, procediendo así a la fijación del litigio.

Continuando con el desarrollo de la audiencia, se tuvo por fracasada la etapa conciliatoria, se incorporaron y decretaron las pruebas aportadas y solicitadas por las partes, y otras de oficio, y se acordó que, por ser sólo documentales, se incorporarían a la actuación mediante auto separado sin necesidad de realización de audiencia, una vez se allegaran al plenario.

Posteriormente, mediante auto del 18 de septiembre de 2020 se ordenó requerir nuevamente al Departamento del Tolima para que allegara la documentación solicitada en la audiencia inicial. Requerimiento que no fue atendido por la entidad, por lo tanto, por medio de auto del 09 de julio de 2021[3], se declaró la preclusión del periodo probatorio y se corrió el correspondiente traslado para alegar de conclusión, llamado que solo fue atendido por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tal y como se evidencia en la respectiva constancia secretarial[4]:

3.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.3.1. PARTE DEMANDADA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG ("014EscritoAlegacionesMineducacion" del Expediente digital)

La apoderada de la entidad realiza un recuento normativo donde cita lo siguiente *"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*

[3] *011AutoPrecluyePeriodoProbatorioCorreTrasladoAlegar – Expediente digital.*
[4] *019VencimientoTrasladoAlegacionesPasaDespachoSentencia – Expediente digital.*

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."

"Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003."

"...solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional."

"El consejo de Estado mediante la sentencia referenciada analizó régimen prestacional de los docentes del sector oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, considerando la fecha de vinculación fijó las siguientes reglas de unificación:

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 pueden 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".*

Con base en lo anterior, es pertinente considerar que el ingreso base de liquidación de los docentes oficiales, se fija con los factores salariales señalados taxativamente por la Ley, esto es, para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se aplicarán los factores sobre los cuales se hubiese efectuado aportes de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y, para los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, se aplican los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994.

De lo anterior, es procedente concluir, 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 hubiese realizado aportes.*
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 hubiese realizado aportes.*

3.3.2. INTERVENCIÓN AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO ("004MemorialIntervencionAgenciaNacionalDefensaDelEstado" del *Expediente Digital)*

El director de Defensa Jurídica Nacional manifiesta que: "*Este memorial de intervención tiene como objetivo presentar los argumentos de hecho y de derecho que le permitirán al Señor Juez proferir la correspondiente sentencia, negando la liquidación o reliquidación de la pensión de jubilación y/o vejez por la inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización, toda vez que el Consejo de Estado expidió la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019 en la que claramente 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."

Y, luego de hacer un recuento legal y jurisprudencial, señala:

"Teniendo en cuenta que el problema jurídico que se plantea en esta demanda ya ha sido resuelto por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25de abril de 2019, lo que resta es verificar en el expediente la prueba documental que acredite la fecha de vinculación del docente al servicio público educativo ***y los factores salariales sobre los cuales efectivamente realizó el respectivo aporte o cotización*** *para determinar el régimen pensional aplicable y el Ingreso Base de Liquidación. Por lo cual, esta Agencia considera que de conformidad con el inciso segundo del artículo 278 del Código General del Proceso, no habría pruebas por practicar. En consecuencia, respetuosamente se solicita que se profiera sentencia de manera anticipada, en la que se niegue la liquidación y/o reliquidación de la pensión de jubilación y/o vejez por la inclusión de factores salariales* ***sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización****.*

Como antecedente de esta solicitud de sentencia anticipada, se tiene que el art. 18 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010 facultó a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos. El artículo 114 de la citada Ley 1395 determinó en su momento que: "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos".

"Otro precedente importante, esta vez de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la entonces Magistrada Dra. Margarita Cabello, afirma que los juzgadores tienen la obligación, en el momento en que adviertan que no habrá debate probatorio o que el mismo es insustancial, de proferir sentencia definitiva sin otros trámites, los cuales se tornan innecesarios al existir claridad fáctica sobre los supuestos aplicables al caso.

Además, porque resulta necesario dar estricto cumplimiento a los principios de celeridad y economía procesal, que reclaman de la justicia decisiones prontas, con el menor número de actuaciones posibles y sin dilaciones injustificadas.

Señaló esta Corte que el dictar sentencia anticipada "supone que algunas etapas del proceso no se agoten, como una forma de dar prevalencia a la celeridad y economía procesal, lo cual es armónico con una administración de justicia eficiente, diligente y comprometida con el Derecho sustancial". De no ser así, enfatiza el fallo, "sería someter cada causa a una prolongación absurda, completamente injustificada, en contra de los fundamentos sustanciales y procesales que acompañan los trámites judiciales".

Recientemente, el Decreto Legislativo 806 de 2020, también permite proferir sentencias anticipadas en materia de lo contencioso administrativo, señalando en el artículo 13 que el juzgador deberá dictar sentencia anticipada: "1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito".

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes:

IV. C O N S I D E R A C I O N E S

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar si al señor *JOSÉ ANCIZAR QUINTERO AROCA, le asiste el derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, incluyendo en su ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionado, sin importar si se realizó aportes o no, y por consiguiente, establecer si es ilegal el acto administrativo que le negó su solicitud al respecto.*

4.2. CUESTIÓN PREVIA

4.2.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA:

Tal como se observa en el acápite de hechos y en el de excepciones propuestas, la parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA propuso las excepciones que denominó: "*IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL DEPARTAMENTO PARA ACCEDER A LO PRETENDIDO POR INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS y COBRO DE LO NO DEBIDO"*, en cuyo contenido se hace referencia a la falta de legitimación en la causa por pasiva, como se mencionó en la audiencia inicial para la de cobro de lo no debido, con base en los argumentos allí plasmados y que se dan por reproducidos, pues también cobijan a los expuestos en la de *imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas*.

Así las cosas, esta administradora de justicia encuentra que, a través de la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta[5].

Además, que de acuerdo con el artículo 4° de dicha Ley, el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados para la fecha de promulgación de la norma y los que se vinculen con posterioridad a ella y, de acuerdo con el artículo 5° ibidem, tendrá como principal objetivo, entre otros, *"1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado"*.

Adicionalmente, que el artículo 9º del cuerpo normativo en comento preceptúa que, las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, "***función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales"***.

Posteriormente, el 08 de julio de 2005 se expidió la Ley 962, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, en cuyo artículo 56, se dispuso que las prestaciones sociales que ***"pagará"*** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, *"**el cual***

[5] Artículo 3 - Ley 91 de 1989.

debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente" y advierte que el acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

A su vez, se tiene que tanto el artículo mencionado en precedencia, como las normas de la Ley 91 de 1989, relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales al personal docente, fueron reglamentados mediante el Decreto 2831 de 2005, cuyo artículo 3° dispone que la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que ***"pagará"*** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces, para lo cual la respectiva secretaría de educación deberá: **i)** recibir las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales en orden cronológico; **ii)** expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo, una certificación de tiempo de servicio y régimen y régimen salarial y prestacional; **iii)** elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la respectiva prestación, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo para su aprobación; **iv)** previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, la entidad territorial ***"suscribirá el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo";*** **v)** remitir a la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia del acto administrativo de reconocimiento de prestaciones ***"a cargo de éste"***, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos del pago.

Así mismo, el parágrafo 2° de dicho artículo advierte que, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, penal y fiscal a que pueda haber lugar, ***"las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo".***

Ahora bien, analizada la normatividad expuesta en precedencia, esta Operadora Judicial encuentra que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está a cargo de dicho Fondo, tal como lo indican éstos preceptos de manera clara, y por lo tanto, la intervención de la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada a la cual pertenezca el docente, tiene como único fin la expedición del acto administrativo de reconocimiento, lo que quiere decir, que se trata de una simple delegación de funciones que la ley realiza en cabeza de cada ente territorial, tal como expresamente lo indica el artículo 9° de la Ley 91 de 1989.

Adicionalmente se tiene que, aun cuando la entidad territorial respectiva es la encargada de elaborar el acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo, sin duda no es su voluntad la que se encuentra plasmada en dichos actos, pues claramente el parágrafo 2°del artículo 3° del Decreto 2831 de 2005 establece que, las resoluciones expedidas por las Secretarías de Educación, que reconozcan prestaciones docentes, sin la previa aprobación de la entidad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo *"carecerán de efectos legales";* en consecuencia, la normatividad transcrita permite concluir que, la entidad responsable del pago de las prestaciones sociales de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y la Entidad Territorial actúa únicamente como delegataria de la función de expedir el acto

administrativo de reconocimiento correspondiente, por ministerio de la ley, pero no es la responsable del reconocimiento de prestación alguna.

Es de resaltar igualmente que, la anterior posición ha sido acogida de tiempo atrás por el H. Consejo de Estado, pues mediante sentencia del 18 de agosto de 2011, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "B", con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve[6], la Corporación señaló expresamente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad que tiene a cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación del personal docente. Así mismo que, mediante sentencia del 17 de noviembre de 2016[7], el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo manifestó que el pluricitado Fondo es el responsable del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de sus docentes afiliados.

De cara a tal estado de las cosas, se concluye entonces que, en el presente caso, el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación solicitada por el demandante deberá ser reconocida y pagada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de que sus pretensiones lleguen a prosperar, motivo por el cual, se declarará probada la excepción denominada ***"Imposibilidad legal del Departamento para acceder a lo pretendido y cobro de lo no debido"*****,** propuesta por el demandado **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, pues frente al caso que nos ocupa, como ha quedado visto, el mismo es un simplemente un delegatario cuya función consiste en expedir el acto administrativo de reconocimiento prestacional en los términos aprobados por la fiduciaria administradora de los recursos del Fondo.

No obstante, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaría de Educación Departamental, se hace necesario aclarar al Departamento del Tolima que, el hecho de que salga avante frente a las anteriores excepciones no exime a dicha Entidad de expedir el acto administrativo de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, en los términos de ley, en el evento en que se acceda a lo solicitado en la demanda.

4.3. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES:

- Constitución Política, artículo 48.
- Ley 6ª de 1945.
- Decretos 3135 de 1968.
- Ley 33 de 1985.
- Ley 62 de 1985.
- Ley 91 de 1989, artículo 15.
- Ley 4 de 1992.
- Acto Legislativo 01 de 2005.
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia del 04 de agosto de 2010. Radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "A". Sentencia del 18 de agosto de 2011. Radicado 68001-23-15-000-2004-02094-01(1887-08). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[6] Radicación No. 68001-23-15-000-2004-02094-01(1887-08)
[7] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "A". Sentencia del 17 de noviembre de 2016. Radicación No. 66001-23-33-000-2013-00190-01(1520-14) C.P. William Hernández Gómez.

- Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "A". Sentencia del 17 de noviembre de 2016. Radicación No. 66001-23-33-000-2013-00190-01(1520-14) C.P. William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado- Sala de Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de agosto de 2018. Radicación 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. César Palomino Cortés.
- Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019. Expediente 68001233300020150056 9-01 (0935-2017). C.P. César Palomino Cortés.

4.4. ANÁLISIS SUSTANTIVO:

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, es menester realizar un análisis de la normatividad que regula la pensión de jubilación de los docentes oficiales, así:

La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, consagró:

> *"**Artículo 17.** Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*
> *(…)*
> *b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, (…)".*

La anterior disposición legal se aplicó para los empleados del sector público nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968, que en su artículo 27, disponía:

> *"**Artículo 27.** 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 promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985)".*

Sin embargo, los servidores de los entes territoriales, en materia pensional, continuaron sometidos a la Ley 6ª de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, la cual establece:

> *"**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) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación **equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio**.*
>
> *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. (…)*
>
> ***Parágrafo. 2º.** Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*
>
> *Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación*

que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo. 3º. *En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley".* (Resaltado fuera de texto).

En consideración a lo anterior, si bien es cierto el inciso 2º del artículo 1º de la norma en cita señala que la presente Ley no aplica para aquellos que gocen de regímenes especiales y que el Decreto Ley 2277 de 1979 indudablemente consagra un régimen *"especial"* para los docentes, también lo es que el mencionado Decreto no regula lo referente a las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, por lo que es necesario remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985, referida en precedencia.

Ahora bien, con posterioridad a la Ley 33 de 1985, se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que sobre el tema dispuso lo siguiente:

*"**Artículo 1º.** Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º 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 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley".

Así mismo, la Ley 60 de 1993, dispuso en su artículo 6º que:

"(...) 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 cualesquiera 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 (…)".

A su vez, la Ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, en el inciso 2° del artículo 279 excluyó expresamente a los docentes, cuando expresó:

> *"Así mismo, se exceptúan 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".*

Por otra parte, la Ley General de Educación -Ley 115 de 1994- en su artículo 115, consagró:

> *"**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 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley".*

En este orden de ideas, como en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993, ni la 115 de 1994 consagraron un régimen *"especial"*, se puede concluir, en principio, que la **Ley 33 de 1985**, sigue siendo la norma aplicable para los docentes nacionales o nacionalizados.

Pese a lo expuesto, la Ley 812 de 2003, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, estableció en el inciso segundo del artículo 81, lo siguiente:

> *"(…) 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".*** (Se destaca)

La anterior disposición entró en vigencia el 27 de junio de 2003 y fue elevada a rango constitucional a través del Acto Legislativo No. 001 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política y entre otras cosas, señaló:

> *"**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".*

En consecuencia, se tiene que los docentes vinculados al servicio oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003), se encuentran cobijados por el régimen pensional establecido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, por ser las normas vigentes para ese momento; sin embargo, los docentes vinculados con posterioridad a esa fecha, se encuentran cobijados por el régimen pensional de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que se unifica la edad para hombres y mujeres en 57 años.

Precisado este aspecto, obra resaltar igualment, que la Ley 33 de 1985 resulta aplicable al personal docente oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y vinculado al servicio con anterioridad al 27 de junio de 2003, **de manera directa**, por cuanto estos no gozan de un régimen especial de pensiones y se encuentran expresamente exceptuados de la Ley 100 de 1993.

Lo anteriormente expuesto, en cuanto al régimen aplicable a la pensión de jubilación y de vejez de los docentes, fue ratificado mediante sentencia de unificación emitida por Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, dentro del Expediente 68001233300020150056 9-01 (0935-2017) y ponencia del H.C. César Palomino Cortés, la cual precisó lo siguiente:

- ***Los docentes*** *afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están* ***exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social***[8]*, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.*

- *Al estar exceptuados del Sistema,* ***no son beneficiarios del régimen de transición*** *establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.*

- *El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.*

- *De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales"*[9]*.*

---

[8] El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sobre las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social, dispone: "[…] 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".

[9] Cfr., entre otras decisiones, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación número: 15001-23-31-000-2005-00766-01(1201-11); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, sentencia de veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00627-01(0007-11). En sentencia de 10 de octubre de 2013, reiterando la tesis sostenida por la Sección, se indicó que:

" […] si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3º que los educadores que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal *"son empleados oficiales de régimen especial"*; según las previsiones del mismo, **la especialidad del referido sistema está dada entre otros aspectos por la administración del personal y algunos temas salariales y prestacionales, de manera pues, que en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios y que se concrete en las normas que regulan su actividad, es decir, que en materia pensional les resulta aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos, cuya única excepción la enmarca el reconocimiento de la pensión gracia, en tanto se rige por una normatividad especial** (Resaltado fuera de texto).

En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes en todo caso a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.
Si bien, el artículo 5º del Decreto 224 de 1972, consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, y la Ley 60 de 1993 en su artículo 6º inciso 3º preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones.
Las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, como pretende hacerlo ver la demandante, por tanto el supuesto consagrado en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los regímenes especiales no le es aplicable.
Ahora bien, la Ley 60 de 1993[9] dispone que 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. A su turno, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló en su artículo 115 que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la misma ley. Además, que *"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".* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01110-01(1658-04).

- *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003[10], tendrán los derechos 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[11].*

De igual forma, en la referida sentencia se señaló, que:

> *El Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" e n el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:*
>
> *"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".*
>
> *De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la* ***fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial*** *de cada docente, así:*
>
> *I)* ***Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985*** *para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*
>
> *II)* ***Régimen pensional de prima media*** *para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también 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.*

Así mismo y en cuanto a los factores salariales que se deben incluir en la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes, explicó que:

> *El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.*
>
> *Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

---

[10] Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003
[11] La Ley 812 de 2003 en su artículo 81 dispuso: ***"****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 «…»".

> *El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la* ***base de liquidación de los aportes*** *proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional 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 y; iii) la* ***base de liquidación de la pensión****, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"*[12]*.*
>
> *En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son* ***únicamente l****os señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*
>
> *Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 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.**

En cumplimiento de su función Unificadora, la citada sentencia estableció:

> *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 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo."***

CONCLUSIONES:

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial, y en lo que interesa al caso concreto, el Despacho concluye lo siguiente:

1. Los docentes oficiales vinculados al servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran cobijados para efectos del reconocimiento pensional por la Ley

[12] LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985" *"ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".*

33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, por cuanto no cuentan con un régimen especial en esta materia y se encuentran expresamente exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

2. La pensión de jubilación, al tenor del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, se reconocerá al alcanzar los 55 años de edad y 20 años de servicios, en una cuantía equivalente al 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicios, siempre que se encuentren establecidos en el artículo 1 de la ley 62 de 1985 y frente a los cuales se hubieren efectuado aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

4.5. PREMISAS FÁCTICAS:

4.5.1. Mediante **Resolución No. 2584 del 20 de mayo de 2016**, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Tolima y el Profesional Prestaciones Sociales, se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación, al docente JOSE ANCIZAR QUINTERO AROCA en cuantía de $3.413.817, efectiva a partir del 11-08-2015, por haber nacido el 10-08-1960 y haber adquirido su status de pensionado el día 10-08-2015; para obtener el IBL se tuvo en cuenta el **Sueldo, Asignación Rector 30%, Asignación Adicional 2J, y prima de vacaciones. (**Folios 4 a 7 del 001CuadernoPrincipal.)

4.5.2. Formato Único para la expedición de certificado de salarios del FOMAG, a través del cual se relacionan los factores salariales devengados por el demandante en los años 2014 y 2015, **Asignación Adicional Rector 30%, Asignación adicional 2J, Asignación adicional 3J, Asignación básica, Prima de navidad, Prima de servicios, Prima de vacaciones**. (Folio 8 y 9 del 001CuadernoPrincipal).

4.6. DE LA SOLUCIÓN DEL CASO EN CONCRETO:

De las pretensiones de la demanda, se desprende que el demandante solicita la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su estatus jurídico de pensionado, es decir el periodo comprendido entre el **11 de agosto de 2014 y el 10 de agosto de 2015** por lo que, conforme a lo indicado en el acto administrativo demandado se verifica que el señor QUINTERO AROCA adquirió su estatus jurídico de pensionado el día 10 de agosto de 2015. (v.num.4.5.1.)

Igualmente, se encuentra acreditado que al señor QUINTERO AROCA, en su calidad de docente, le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución No. 2584 del 20 de mayo de 2016, en cuantía igual a $3.413.817, efectiva a partir del 11 de agosto de 2015, por el hecho de haber adquirido su estatus de pensionado el día 10 de agosto de 2015, **incluyendo en su Ingreso Base de Liquidación Pensional (I.B.L.), el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el estatus, con inclusión de los siguientes factores: Sueldo, Asignación Rector 30%, Asignación Adicional 2J, y prima de vacaciones**

Conforme a lo anterior, al revisar los elementos probatorios obrantes en el expediente, se observa en el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios (v.num.4.5.2.) que, durante el año 2014 y 2015, el señor QUINTERO AROCA devengó:

1. Asignación Adicional Rector 30%,

2. Asignación adicional 2J,
3. Asignación adicional 3J,
4. Asignación básica,
5. Prima de navidad,
6. Prima de servicios,
7. Prima de vacaciones

De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, no hay duda que el demandante se encuentra cobijado por la Ley 33 de 1985, por cuanto está afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se vinculó al servicio docente oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003 y, por lo tanto, su pensión de jubilación debía ser reconocida bajo el tenor literal del artículo 1º de dicha norma, es decir, a los 55 años de edad, con 20 años de servicio y en un monto equivalente al 75% del salario promedio **que sirvió de base para los aportes** durante el último año de servicio.

En este orden de ideas, esta Falladora encuentra que no le asiste razón a la parte demandante cuando afirma que su pensión de jubilación debe ser reajustada teniendo en cuenta para ello el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, sin importar si efectuó o no aportes sobre los mismos, por cuanto como ya se explicó, se vinculó al servicio docente con anterioridad al 27 de junio de 2003, siendo cobijado por las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985, que contempla una liquidación pensional equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los **aportes** durante el último año de servicio.

Sin embargo, observa esta administradora de justicia que la parte actora no logró demostrar dentro del presente proceso sobre cuáles factores salariales de los devengados por el demandante se realizaron aportes a la seguridad social, toda vez que, de las pruebas arrimadas al proceso, como lo es el acto administrativo demandado y el formato único para la expedición de certificado de salarios, no se evidencia, ni se puede inferir dicha situación.

Es así que, ante la inexistencia de medios de prueba, es claro que no se puede tener por establecida la responsabilidad en cabeza de la entidad demandada. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 31 de agosto de 2015[13], precisó:

> *"Bajo este contexto es importante resaltar, que la carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que les indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos".*

En este orden de ideas, y no obstante es clara la obligación de la parte demandante de probar los hechos alegados, conforme al mandato contenido en el artículo 167 del código general del proceso, aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011 que consagra que "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, este despacho judicial, con la finalidad de establecer los derechos del demandante frente a las pretensiones, en la audiencia inicial llevada a cabo el día **23 de julio de 2019 decretó prueba de oficio** que no fue allegada, por lo que le correspondía al despacho continuar con las etapas procesales precluyendo el periodo probatorio, en consideración a que ninguna de las partes mostró interés o gestión para su recaudo.

[13] Consejo de Estado, sentencia del 31 de agosto de 2015, Radicación número: 23001-23-31-000-1998-11014-01(36419) Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

Así las cosas, el acto administrativo demandado no se encuentra incurso en ninguna causal de nulidad que afecte su validez, y se descarta el reconocimiento y pago de lo solicitado por la parte actora, razón más que suficiente para NEGAR las pretensiones de la demanda.

4.7. DE LA CONDENA EN COSTAS:

El artículo 365 del C.G.P. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que la parte demandante ha resultado como parte vencida, resultaría ajustado a derecho aplicar este criterio; sin embargo, en atención a que para la fecha de presentación de la demanda aún no se había proferido sentencia de unificación sobre este tema por parte del Consejo de Estado, el Despacho se abstendrá de condenar al demandante al pago de las costas procesales, por no evidenciar temeridad o mala fe.

V. DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, denominadas *"imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas y cobro de lo no debido"*, por las razones esgrimidas en precedencia.

SEGUNDO: NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: Sin Condena en costas en esta instancia.

CUARTO: RECONÓZCASE PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS**, identificado con T.P. 250.292 del C.S. de la J., para actuar como apoderado judicial de las entidades demandadas **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN MNACIONAL – FOMAG y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.,** en los términos y para los efectos del poder general a él conferido mediante escrituras públicas Nos. 1588 de 2018 y 0522 de 2019 ("016AnexosOtorgamientoPoderMineducacion" del expediente digital).

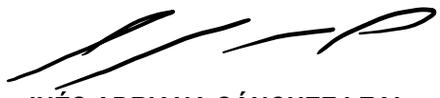
QUINTO: RECONÓZCASE PERSONERÍA ADJETIVA a la abogada **LEIDY JOHANA BARRIENTOS PEÑUELA,** identificada con la Cédula de Ciudadanía No.1.013.665.623, y portadora de la Tarjeta Profesional No.325.804 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como **apoderada sustituta de las entidades demandadas NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, de conformidad con la sustitución del poder efectuada por Luís Alfredo Sanabria Ríos. ("017OtorgamientoPoderMineducacion" del expediente digital).

SEXTO: RECONÓZCASE PERSONERÍA ADJETIVA al abogado **JORGE LUIS OSORIO GUZMÁN,** identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.110.549.052, y portador de la Tarjeta Profesional No. 299.820 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como **apoderado del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.**, de conformidad con el poder otorgado por la Directora del Departamento

Administrativo de Asuntos Jurídicos nidia Yurany Prieto Arango. ("022OtorgamientoPoderDepartamentoTolima" del expediente digital).

SÉPTIMO: En firme la presente sentencia, ARCHÍVESE el expediente previa cancelación de su radicación. De otra parte, por Secretaría efectúese la devolución de los dineros consignados por la actora por gastos de proceso, si los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ

Firmado Por:

Ines Adriana Sanchez Leal
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Ibague - Tolima

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

Código de verificación: **1f31483600778e13ceadd55b863fbaee86a8df5c0a0a6aa6f7b289e11ea4ee68**
Documento generado en 16/12/2021 01:41:11 PM

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