

Radicación N°: 2019/00194 (Interno 00194/2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante: RAFAEL NUÑEZ VERA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA –FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES

Aclaración de voto

Si bien, en cumplimiento de diversas órdenes de tutela, algunas salas de decisión de esta Corporación venían accediendo a la reliquidación pensional de los docentes que se hicieron acreedores a dicho beneficio pensional en razón de lo normado en la Ordenanza 057 de 1966, con fundamento en la transición establecida en la Ley 33 de 1985, dicha postura obligatoriamente debe ser reorientada, en razón a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la mentada transición ha acogido el H. Consejo de Estado, y que inevitablemente conducen a variar la posición que se venía acogiendo sobre el particular.

Bajo ese entendido y conforme a la nueva postura adoptada por nuestro Superior Jerárquico, en relación con el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, considero acertada la decisión del Juzgado de Instancia al negar la reliquidación pensional pretendida, por cuanto el reconocimiento pensional del demandante, si bien debía regirse por las disposiciones anteriores a la precitada Ley 33 de 1985, ellos sólo comprende lo concerniente a la edad y tiempo de servicios, pues en relación con el IBL y los factores salariales base de liquidación, quedó claramente expuesto que ellos no hacen parte de la transición y por ende estos últimos debían reconocerse con conforme a los factores enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, norma esta que determinó puntualmente cuáles son los factores salariales sobre los cuales el beneficiario de la pensión debe realizar los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

En efecto, a través de la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se precisó igualmente que la regla establecida en esa providencia, así como la primera subregla, *“no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, entre otras razones, porque conforme al artículo 279 ibídem, a dichos servidores no se aplica dicha legislación en materia pensional.

Sin embargo, se hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, para precisar lo siguiente:

- i. “Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 «...».
- ii. “Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15) «...».
- iii. “Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)”.

La segunda subregla fijada en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, en el sentido que solo se incluyen aquellos sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, es una norma jurídica

o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Esa postura interpretativa que adoptó la Sección Segunda de nuestro órgano de cierre jurisdiccional sobre la inclusión de la totalidad de los factores salariales en la base de liquidación, se venía aplicando al resolver los asuntos sobre pensión de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que habían consolidado su estatus pensional en las condiciones previstas en el régimen general de la Ley 33 de 1985, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado empezó por definir, si el criterio de interpretación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, bajo el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, aplica de igual manera para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989, tema que abordó una vez establecidos los siguientes aspectos:

- 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, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- Al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.
- **El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.**

De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 **así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales.**

En relación con la aplicación de Régimen de Transición establecido en la ley 33 de 1985, había sido postura de quien hoy proyecta este proveído con fundamento en lo enseñado por el Consejo de Estado, que la aplicación del régimen anterior debía hacerse en su integridad, incluyendo no sólo el IBL, sino también los factores salariales base de liquidación pensional, bajo el principio de favorabilidad, entendido este como, “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”;¹⁷ del mismo modo, sin desconocer lo establecido en la Constitución Política en su artículo 53 que dicta, “La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales (...) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”.

No obstante, fue necesario para esta Sala, reorientar tal posición, ya que, si bien, en un primer momento la jurisprudencia le dio un alcance más amplio al régimen de transición previsto en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, debe tenerse en cuenta que recientemente las subsecciones que integran la Sección Segunda del Consejo de Estado han adoptado una postura distinta frente a esa situación, en el sentido de que ese beneficio sólo puede aplicarse únicamente para lo relacionado con la edad.

Pese a que la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencias del 26 de febrero de 2009, radicado: 25000-23-25-000-2003-08992-01; 20 de octubre de 2015, radicado 15001-23-31-000-1997-17518-01; 25 de febrero de 2016, radicado 25000-23-42-000-2013-01541-01; 31 de enero de 2019, radicado 41001-23-31-000-2012-00101-01; y 16 de diciembre de 2019, radicado No. 11001-03-15-000-2019-04813-00, determinó que el régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985 no habilitó únicamente la observancia del régimen anterior en cuanto a la edad, sino también acerca de los factores salariales para la liquidación del derecho pensional, debe tenerse en cuenta que en sentencias proferidas más recientemente por la misma Sección Segunda se ha variado aquella postura, como pasa a verse:

· CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020), radicación número: 41001-23-33-000-2013-00297-01(2492-14).

En aquella oportunidad se analizó el caso de un servidor que lo cobijaba el régimen de transición preceptuado en el inciso 1° del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, concluyendo:

- a. Las implicaciones de ser favorecido por este régimen de transición solamente recaen en que se tenga en cuenta la edad de jubilación contemplada en las normas anteriores a dicha ley, de ahí que la pensión de jubilación será liquidada de acuerdo con las leyes 33 y 62 de 1985, es decir, con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.
- b. Por lo anterior, en el ingreso base de liquidación de la prestación periódica, solamente podrán ser incluidos los factores salariales contemplados en las normas ut supra mencionadas y sobre los cuales se hubiese efectuado un aporte que a saber son: a) asignación básica; b) gastos de representación; c) prima de antigüedad; d) prima técnica, atencional y de capacitación; e) dominicales y feriados; f) horas extras; g) bonificación por servicios prestados y h) trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.
- c. Pese a que la primera instancia determinó que los factores salariales de la prestación periódica del interesado son los contenidos en la Ley 33 de 1985, se incurre en equivocación al aplicar el precedente fijado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, vigente al momento de proferirse esa decisión, puesto que en la citada providencia se analizó el criterio de interpretación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y no el de la Ley 33 de 1985.

· CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020), radicación número: 25000-23-42-000-2013-01869-01(4208-15).

Al analizar el caso de un ex servidor público, la Subsección A de la Sección Segunda concluyó lo siguiente:

- a. Los beneficiarios del régimen de transición contenido en el párrafo 2°, inciso 1°, del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 únicamente tienen derecho a que se les aplique el requisito de edad contenido en la norma anterior y, en consecuencia, los factores salariales se regulan expresamente por la Ley 33 ejusdem.
- b. La norma aplicable a los beneficiarios de la primera parte del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 es el artículo 27 del Decreto Ley 3135 de 1968, que previó que la edad para obtener el beneficio pensional, se reitera, sería de 50 años para las mujeres y 55 para los hombres, por cuanto esta era la norma pensional anterior.

c. Aunque el Consejo de Estado en sentencia del 4 de agosto de 2010 había unificado su posición¹⁸, en el sentido de indicar que al momento de efectuar el reconocimiento pensional a favor del empleado, se deben tener en cuenta, además de los factores mencionados, aquellos que constituyen salario, independientemente de la denominación que reciban, es decir, los «[...] que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio [...]», y no solamente los descritos en la norma antes mencionada. Sin embargo, en la ya mencionada sentencia del 28 agosto de 2018, se modificó la posición adoptada por la Sección Segunda para acoger el planteamiento de la Corte Constitucional, en cuya jurisprudencia ha destacado la relación de correspondencia entre las cotizaciones efectuadas durante la vida laboral al Sistema General de Seguridad Social con la finalidad de no desconocer el principio de solidaridad y sostenibilidad financiera en esta materia¹⁹, asimismo, se fijó como subregla que los factores salariales a incluirse en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

d. Si bien la reciente sentencia a la que se alude se pronunció sobre la forma en que debe aplicarse el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida sobre los factores salariales que se deben incluir en el IBL pensional debe ser extendida al caso de las personas beneficiarias de la Ley 33 de 1985 porque, precisamente, hace referencia directa a la forma en que debe interpretarse el artículo 3 ejusdem, modificado por la Ley 62 de 1985, esto es a la taxatividad de los factores computables en materia pensional.

- CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020), radicación número: 25000-23-42-000-2013-03453-01(3290-18).

En la referida providencia, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, concluyó:

a. De conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1 del parágrafo 2 de su artículo 1, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, el empleado oficial había reunido los 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado por el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, es decir, con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

b. Sobre la norma anterior que resulta oponible por virtud del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, se considera que la lectura desprevenida del parágrafo 2 de su artículo 1, supone que solo sea para efectos de determinar la edad; criterio que pese a ser contrario a lo que por mucho tiempo defendió la sección segunda, en cuanto a la aplicación integral e inescindible de la norma pensional, y a la noción de salario para integrar la base de liquidación pensional, será el que acogerá esta Sala, porque apunta a la real intención del legislador al distinguir expresamente qué aspecto protegía respecto de la norma anterior, sustentado en su libertad de configuración normativa, y porque resulta ser la interpretación que de mejor forma se acopla a los principios constitucionales, según los cuales la pensión se liquida con los factores efectivamente cotizados, que en vigencia de la Ley 33 de 1985, eran los previstos en la Ley 62 del mismo año.

La anterior postura fue acogida nuevamente en fallo de tutela proferido por la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado el 16 de septiembre de 2021, con

ponencia del Dr. William Hernández Gómez, radicado No. 11001-03-15-000-2021-04130-01(AC).

En los anteriores términos dejo expresada mi aclaración de voto.

Respetuosamente,


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Magistrado