



Rama Judicial

República de Colombia

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

Ibagué, nueve (09) de junio de dos mil veintidós (2022).

Clase de Proceso:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	ELIZABETH DEL SOCORRO CRUZ PERDOMO
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y OTRO
Radicación:	No. 73001-33-33-007-2019-00162-00
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, la señora ELIZABETH DEL SOCORRO CRUZ PERDOMO ha promovido demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes:

2.1. Declaraciones y condenas:

2.1.1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 4781 del 19 de julio de 2018, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de Jubilación, en

lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida a la demandante, incluyendo el sueldo y primas de vacaciones sin incluir HORAS EXTRAS, es decir, no se incluyeron todos los factores salariales percibidos por esta durante el año anterior al cumplimiento del status pensional.

2.1.2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la Pensión de Jubilación, a partir del 06 de marzo de 2018, teniendo en cuenta la inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada, los cuales son equivalentes al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales que son los que constituyen la base de liquidación.

2.2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la demandante solicita que se condene a la Entidad demandada a:

2.2.1. Reconocer y pagar una pensión de jubilación, a partir del 06 de marzo de 2018, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada, indicando que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

2.2.2. Aplicar sobre el monto inicial de la pensión reconocida, los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución y la Ley.

2.2.3. Realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de la pensionada. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

2.3. Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, de conformidad con la Constitución y la Ley, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

2.4. Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

2.5. Pagar las costas, teniendo en cuenta la omisión en el acatamiento del precedente jurisprudencial.

2.6. De las sumas que resulten a favor de la demandante, descontar lo cancelado en virtud de la Resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación proferida por la entidad demandada.

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

2.7.1. La demandante laboró más de veinte años y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación, a la luz de la Ley 33 de 1985 y demás normas aplicables, la cual le fue reconocida por la entidad demandada mediante la Resolución 4781 del 19 de julio de 2018, adquiriendo su estatus de pensionada el 06 de marzo de 2018.

2.7.2. La base de liquidación pensional para establecer el monto de la mesada pensional obedece a los factores salariales devengados por la demandante en el año inmediatamente anterior al de adquirir el estatus de pensionada

2.7.3. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó SUELDO – PRIMA DE VACACIONES omitiendo tener en cuenta las HORAS EXTRAS y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicio anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada.

2.8. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante anunció como normas violadas, las siguientes:

- Ley 91 de 1989: artículo 1°.
- Ley 33 de 1985: artículo 1°.
- Ley 62 de 1985
- Decreto 1045 de 1978: artículo 45.

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 de la demandante, resulta evidente que para definir el valor de la mesada pensional, la entidad accionada excluyó algunos de los factores salariales que aquella devengó 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 indica con claridad los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 03 de abril de 2019¹, y se **ADMITIÓ** el 07 de junio de 2019, en donde se vinculó al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL²; surtidas las notificaciones a las entidades demandadas, se advierte que las mismas se pronunciaron oportunamente y propusieron excepciones³, así:

3.1. RESPUESTAS A LA DEMANDA

3.1.1. DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL (Folios 78 a 83 del archivo “001CuadernoPrincipal” del expediente digital).

La apoderada judicial de la entidad manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones descritas en libelo introductorio, pues asegura que la entidad que representa no ha causado perjuicio alguno, por no vulnerar los derechos de la 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.”*

Frente a los hechos, indica que el primero y cuarto son ciertos, pero que el segundo y tercero deben ser probados.

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

¹ Folio 2 del archivo “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

² Folio 26 a 31 del archivo “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

³ Constancia secretarial vista en el Folio 126 del “001cuadernoPrincipal” del expediente digital

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 la entidad territorial la llamada a dar cumplimiento a lo solicitado y ser competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

COBRO DE LO NO DEBIDO:

Afirma que, teniendo en cuenta lo esbozado precedentemente, a la 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 que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Ministerio de Educación Nacional, conforme a los fundamentos planteados.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO AL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DEL TOLIMA.

Indica que, la entidad que está en la obligación de reliquidar la pensión de jubilación de la demandante es la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no el Departamento del Tolima – Fondo Territorial de Pensiones, pues la entidad territorial suscribió el acto administrativo demandado en virtud de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

3.1.2. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (Folios 105 a 124 del archivo “001CuadernoPrincipal” del expediente digital)

El apoderado de la entidad manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que no están llamadas a prosperar, y en cuanto a los hechos señala que, el primero y el cuarto son ciertos, que el segundo no es un hecho como tal, y que los demás no le constan a la entidad, por lo que se atiene a lo que se pruebe en el proceso.

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

PREVIA:

NO COMPRENDER LA DEMANDA A LOS LITISCONSORTES NECESARIOS:

Indica que, el demandante infringió el numeral 9º del artículo 100 del C.P.A. y de lo C.A en concordancia con el artículo 61, el cual establece como excepción previa no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, teniendo en cuenta que el apoderado judicial demandó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero no a la Secretaría de Educación, entidad que expidió la Resolución mediante la cual se reconoció el respectivo pago de cesantías definitivas.

EXCEPCIONES DE MERITO:

CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019:

Manifiesta que, en caso de declarar nulo el acto administrativo demandado, se tenga en cuenta que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas.

IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN:

Indica que, la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada por el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, en donde acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de unificación, precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora. Indicó que esta última se trata de una multa que se "consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia y la tramitología, era común la demora en el citado pago". Reitera que, se trata de una "sanción o penalidad" que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza. No se trata, entonces, de un derecho laboral.

CADUCIDAD:

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el término de caducidad de las acciones contenciosas y señala que, es necesario tener en cuenta que, aunque el reconocimiento de la sanción moratoria se deriva de una prestación periódica, su reclamación se debe efectuar de forma específica.

PRESCRIPCIÓN:

Indica que la sanción moratoria es prescriptible y se le aplica lo previsto en el artículo 151 del C.P.L.

3.2. SENTENCIA ANTICIPADA (archivo “013AutoDecidelneptaDemanda” del expediente digital.)

Mediante auto de fecha 27 de agosto de 2021, se declaró no probada la excepción “*No comprender la demanda a los litisconsortes necesarios*” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se dio aplicación a lo estipulado en el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 por considerar que era viable proferir sentencia anticipada pues el presente asunto es de puro derecho. Igualmente, se incorporaron al expediente las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar los alegatos de conclusión, llamado que fue atendido de manera oportuna⁴, en los siguientes términos:

3.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.3.1. PARTE DEMANDANTE (archivo “019EscritoAlegacionesParteDemandante” del expediente digital)

⁴ Ver constancia secretarial vista en el documento denominado “021VencimientoTrasladoAlegacionesPasaDespachoSentencia” del expediente digital.

El apoderado de la demandante manifiesta que, como su mandante se vinculó al magisterio con anterioridad al 06 de julio de 1979, su régimen prestacional se rige por la ley 91 de 1989, por lo que, conforme a la normatividad en cita y a lo ha establecido en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el régimen pensional docente es el mismo que se aplica a los servidores públicos del orden nacional y se encuentra regulado en la ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 de 1985 y, en el artículo 3° de la primera, modificado por el artículo 1° de la segunda, se encuentra incluido el factor denominado HORAS EXTRAS.

Añade que, aunque con las pruebas allegadas al proceso, no quedó demostrado que su mandante devengó horas extras en el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, su pensión de jubilación se debió liquidar con la inclusión de estas, pues conforme al certificado emitido por la secretaría de educación que allegó con la reforma de la demanda, se efectuaron aportes al sistema de seguridad social sobre ese factor salarial.

Por otra parte, y respecto a la obligación de efectuar los aportes de los factores enlistados en la Ley 33 de 1985 indicó que, no se puede trasladar la carga al servidor de verificar si la entidad empleadora realiza dicha cotización pues se trata de derechos irrenunciables de los cuales no se puede privar al trabajador en virtud de una omisión de su empleador.

Finamente, solicita se declare la nulidad parcial del acto administrativo acusado y, en consecuencia, se acceda a la pretensión de incluir el factor salarial de horas extras dentro de la pensión de jubilación de la demandante.

3.3.2. PARTE DEMANDADA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG (archivo “018EscritoAlegatosMineducacion” del expediente digital)

La apoderada de la entidad demandada manifiesta que no hay lugar a realizar ningún otro tipo de reconocimiento más allá de los factores que le fueron tenidos en cuenta a la demandante, pues fueron estos sobre los que se hicieron los respectivos aportes, tal como lo señala la Ley 33 de 1985, aplicable a su caso, en atención a la fecha de su vinculación, lo cual es reafirmado con lo señalado en la sentencia de unificación SUJ-014 del 25 de abril de 2019, en donde el Consejo de Estado se refirió puntualmente al tema de factores salariales del personal docente y en general el régimen pensional de los mismos, determinando que, dependiendo de la fecha de vinculación al servicio oficial docente, esto es, antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, se entenderán que pertenecen al régimen establecido en la ley 33 de 1985 y, quienes se hayan vinculado en vigencia de la dicha norma se les aplicará el régimen de prima media fijado en la ley 100 de 1993; no obstante lo anterior, en uno u otro caso, los factores que se deben incluir en el IBL son los previstos en la ley 62 de 1985 y la ley 1158 de 1994, según el régimen al que pertenezca, sin incluir factores diferentes a los allí en listados y en todo caso sólo sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Por lo anterior, afirma que, los actos administrativos demandados no adolecen de nulidad y, por tanto, se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

3.3.3 PARTE DEMANDADA DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL (archivo “014EscritoAlegatosMineducacion” del expediente digital)

El apoderado de la entidad territorial expresa textualmente lo siguiente:

“Conforme al Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, en el entender de algunos, fija una interpretación según la cual, se ampliaba el espectro en cuanto a los factores salariales aplicables para liquidar la pensión, considerando que los factores salariales consagrados en la Ley 33 de 1985 eran simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Es por esta razón que resulta recurrente y ya normal, que en casos como el que hoy nos atañe, se cite dicha sentencia procurando la vinculación de determinados factores salariales.

Sin embargo, no se puede desconocer los cambios jurisprudenciales de los últimos meses, en punto específico de la sentencia del 28 de agosto de 2018, del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del consejero Dr. Cesar Palomino Cortés, por medio de la cual RECTIFICA lo establecido en la SU del 2010, y si bien dicha sentencia es en un inicio, aplicable a quienes estén cobijados por el régimen de transición, y bajo este entendido y tras una interpretación vaga, no incluiría a los docentes por cuanto cuentan con un régimen especial. (...)

Teniendo en cuenta esta perspectiva, la subregla de la nueva sentencia establece que los factores salariales que se deben incluir en el IBL son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.”

3.3.4. INTERVENCIÓN AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (023EscritoIntervencionAgencia – Expediente Digital)

El director de Defensa Jurídica Nacional interviene con el objeto de brindar argumentos de hecho y de derecho para que se niegue la 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 en la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019 determinó que, en la liquidación de la pensión de jubilación y/o vejez de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, cualquiera que sea el régimen prestacional que regule su derecho, solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes. Y, por no existir pruebas por practicar, solicita se dicte sentencia anticipada.

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

IV. CONSIDERACIONES

Sin manifestaciones que efectuar respecto a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia analizados en el auto admisorio de la demanda, y sin evidenciar causal alguna que invalide lo actuado, conforme a lo estipulado en el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 se procede a proferir sentencia anticipada así:

4.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar, si a la demandante ELIZABETH DEL SOCORRO CRUZ PERDOMO, le asiste el derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, incluyendo en su ingreso base de liquidación, las HORAS EXTRAS y los demás factores salariales

devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada, y, por consiguiente, establecer si es o no ilegal el acto administrativo demandado.

4.2. CUESTIÓN PREVIA

4.2.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL:

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, “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, “*IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL DEPARTAMENTO PARA ACCEDER A LO PRETENDIDO POR INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS*” Y “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, cuyo contenido hace referencia a la falta de legitimación en la causa por pasiva.

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 mixta⁵. 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° ibídem, tendrá como principal objetivo, entre otros, “*1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado*”.

Adicionalmente, que el artículo 9° 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 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

⁵ Artículo 3 - Ley 91 de 1989.

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 Monsalve⁶, 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 2016⁷, 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.

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.

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 la 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 declararán probadas las excepciones denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA”, “IMPOSIBILIDAD LEGAL DEL DEPARTAMENTO PARA ACCEDER A LO PRETENDIDO POR INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS” Y “COBRO DE LO NO DEBIDO”,** propuestas por la entidad demandada 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 adelante frente a las anteriores excepciones, no exime a dicha Entidad de expedir el acto administrativo de reliquidación de la pensión de jubilación de la 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.
- 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 680012333000201500569-01 (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 1º 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 2º 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 1º.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.*

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 igualmente, 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 680012333000201500569-01 (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.

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”.

- *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.*
- *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003¹⁰, 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 mujeres¹¹.*

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

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 disfrutaban 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 1993⁹ 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).

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 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.

*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.*

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

*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** los 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 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. 4781 del 19 de julio de 2018**, expedida por el Secretario de Educación del Departamento del Tolima, se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la docente ELIZABETH DEL SOCORRO CRUZ PERDOMO, a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación son: **Sueldo básico y prima de vacaciones**. En la misma se indica que la docente nació el 06/03/1963 e ingresó el 30/06/1996, adquiriendo la fecha de estatus el día 06/03/2018 (Folios 7 a 9 del archivo “001CuadernoPrincipal” del expediente digital)

4.5.2. Formato Único para la expedición de certificado de salarios del FOMAG, 2017 y 2018, en donde se aprecia que la demandante percibió: **Asignación Básica, Horas extras, Prima de navidad, Prima de servicios, Prima de vacaciones**. (Folios 11 y 12 del archivo “001CuadernoPrincipal” del expediente digital)

4.5.3. A folio 43 del archivo “001CuadernoPrincipal” del expediente digital, se encuentra el oficio del 19 de julio de 2019, mediante el cual la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima manifiesta que, con relación a la señora Elizabeth del Socorro Cruz, “durante el periodo comprendido entre el año 2017 y 2018, los factores salariales que se tuvieron en cuenta, para los Aportes al Sistema de Seguridad Social, se efectuaron sobre:

- Sueldo Básico
- Pago Sueldo de Vacaciones
- Bonificación Mensual docentes
- Bonificación Pedagógica
- Hora Extra”

4.6. DE LA SOLUCIÓN DEL CASO EN CONCRETO:

En el *sub examine* se encuentra probado que la señora ELIZABETH DEL SOCORRO CRUZ identificada con la cédula de ciudadanía 28.684.193, en su calidad de docente, le fue reconocida una pensión de jubilación a través de la Resolución No. 4781 del 19 de julio de 2018 (v.num.4.5.1.), en cuantía igual a \$2.694.593, efectiva a partir del 07 de marzo de 2018, por el hecho de haber nacido el 06 de marzo de 1963 y haber laborado por más de 20 años a favor del servicio oficial docente, **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 factores sueldo básico y prima de vacaciones.**

Conforme a lo anterior, al revisar los elementos probatorios obrantes en el expediente, se observa que, según formato único para la expedición de certificado de salarios, durante los años 2017 y 2018, la demandante devengó: (v.num.4.5.2.)

1. Sueldo básico,
2. horas extras,
3. prima de navidad,
4. prima de servicios,
5. prima de vacaciones docentes.

Y que, como se observa en el certificado expedido por la Secretaría de Educación Departamental, durante el periodo comprendido entre los años 2017 y 2018, los factores salariales que se le tuvieron

en cuenta para los aportes a seguridad social fueron: Sueldo Básico, Pago Sueldo de Vacaciones, Bonificación Mensual docentes, Bonificación Pedagógica, y Hora Extra (v.num.4.5.3.).

De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, no hay duda que la demandante se encuentra cobijada por la Ley 33 de 1985, por cuanto está afiliada 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 debe ser reconocida bajo el tenor literal del artículo 1° 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 anterior a adquirir el estatus de pensionada, 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 cobijada 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.

Aclarado ese aspecto, es del caso establecer si la pensión de jubilación de la demandante fue reconocida y liquidada por la Entidad demandada, de conformidad con la normatividad que regula dicha prestación, de acuerdo con los parámetros expuestos en precedencia.

Para tal efecto, cumple indicar que, dentro del plenario fue allegado el Formato Único para la expedición de Certificado de Salarios (v.num.4.5.2.), en el cual se señalan los factores salariales devengados por la señora ELIZABETH durante el periodo comprendido entre los años 2017 y 2018, pero no se indica sobre cuáles de ellos se efectuaron aportes a la seguridad social como sí lo señala el documento expedido por la Gobernación del Tolima (v.num.4.5.3.), al indicar que los factores salariales que se tuvieron en cuenta, para los Aportes al Sistema de Seguridad Social fueron: Sueldo básico, pago sueldo de vacaciones, Bonificación Mensual Docentes, bonificación pedagógica y Hora Extra. Por lo tanto, de conformidad con lo antes expuesto, es claro que la pensión de jubilación de la demandante debió liquidarse teniendo en cuenta el 75% del promedio de los factores devengados durante el referido periodo de tiempo, establecidos en el artículo 1 de la ley 62 de 1985¹³ y sobre los cuales realizó aportes al sistema de seguridad social (pensión); no obstante, de los aquí relacionados, conforme a la Resolución demandada No. 4781 de 2018, sólo fueron tenidos en cuenta para el efecto, el factor denominado sueldo básico y prima de vacaciones.

De otra parte, es de resaltar que, pese a que esta administradora de justicia observa que en el acto de reconocimiento pensional, la entidad demandada incluyó en la base de liquidación, el factor de prima de vacaciones, el cual no se encuentra incluido en el varias veces citado artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que sirve como base para calcular los aportes y, por tanto, para determinar qué conforma la base de liquidación, el acto administrativo conservará su validez sobre este aspecto, por favorabilidad, en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuyas pretensiones iban encaminadas a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad, razón por la cual, el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

¹³ “...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.”

Conforme con lo anterior, concluye el Despacho que, efectivamente tienen sustento las pretensiones de la demanda, como quiera que la Entidad demandada al momento de realizar la liquidación de la pensión de la demandante, no tuvo en cuenta que ésta efectuó aportes al Sistema de Seguridad Social sobre el factor **HORAS EXTRAS**, debiéndose incluir el mismo para reajustar el valor de la pensión reconocida al encontrarse enlistado dentro de los factores establecidos para tal fin en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, situación que conlleva a declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la **Resolución No. 4781 del 19 de julio de 2018**, por medio de la cual la entidad demandada reconoció la pensión de jubilación a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho y con fundamento en las facultades otorgadas por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, se dispondrá que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, proceda a reliquidar la pensión de jubilación de la señora ELIZABETH DEL SOCORRO CRUZ, en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, **en un monto equivalente al 75% de los factores salariales devengados por ésta, sobre los cuales efectuó aportes al Sistema Pensional, en el último año de servicio anterior a la adquisición de su estatus de pensionada, comprendido entre el 07 de marzo de 2017 y el 06 de marzo de 2018, teniendo en cuenta el factor denominado HORAS EXTRAS**. Igualmente, se dispondrá el pago de las diferencias que surjan entre la pensión reconocida y a la que legalmente tiene derecho, para lo cual se aplicará el artículo 187 en mención, sin perjuicio de la prescripción a que haya lugar.

Así mismo, las sumas que se cancelen se deberán actualizar, utilizando para ello la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Finalmente, el despacho se abstendrá de pronunciarse sobre las excepciones presentadas por la entidad demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, denominadas CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN, CADUCIDAD y PRESCRIPCIÓN, toda vez que los argumentos de estas se refieren a la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, situación que no se discute en el presente proceso.

4.7. PRESCRIPCIÓN

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, consagran un término de prescripción de tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, el cual se interrumpe, **por una sola vez** y por un lapso igual, por el simple reclamo escrito del empleado o trabajador a la autoridad competente.

En ese orden de ideas, se tiene la demandante no presentó reclamación ante la entidad accionada, sino que demandó el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, que data del 19 de julio de 2018, a través del medio de control radicado el día 03 de abril de 2019, razón por la cual no transcurrieron más de tres (3) años desde el reconocimiento de la pensión hasta la solicitud contenciosa de reliquidación, por lo que **NO SE ENCUENTRAN PRESCRITAS** las diferencias de las mesadas a liquidar por el factor salarial ordenado en esta sentencia.

4.8. EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

Se atenderá conforme a las previsiones de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de pago correspondiente ante la Entidad demandada.

4.9. DE LA CONDENA EN COSTAS

El artículo 365 del C.G.P., aplicable al caso por disposición expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y, como quiera que la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha resultado como parte vencida, resulta ajustado a derecho aplicar este criterio y, en consecuencia, se procederá a condenarla al pago de las costas procesales.

Para el efecto, y como quiera que se trata de un asunto contencioso administrativo cuya cuantía fue estimada por la parte actora en **\$4.290.429** Mcte, se fijan como Agencias en Derecho a **favor de la demandante**, el equivalente al **diez por ciento (10%)** de la cuantía de las pretensiones de la demanda, conforme a lo preceptuado en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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 PROBADA la excepción propuesta por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, denominada “falta de legitimación en la causa por pasiva”, por las razones esgrimidas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la **Resolución No. 4781 del 19 de julio de 2018**, por medio de la cual la entidad demandada reconoció la pensión de Jubilación a la demandante, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que proceda a: **i)** Reliquidar la pensión de jubilación de la señora ELIZABETH DEL SOCORRO CRUZ, **en un monto equivalente al 75% de los factores salariales devengados por ésta, sobre los cuales efectuó aportes al Sistema Pensional, en el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus pensional, comprendido entre el 07 DE MARZO DE 2017 AL 06 DE MARZO DE 2018, teniendo en cuenta el factor denominado HORAS EXTRAS; ii)** Reajustar la base pensional con base en lo consignado en esta sentencia; y **iii)** **Reconocer y pagar** a la demandante los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja entre la pensión que ha venido devengando y la resultante del reajuste ordenado en precedencia.

CUARTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011; igualmente, los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicación: 73001-33-33-007-2019-00162-00
Demandante: ELIZABETH DEL SOCORRO CRUZ PERDOMO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTRO

QUINTO: El cumplimiento de la sentencia se atenderá conforme a las previsiones de los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de pago correspondiente ante la Entidad demandada.

SEXTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a cargo de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** el equivalente al **diez por ciento (10%)** de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

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

OCTAVO: ORDENAR se efectué la devolución de los dineros consignados por la parte demandante por concepto de gastos del proceso, si los hubiere, lo cual deberá realizarse por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, acorde con lo establecido en la Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, y los lineamientos establecidos para tal fin.

NOVENO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación.

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: **522e1a43513c41e306fc503767d8d2355183b5a86b73fd177141990fa7ff03be**

Documento generado en 09/06/2022 11:15:29 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>