Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Radicado	**73001-33-33-010-2018-00162-00**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**GLORIA ESPERANZA MORALES MONTAÑA**
Demandado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**
Asunto:	**Reliquidación pensional**
Sentencia:	**00083**

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió la señora **GLORIA ESPERANZA MORALES MONTAÑA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No **2585** del **20 de mayo del 2016** mediante la cual la Nación-Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la señora **Gloria Esperanza Morales Montaña,** en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía.

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No **4765** del **11 de agosto del 2017**, mediante la cual el Nación-Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la inclusión de la prima de navidad y prima de servicios como factores salarial para la reliquidación de la pensión de jubilación a la señora **Morales Montaña.**

1.3 Que se declare que la accionante tiene derecho a que se reliquide y pague la pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el status jurídico de pensionada.

1.4 Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación-Ministerio de Educación - Fondo nacional de prestaciones sociales del Magisterio, a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante con inclusión de la totalidad de los factores salariales tales como

salario, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores a la adquisición del status de pensionada, con efectividad a partir del 25 de diciembre del 2015.

1.5 Condenar a la accionada a cancelar el valor de las mesadas atrasadas debidamente indexadas desde la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina tomando como base el índice de precios al consumidor.

1.6 Condenar a la accionada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor con motivo de la disminución del poder adquisitivo de las diferencias pensionales, tomando como base el índice de precios al consumidor.

1.7 Condenar a la accionada al pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se cumpla en su totalidad, dentro del término que del artículo 192 del CPACA.

1.8 Condenar al pago de costas a la entidad accionada

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que la señora **Gloria Esperanza Morales Montaña** prestó sus servicios como docente de vinculación municipal en la secretaría de Educación del Departamento del Tolima por más de 20 años.

2.2 Que a la accionante le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la resolución No**. 2585** del **20 de mayo del 2016** proferida por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**,** teniendo en cuenta como factores salariales 75% del salario promedio mensual sobre el sueldo y la prima de vacaciones devengados durante el último año de servicio, en la fecha que adquirió el status de pensionada, a partir del 26 de diciembre del 2015.

2.3 Que la accionante el **5 de mayo del 2017** solicitó a la demandada la reliquidación de la pensión de jubilación para que se le incluyera las primas de navidad y servicios devengadas en el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

2.5 Que mediante la resolución **No 4765** del **11 de agosto del 2017** aclarada mediante resolución **6512 del 19 de octubre del 2017**, la accionada negó la petición en razón a que las primas de navidad y de servicios no están contemplada como factor salarial para el reconocimiento de pensión de jubilación para los docentes de vinculación nacional y que el régimen aplicable en cuanto a la prima de servicios es el contenido en la Ley 91 de 1989

2.6 Que en el año 2015 la accionante devengó asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Dentro de la oportunidad legal para ello, el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la accionante (fls. 48-53), señalando que la prestación fue reconocida en debida forma siguiendo los lineamientos de la Ley 33 de 1985, la Ley 91 de 1989, la Ley 812 del 2003, el Decreto 3752 del 2003 y el Decreto 1158 de 1998, normas según las cuales no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales que la actora reclama, pues las mismas establecen que sólo pueden incluirse los factores que sirvieron de base para efectuar los aportes a pensión y que a las Secretarias de Educación les corresponde por virtud de la Ley, el trámite de las prestaciones de los docentes porque el Ministerio de Educación perdió la facultad de nominador y por eso se sale de su competencia funcional las pretensiones de la demanda.

Manifestó, que la Corte constitucional en la sentencia de unificación SU-230 del 2015, indicó que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad (ii) tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo, pero que el ingreso base de liquidación no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen de transición, razón por la cual debía aplicarse lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente señaló, que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad, como quiera que tanto el reconocimiento de la prestación como la negación de su reliquidación se efectuó por parte de la Secretaría de Educación y que no contiene la manifestación de voluntad del Ministerio de Educación Nacional.

Propuso las excepciones de: *Inexistencia del derecho a reclamar por parte de la demandante. 2. buena fe. 3 Prescripción y/o prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda y/o reclamación administrativa. 4 inexistencias de la vulneración de principios legales. 5 innominada y/o genéricas. 6 Falta de legitimación en la causa por pasiva*.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

4. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si, ¿la accionante tiene derecho a que se le reliquide y pague su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores a adquirir su status pensional, o si por el contrario el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

5. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

5.1 Tesis de la parte accionante

Considera que es procedente la reliquidación de su mesada pensional, en razón a que existe violación a principio de legalidad por la no aplicación del artículo 15 de la Ley 91

de 1989 que establece que para los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y los docentes nacionales y nacionalizados que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se reconocerá una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y demás factores salariales devengados en los doce (12) meses anteriores a la adquisición del status de pensionada y la violación del artículo 53 de la constitución sobre la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda o interpretación de las fuentes formales del derecho

5.2 Tesis de la parte accionada.

La apoderada judicial argumentó que el personal del gremio docente son beneficiarios de un régimen especial y que en sus pronunciamientos el Consejo de Estado no reguló una normatividad especial para ellos, por lo tanto la norma aplicable en su integridad es la Ley 33 de 1985.

Agregó que la Corte Constitucional en la SU 230 del 2015 logró determinar que el IBL no es un aspecto de la transición y por tanto las reglas contenidas en el régimen general de pensiones son las aplicables para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca y es dable aseverar sin dubitación alguna que el régimen de transición solo comprende los aspectos de edad, monto y semanas de cotización excluyendo de dicho régimen la forma de liquidar las prestaciones económicas, no siendo objeto de transición, razón por la cual debe aplicarse lo establecido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que pueda tomarse en cuenta factores adicionales sobre los que no se hayan efectuado aportes a pensión, solicitando respetuosamente se nieguen las pretensiones de la demanda

5.3 .Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio en su concepto considera que de acuerdo con la normatividad legal vigente y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado no le asiste derecho a la accionante al reconocimiento del reajuste pensional.

5.4 Tesis del despacho

Deberán negarse las pretensiones de la demanda como quiera que la pensión de jubilación de la actora fue liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales sobre los que realizó aportes al sistema de seguridad social en pensiones y los que dispone la Constitución Política Art. 48 y las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, así mismo por cuanto no se probó que sobre el factor salarial (primas de navidad y de servicios) que reclama se le incluyan para la reliquidación de la pensión, la señora Morales Montaña hubiese hecho cotización alguna al sistema de seguridad social en pensiones.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	***MEDIO PROBATORIO***
1. Que la señora Gloria Esperanza Morales Montaña nació el 25 de diciembre de 1960	***Documental:*** *Extraído de la resolución 2585 del 20 de mayo del 2016 (fl15 -17)*

2. Que ingreso a laborar al servicio de distintas entidades del estado el 31 de diciembre de 1993	***Documental:** Extraído de la resolución 2585 del 20 de mayo del 2016 (fl15 -17)*
3. Que adquirió el status de pensionada el 25 de diciembre del 2015	***Documental:** Extraído de la resolución 2585 del 20 de mayo del 2016 (fl15 -17)*
4. Que la entidad accionada reconoció la pensión de jubilación a la accionante, teniendo en cuenta como IBL el 75% del promedio del sueldo básico mensual y de la prima de vacaciones devengados durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status de pensionada	***Documental**. Copia de la resolución 2585 del 20 de mayo del 2016 (fl15 -17)*
5. Que la accionante por intermedio de apoderado solicitó a la accionada la reliquidación de la pensión, tomando como base todos los factores salariales devengados en el año anterior a adquirir el status de pensionada.	***Documental.** Copia solicitud radicada el* 5 de mayo del 2017 *No 2017 PQR 11821 (fl 23 - 25)*
6. Que la entidad accionada negó la solicitud de reliquidación.	***Documental.** Copia resolución No 4725 del 11 de agosto del 2017 (fl 27 - 29)*
7. Que la entidad accionada aclaró la resolución No 4725 del 11 de agosto del 2017en cuanto al No. de cédula de la actora.	***Documental.** Copia resolución No 6512 del 19 de octubre del 2017 (fl 30 - 31)*
8. Que la actora devengó en el año 2015 asignación básica, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad	***Documental:** Certificación de sueldos expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima (fl.20 - 22)*

7. DE LAS NORMAS RELATIVAS AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES AL PERSONAL DOCENTE

Procede el despacho a realizar el análisis normativo aplicable para el reconocimiento de las pensiones de los docentes y su reliquidación, con el fin de determinar si les es aplicable la Ley 100 de 1993.

El Decreto Ley No. 2277 de 1979 estatuto docente, comprende un régimen especial para los educadores, pese a ello dicha normativa no contiene la regulación del reconocimiento de las pensiones para dicho personal a cargo del Estado por lo que deberá acudirse a las normas posteriores que desarrollaron el mencionado régimen especial.

La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sobre el tema que nos ocupa dispuso:

> *"Art. 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 en 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.". (Resaltado fuera de texto)

Ulteriormente, la Ley 60 de 1993, preceptuó en su artículo 6:

"(…)
El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o 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, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social 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...".

En cuanto al régimen especial de los educadores, la Ley 115 de 1994**,** que contiene la Ley General de Educación, señaló:

"Art. 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.".

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81 sobre el régimen prestacional de los docentes oficiales señala:

"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. (Resalto fuera del texto)*

Sobre el régimen aplicable a los docentes, el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en relación con el régimen pensional dispuso:

> *"**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".*

Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ninguna de las normas antes mencionadas consagró de manera específica un régimen especial para el reconocimiento de las pensiones de los docentes vinculados con anterioridad al año 2003, pues en efecto, las normas antes referenciadas señalan que el régimen pensional de dichos educadores es el establecido para los empleados públicos del orden nacional, en esas condiciones, si el régimen de seguridad social general en materia de pensión de vejez no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, por lo que entrará a estudiar del despacho dicha normatividad con el fin de resolver el problema jurídico propuesto.

Debe decirse que, para este caso no son aplicables las sentencias C-258 DE 2013, SU-230 de 2015, y SU-395 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional, en virtud a que en ellas se realizó un análisis de interpretación en relación con que debía entenderse por índice base de liquidación IBL, con fundamento en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual ante lo ya expuesto y al hacer un análisis conjunto del régimen especial al que se encuentran sometidos los docentes**,** es claro para el despacho que las sentencias antes mencionadas no son aplicables para el reconocimiento y reliquidación de las pensiones de los educadores, como quiera que los mismos no se encuentran sometidos al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, **pues la aplicación de la Ley 33 de 1985 no deviene de la norma transicional, sino única y exclusivamente de los mandatos señalados en la Ley 91 de 1989 y posteriores que regularon el régimen prestacional de los mismos, así como de la Ley 812 de 2003 debido a la fecha de vinculación al servicio del educador**.

Ahora bien, como lo señala el artículo 48 de la Constitución política, *"(…) Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*"

En igual sentido, la Ley 33 de 1985, norma que como ya se indicó es aplicable a los docentes, establece que:

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

De tal suerte que la Ley 33 de 1985, empezó a regir el **13 de febrero de 1985**, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes y exigiendo para el reconocimiento de pensión de jubilación haber servido 20 años continuos o discontinuos y tener 55 años de edad.

En relación con la aplicación del régimen general de pensiones de que trata la Ley 33 de 1985, se tienen 3 excepciones para su aplicación así:

- *"Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*
- *Los empleados que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio.*
- *Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores".*

En orden a lo expuesto anteriormente y en relación con los factores salariales que deben tenerse en cuenta se tiene que el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por artículo 1º de la Ley 62 de 1985 señalando:

> *"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 la 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****". (Negrillas fuera de texto)*

Conforme a lo señalado en las normas citadas y aun cuando la sentencia de unificación de Sala Plena del 28 de agosto de 2018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, no sea expresamente aplicable al caso, este despacho considera que algunos argumentos de la misma, sirven para dilucidar cuales son los factores a tener en cuenta al momento de liquidación pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

"101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia."

Esta misma posición se adopta en la sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019[1], al establecer

"De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales 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:*

[1] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 68001233300020150056 9-01 Ponencia César Palomino Cortés

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 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.

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."

Es por lo anterior que considera el despacho, que estos argumentos deben ser aplicados a todos y cada uno de los casos que tengan como fundamento de las pretensiones el reajuste o reliquidación de la pensión reconocida, sin importar el régimen especial al que pertenezca el empleado público, dejando entonces inmersos a los docentes en la teoría de que los factores que deben ser incluidos en el IBL, **son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado cotizaciones al sistema de pensiones**, en virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema.

9. CASO CONCRETO

Dentro del expediente se encuentra acreditado que la actora ingresó al servicio del estado el **31 de diciembre de 1993,** que ostentaba la calidad de docente de vinculación municipal, prestando sus servicios por más de 20 años y adquirió su status pensional el **25 de diciembre del 2015,** razón por la cual, su situación particular se regía por lo contemplado en el artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a 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,*** es decir la Ley 33 de 1985.

Se entiende entonces, que la actora mantenía el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión, el **10 de febrero del 2016** radicado **2016 PENS 306061** (fl 15 - 17)

En materia de pensión de jubilación, a la accionante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1º que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y 55 años de edad.

Con ocasión de lo anterior, y teniendo en cuenta que la demandante nació el **25 de diciembre de 1960** y prestó sus servicios a diferentes entidades públicas por más de 20 años y como último empleo, el de docente en el Municipio de Prado Tolima, el despacho considera, que al momento de presentar la solicitud de reconocimiento pensional el **10 de febrero del 2016**, contaba con 55 años de edad y más de 20 años

de servicio, por lo que resulta evidente que cumplió a satisfacción con los requisitos previstos por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de una pensión de jubilación.

En virtud de lo anterior, mediante Resolución No **2585** del **20 de mayo del 2016**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció pensión de jubilación, teniendo en cuenta como IBL el 75% sobre el promedio del sueldo básico mensual y la prima de vacaciones devengados durante el último año de servicios, a la fecha en que adquirió el status pensional

Como ya se indicó en la regla fijada en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, los factores que hacen parte de la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes, son a) asignación básica mensual, b) gastos de representación, c) prima técnica cuando sea factor de salario, d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, e) remuneración por trabajo dominical o festivo, f) bonificación por servicios prestados y g) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

Ahora bien, según certificado expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, la demandante durante el año anterior a adquirir el status de pensionada (2015 -2016), además de lo ya reconocido devengó primas de navidad y de servicios (fl. 21).

El despacho evidencia que en el reconocimiento pensional la entidad incluyó factores salariales en el IBL, la prima de vacaciones, factores que no están incluidos en la ley 62 de 1985 como factores que sirven de base para calcular los aportes y consecuencialmente la base de liquidación. No obstante, en razón a que no fue objeto de litigio, el control de legalidad del acto administrativo acusado no puede ser modificado en aquellos aspectos que no fueron objeto de demanda

En este orden de ideas, y conforme a lo dispuesto en el artículo 48 constitucional y la Ley 33 de 1985, y como quiera que la actora no demostró que hubiese hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio sobre las mencionadas **primas de navidad y de servicios**, las pretensiones deben ser negadas.

10. RECAPITULACIÓN

Se negarán las pretensiones de la demanda atendiendo lo dispuesto en el art. 48 Constitucional y teniendo como base para ello lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, que regula el régimen de pensiones de los docentes que remite a la Ley 33 de 1985, además, por cuanto la accionante no demostró que sobre las primas de navidad y de servicios devengadas en el año anterior a adquirir el status de pensionada hubiese hecho aporte alguno al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

11. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante en la suma de **doscientos mil ($200.000)** pesos.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma de **doscientos mil (200.000) pesos** como agencias en derecho.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: En firme la presente providencia, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez.
(ORIGINAL FIRMADO)