

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN No. 2

Tunja, 29 de julio de 2020

Medio de Control: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado: **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Expediente : **15001-23-33-000-2017-00933-00**

Tema: Reliquidación pensión jubilación docente a la que la entidad le liquidó su mesada pensional sin tenerle en cuenta lo devengado en el último año de servicios, por cuanto este fue laborado en un cargo de libre nombramiento y remoción por virtud de comisión de servicios otorgada por el nominador. Accede a pretensiones y ordena liquidar con el 75% de lo devengado en el último año, entendido este, como el ejercido en el cargo de libre nombramiento y remoción.

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia al no advertir causal de nulidad, conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La señora Fabiola Victoria Higuera de Sáenz por intermedio de apoderado judicial, concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se concedan las siguientes:

1. Pretensiones:

1.1. Pretensiones principales

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

Declarar la nulidad de las Resoluciones No 00490 del 17 de mayo de 2017 y 00478 del 30 de mayo de 2017 proferidas por el Ministerio de Educación Nacional - Secretaría de Educación de Tunja.

Ordenar a la Nación — Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Tunja a reliquidar y pagar la pensión de jubilación a la demandante con el 75% de la asignación básica mensual devengada durante el último año de servicio, es decir del 1 de enero al 31 **de diciembre de 2014 y se le adicione 1/12 de las bonificaciones por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones devengadas durante dicho periodo.**

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a la demandada el pago de las diferencias pensionales desde el 1 de enero de 2015 y hasta cuando sea incluido en nómina con el nuevo valor.

Que se realicen los ajustes con base al IPC desde cuando se genere la condena y hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia.

Se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A a que le gire o haga la devolución de los aportes pensionales que posee la demandante, junto con los rendimientos, a la Nación — Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se ordene el cumplimiento de la condena de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA 7. Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

1.2. Pretensiones subsidiarias

En el evento que varíe la jurisprudencia del Consejo de Estado y se imponga el criterio de la Corte Constitucional sobre el ingreso base de liquidación de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición, es decir que se debe tener en cuenta lo cotizado durante los últimos diez años de servicio, se ordene la reliquidación de la pensión a la demandante bajo dicho criterio.

En el evento en que no se ordene que los aportes a pensión que tiene la demandante en PROTECCIÓN S.A sean girados a la Nación — Ministerio de Educación Nacional para que se reliquide la pensión, solicita se ordene la devolución de los aportes junto con los rendimientos a la demandante.

2. Fundamentos fácticos

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó:

La demandante nació el 11 de julio de 1957 y prestó sus servicios al Estado con sus correspondientes cotizaciones al sistema general de pensiones de la siguiente forma:

- Con la Caja de Previsión Social de Boyacá desde el 6 de noviembre de 1978 hasta el 5 de marzo de 1981; desde el 16 de mayo de 1981 hasta el 21 de agosto de 1985; desde el 20 de enero de 1987 al 30 de marzo de 1990, realizando aportes para pensión al Fondo de Pensiones del Departamento de Boyacá.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

- Con la Secretaría de Educación de Boyacá desde el 30 de marzo de 1990 hasta el 14 de enero de 2001, girando sus aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- El municipio de Tunja – Secretaría de Educación, le concedió comisiones no remuneradas a la demandante para ejercer cargos en el Departamento de Boyacá, de la siguiente forma:

- a). En la Gobernación de Boyacá desde el 22 de enero al 5 de julio de 2001
- b). En el Instituto de la Juventud y el Deporte desde el 6 de julio al 12 de agosto de 2002

En aquellas oportunidades la demandante realizó sus aportes a pensión al Fondo de Pensiones Horizonte hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

- Nuevamente se reintegra a la Secretaría de Educación de Boyacá desde el 13 de agosto de 2002 hasta el 8 de enero de 2004, girándole los aportes a pensión al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- Posteriormente y por efectos de una nueva comisión, la demandante se desempeña en el departamento de Boyacá en los siguientes periodos:

- a). En la Gobernación de Boyacá desde el 9 de enero de 2004 hasta el 2 de marzo de 2008.
- b). Con la Casa del Menor Marco Fidel Suárez desde el 3 de marzo de 2008 hasta el 5 de enero de 2012.

En aquellas oportunidades la demandante realizó sus aportes a pensión al Fondo de Pensiones Horizonte hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

- Mediante Resolución No 0290 del 13 de agosto de 2010 el municipio de Tunja le terminó la comisión a la demandante a partir del 23 de agosto de 2010.

- La demandante continuó laborando con la Gobernación de Boyacá desde el 6 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014, girando sus aportes al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

- La demandante es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para el 15 de enero de 2001 cuando inició a realizar aportes al fondo privado, tenía más de veinte años de cotización tanto al fondo territorial de pensiones y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- Mediante resolución No 00490 del 17 de mayo de 2016, el Ministerio de Educación Nacional – Secretaría de Educación de Tunja, reconoció a la demandante pensión de jubilación a partir del 12 de julio de 2012. Sin embargo, en dicha decisión, la entidad no tuvo en cuenta los periodos laborados por la demandante en el Departamento de Boyacá desde el año 2001 hasta el año 2014 y por ende tomó para el reconocimiento de la pensión, el ingreso base de liquidación del tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2003.

La demandante se retiró del servicio el 31 de diciembre de 2014 y el 16 de marzo de 2017 solicitó al Ministerio de Educación la reliquidación de su pensión de jubilación, petición que le fue resuelta de manera negativa en resolución No 478 del 30 de mayo de 2017.

La demandante solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. efectuara la devolución de aportes de pensión al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio junto con sus rendimientos.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

3. Fundamentos jurídicos de las pretensiones

3.1. Normas sustento de las pretensiones

Ley 33 de 1985 artículos 1, 2, y 3; Ley 62 de 1985 artículo 1; Ley 91 de 1989 artículo 15; Decreto 1045 de 1978 artículo 33; Decreto 1042 de 1978 artículo 42; Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; Ley 100 de 1993.

3.2. Concepto de Violación

Indicó que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados del sistema integral de seguridad social, y según la Ley 91 de 1989, a partir de su vigencia, los docentes nacionales vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectuaría de conformidad con el régimen prestacional que han gozado en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. No obstante, ante la inexistencia de norma especial regulatoria del régimen de pensiones de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 91 de 1989, debe acudir a la Ley 33 de 1985.

Conforme a la precitada norma, la entidad no debió tomar para el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante, lo devengado en el año 2003, pues el status pensional lo adquirió el 11 de julio de 2012, debiendo tenerse en cuenta que su retiro de la entidad se dio antes de la fecha de status.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

Sin embargo, la Ley 33 de 1985 contempló que la liquidación de la mesada pensional debía realizarse con lo devengado por el trabajador durante su último año de prestación del servicio – es decir entre el 1 de enero al 30 de diciembre de 2014 - con la inclusión de los factores salariales contenidos en la Ley 62 de 1985.

Por su parte, es deber del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A girar los aportes que se encuentran en su poder junto con sus rendimientos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para financiar el mayor valor que se genere con motivo de la reliquidación de la pensión.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue instaurada ante este Tribunal el 20 de noviembre de 2017¹. El 22 de mayo de 2018² se admitió la demanda en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja y en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A³., a quienes les fue notificada, por lo que presentaron contestación en los siguientes términos:

1. Contestación de la demanda

1.1. Por parte del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴

¹ Ver folio 69 del expediente

² Ver folios 81 y 82 del expediente.

⁴Ver folios 89 a 99 del expediente

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Adujo que de conformidad con la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001 se dio la descentralización del sector educativo y desde entonces la demandada perdió la facultad de ente nominador, la cual la ostentan las entidades territoriales. Por su parte el Decreto 2831 de 2005 trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes a las entidades territoriales, por lo que la demandante carece de competencia y legitimidad para realizar dichas funciones.

Además, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A. y es a esta a quien le corresponde garantizar el patrimonio del fideicomitente. Entonces, por virtud del contrato de fiducia, es a la Fiduciaria a quien le corresponde gestionar y defender los intereses del patrimonio autónomo y responde por los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, tales como el pago de prestaciones sociales a los maestros afiliados al Fondo.

Indicó además que conforme al Decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuado a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas o la dependencia que haga sus veces.

En cuanto al fondo del asunto se opone a las pretensiones de la demanda en tanto el acto administrativo demandado fue expedido de acuerdo a la normatividad legal vigente.

Propuso como excepciones:

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA, por cuanto en virtud de la descentralización de la educación, las entidades territoriales expiden los actos de reconocimiento de prestaciones económicas y por ende allí no se encuentra involucrada la voluntad de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, sumado al argumento ya expuesto sobre la fiducia respecto del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

RECONOCIMIENTO Y TRÁMITE DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y no a cargo del Ministerio de Educación Nacional, quien en nada interviene para el efecto.

PRESCRIPCIÓN. Los derechos laborales prescriben en tres años, la cual debe ser decretada en caso de que las pretensiones sean prósperas.

1.2 Por parte de LA AFP PROTECCIÓN S.A.⁵

Basó su defensa en los siguientes presupuestos fácticos:

Que la demandante diligenció formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. el día 23 de febrero de 2001. Luego, realiza traslado automático entre administradoras de RAIS, afiliándose a PROTECCIÓN S.A el 20 de diciembre de 2004, con fecha de efectividad a partir del 1 de febrero según certificado de aplicativo SIAFP y formulario de afiliación. En consecuencia, la persona jurídica que tiene relación en materia pensional con la demandante es PROTECCIÓN S.A, fondo al cual la Gobernación de Boyacá realizó aportes hasta diciembre de 2014.

⁵ Ver folios 219 a 231 del expediente

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

En lo referente a la petición elevada por el apoderado de la parte demandante, el Fondo le dio respuesta el 24 de marzo de 2017 en el que le indicó la necesidad de una asesoría personalizada en razón a que su afiliación fue anterior al 26 de junio de 2001, por lo que la prestación ya reconocida por el FONPREMAG sería compatible con una otorgada por PROTECCIÓN S.A.

No obstante, con posterioridad a dicha respuesta, la demandante no se comunicó con PROTECCIÓN S, A, siendo dable afirmar que la AFP nunca negó el derecho a la demandante, sino que era necesario determinar que le era más favorable, si financiar su derecho pensional o proceder a la devolución de aportes.

Señaló que los trabajadores son libres para escoger su afiliación entre el régimen de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad. No obstante, dicha selección libre y voluntaria implica la renuncia a pertenecer al régimen anterior y el conocimiento de las diferencias que presentan los regímenes pensionales en Colombia.

En el régimen de ahorro individual con solidaridad el afiliado podrá pensionarse en cualquier edad siempre y cuando disponga de un capital acumulado en cuenta de ahorro individual que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo mensual vigente.

Sin embargo, cuando los afiliados no logran cumplir con los requisitos y están en imposibilidad de continuar aportando, tienen derecho a la devolución de saldos conforme al literal p del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Por su parte el artículo 66 de la misma norma señaló que la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual procede para aquellos afiliados de 62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres, que

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

no hayan podido cotizar el número mínimo de semanas exigidas o el capital acumulado necesario para financiar una pensión equivalente al salario mínimo mensual.

Entonces la finalidad de la devolución de saldos es remplazar la pensión de vejez, para que se beneficien de un porcentaje de los aportes consignados al sistema resguardando así el derecho a la seguridad social, luego no se trata de conveniencia sino de protección para aquellos que por edad están en incapacidad de trabajar.

Señaló que la Corte Constitucional ha indicado que la devolución de saldos es una prestación sustitutiva de la pensión de vejez, para aquellas personas que una vez hayan cumplido el requisito de la edad para pensionarse, pero no puedan seguir cotizando para obtener las mesadas pensionales, logren acceder a una prestación para costear sus necesidades básicas.

En lo que toca al régimen exceptuado de los docentes oficiales señaló que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda según se haya vinculado al servicio del público educativo antes o a partir de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, existiendo entonces dos situaciones a saber:

- La de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, que se rigen por las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha, sin que termine el 31 de julio de 2010.

- La de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 quienes se rigen por la Ley 100 de 1993 y por la Ley 797 de 2003, con requisito de edad unificado a 57 años.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

En efecto, para los docentes vinculados al servicio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, deben aplicarse las leyes que regulan el régimen de prima media con prestación definida, salvo la edad que son 57 años y para calcular las pensiones de vejez, invalidez o de sobreviviente, los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por el docente deberán acumularse a las semanas cotizadas en el régimen de prima media conforme a los artículos 13 y 33 de la Ley 100 de 1993.

Para casos como el estudiado, en que la docente fue nombrada antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 existe compatibilidad de las pensiones que otorga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con las que se encuentran contempladas en el Sistema General de Pensiones. Lo anterior implica que dichos docentes pueden optar, previo cumplimiento de requisitos, por una pensión vitalicia de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Estos últimos, que además ejercieron la docencia en el sector privado y efectuaron aportes al ISS con antelación y/o luego de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y/o lo hicieron a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del momento en que empezó a regir el Sistema General de Pensiones, tienen derecho a derivar también de este régimen legal la pensión de vejez que allí contempla, puesto que, en la hipótesis que se está desarrollando, el régimen pensional del Magisterio es un paradigma jurídico totalmente ajeno e independiente al que se acaba de hacer referencia, razón por la cual sus pretensiones, al tener una fuente autónoma, son compatibles con las que se tienen previstas en la Ley 100 de 1993.

2 Audiencia inicial

El día 24 de abril de 2019 se realizó audiencia inicial, en la que el Despacho surtió las etapas de saneamiento del proceso, resolución de excepciones, fijación del litigio y ante la inexistencia de pruebas por decretar, corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

3 Alegatos de conclusión.

3.1 Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante ⁶

En cuanto a los presupuestos fácticos señaló que se acreditó dentro del expediente que la demandante prestó su servicio como docente hasta el mes de enero de 2004, pero que después le fue concedida comisión no remunerada para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción, cargos dentro de los cuales realizó cotizaciones a un fondo privado de pensiones.

La citada comisión le fue terminada mediante resolución 490 del 13 de agosto de 2010 en la que además le aceptó la renuncia al cargo. De lo anterior se colige que su último año de prestación del servicio a la docencia transcurrió entre el 23 de agosto de 2009 y el 22 de agosto de 2010, toda vez que la situación administrativa en comisión permitía a la educadora no perder su clasificación en el escalafón ni su derecho a regresar al cargo, y sus salarios prestaciones sociales serían los asignados al respectivo cargo de la comisión. Lo anterior conforme a lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto 2277 de 1997.

Señaló que la entidad demandada mediante resolución No 490 del 17 de mayo de 2016 por medio de la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante tomó en consideración el tiempo de servicio comprendido entre el 30 de marzo de 1990 y el 23 de agosto de 2010 (hasta que terminó la comisión), pero el IBL lo estableció con la asignación mensual del 1 de enero al 31 de diciembre de 2003 y las doceavas de las prima de navidad, vacaciones, grado y alimentación.

⁶ Ver folios 291 a 294 del expediente

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

Reiteró que como la docente está excluida de la aplicación del sistema general de pensiones por haber sido nombrada antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, conforme a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 tiene derecho a que su pensión de jubilación sea equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, que como se demostró para el caso de la demandante, transcurrió entre el 23 de agosto de 2009 y el 22 de agosto de 2010 y en razón a que adquirió el status e pensionada el 12 de julio de 2012 se le debe indexar su primera mesada pensional.

Concluyó indicando que al haber estado la docente en comisión hasta el 22 de agosto de 2010 debió continuar afiliada al Fondo del Magisterio, pues este fue creado para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes y de ninguna manera por estar en comisión haberle exigido que debía afiliarse a un Fondo Privado. Por lo anterior, los aportes a pensión junto con los rendimientos que se generaron deben regresarse al Fondo del Magisterio para garantizar los recursos para la reliquidación de la pensión.

En caso de que se determine que existen mejores razones de orden jurisprudencial y legal y que por lo tanto no es procedente la reliquidación de la pensión del demandante, y teniendo en cuenta que Protección S.A. no se opuso a la devolución de saldos y rendimientos de los aportes a pensión, solicita se ordene la devolución de los mismos a la docente demandante.

3.2 Alegatos de conclusión presentado por la AFP PROTECCIÓN S.A.⁷

Reiteró los argumentos de defensa esbozados en el escrito de contestación de la demanda.

⁷ Ver folios 286 a 291 del expediente.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 152 numeral 2 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como el presente caso.

2. Problema jurídico y plan metodológico

El debate jurídico que debe resolver la Sala en el presente asunto, es si debe declararse la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones No 490 del 17 de mayo de 2016 y 00478 del 30 de mayo de 2017 proferidas por el Ministerio de Educación Nacional, para en su lugar ordenar la reliquidación de la mesada pensional de la docente demandante con lo devengado durante su último año de prestación del servicio.

Para resolver el problema jurídico, la Sala deberá despejar los siguientes interrogantes:

- ¿Cuál es el régimen pensional de los docentes al servicio de la educación oficial?
- ¿Cuáles son los efectos prestacionales para los docentes a los que se les ha conferido comisión de servicios para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción?
- A partir de lo anterior, se solucionará el caso concreto, dentro del cual se establecerá cuál es el último año de prestación de servicio de la demandante y si es dable ordenar el traslado de aportes del fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

3. Plan metodológico

Se resolverá en primera medida la excepción de falta de legitimación por pasiva y reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo el Fondo de Prestaciones Sociales el Magisterio propuestas por la entidad demandada; luego se establecerá el régimen pensional de la demandante y la determinación del IBL conforme a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019; posteriormente se analizará la situación administrativa de comisión de los docentes para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción y sus efectos prestacionales; finalmente se realizará la valoración probatoria y se resolverá el caso concreto.

4. De las excepciones de Falta de legitimación por pasiva y reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuestas por la entidad demandada.

Indicó la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que dentro del procedimiento para el reconocimiento de la prestación reclamada no se encuentra inmersa la voluntad de esta entidad, ya que por ley, esta obligación se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria, quien administra y paga con recursos del Fondo las obligaciones que en materia de prestaciones sociales reclamen los docentes afiliados al FOMAG.

Al respecto, considera la Sala que es **la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag**, conforme a las facultades que le ha conferido la Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la entidad que debe reconocer y pagar las prestaciones sociales a los

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

educadores, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual debe ser elaborado y firmado por el secretario de educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Por su parte el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 señaló 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.

Ahora bien, el ente territorial al cual el docente presta sus servicios no tiene competencia autónoma e independiente y mucho menos descentralizada en materia de reconocimiento de pago de pensiones. Lo anterior, obedece a que, si bien la suscripción del acto administrativo correspondiente la realiza el respectivo secretario de educación territorial, tal actuación la despliega investido de la facultad que por virtud de la Ley le ha delegado la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En definitiva, que el Fondo carezca de personería jurídica es la razón por la cual se dirige la demanda a la Nación - Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En conclusión, la pensión de jubilación debe ser reconocida y pagada por la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien se encuentra legitimado en la causa por pasiva, en últimas, porque ha sido el mismo

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, quien le atribuyó la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes⁸.

Ahora bien, en cuanto a la fiduciaria **LA PREVISORA**, se precisa que si bien, es concebida como una sociedad de economía mixta, que al tenor del numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 pertenece al sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, y por tal motivo pertenece al derecho público aunque se rige por el régimen privado ya que está sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, en atención a que la participación del Estado es superior al 90%, también lo es, que ésta no ejerce autoridad pública en lo que respecta al estudio y posterior decisión sobre el pago de las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la **FIDUPREVISORA**, y las obligaciones contenidas en el contrato de fiducia, se infiere que aquella no tiene aptitud jurídica para resolver solicitudes que ante ésta se elevan por concepto de pago de prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado, toda vez que, se insiste, quien ostenta la atribución legal para desatar tales pedimentos es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que reemplaza a los empleadores públicos en el pago de pensión de jubilación a los docentes.

En esa dirección, es factible inferir que una cuestión es el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, y otra muy diferente, es el desembolso de los dineros por concepto de aquellos, pues la **FIDUPREVISORA**, solo realiza esta última actividad, porque su función administrativa, está relacionada exclusivamente a ser la administradora de los recursos dados en fiducia por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, quien a

⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 63001233300020140014301 (41872015), Nov. 18/16.Vonsejera Ponente: Sandra Lisett Ibarra.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

su vez, verifica la existencia de la respectiva disponibilidad presupuestal para efectuar el pago, por tal motivo, el titular de la obligación o responsable en el pago o no de los emolumentos prestacionales, en este caso de la prestación social reclamada, es el citado Fondo, por ser quien resuelve si le asiste el derecho o no al docente de percibir aquellos factores.

En razón a ello, se advierte que la obligación que cumple el Fondo es de resultado, en el sentido, que éste es el competente y en últimas responsable de resolver de fondo las solicitudes de reconocimiento y pago de derechos prestacionales, y por el contrario, la obligación de la FIDUPREVISORA S. A., es de medio, por cuanto ésta solo ejecuta la voluntad del fondo plasmada en el acto administrativo de reconocimiento y pago, esto es, desembolsar únicamente el valor de las prestaciones sociales conforme con la Ley 91 de 1989, en las cuentas de los docentes vinculados al fondo, sin perjuicio de su deber de impartir la respectiva aprobación al proyecto de acto administrativo y devolverlo al secretario de educación para su expedición y notificación⁹.

En consecuencia, los medios exceptivos propuestos no prosperan.

5. Del régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

- Ley 100 de 1993

⁹ Postura acogida por la H. Corte Constitucional en Sentencia SU – 014 de 2002, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, en los siguientes términos: “Pero lo anterior no exime a la Fiduciaria de su deber de limitarse a cumplir con su obligación de poner un visto bueno a la liquidación y devolver los expedientes a la oficina coordinadora del Fondo, porque, como ella misma lo ha reconocido, **solo tiene obligaciones de medio** y, si nada le compete respecto de la emisión del acto administrativo en curso, no le es permitido impedir que éste sea dictado”.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.”

Lo anterior implica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedan exceptuados del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993,¹⁰ quienes se encuentran regidos por lo previsto en la Ley 91 de 1989, que al respecto, señaló:

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a

¹⁰ **ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

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.

2. Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos.

(...)

Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

(negrilla y subraya fuera de texto)¹¹

Al efecto, el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional en su momento, era el establecido en la Ley 33 de 1985, ya que ellos no cuentan con un régimen especial de pensiones, diferente es, que ostenten especialidad en cuanto al reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, pero ello no implica por sí, que su régimen pensional de jubilación tenga el carácter de especial.

Finalmente el Acto Legislativo No 01 de 2005, ratificó la existencia de dos regímenes pensionales para los docentes del sector educativo oficial, a saber, **el régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** – aplicable a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 - y **el régimen de prima media** – aplicable a los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cuya pensión se determinará de acuerdo a los

¹¹ Ello en concordancia con el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 que señaló 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 cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial”.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

requisitos exigidos por la ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, pero con edad tanto para hombres como mujeres de 57 años de edad.

5.1. De la pensión ordinaria de jubilación para docentes cobijados por la Ley 33 de 1985

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 estableció:

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

El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 estableció:

“**ARTÍCULO 1°.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes” **(negrilla y subrayas fuera de texto)**

Lo anterior, teniendo en cuenta además que el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 preceptuó que los aportes se realizarán por los docentes sobre el 5% del sueldo básico mensual, y por

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

la Nación sobre el 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes¹².

Ahora bien, en lo que toca al Ingreso Base de liquidación para establecer el monto de la mesada pensional, procederá la Sala a analizar el criterio adoptado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹³, en la que con respecto al régimen pensional aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, indicó:

“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados¹⁴, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985¹⁵.”

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la pensión, afirmó la corporación en cita:

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.

Entonces, al determinar que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, es el de las Leyes 33 y 62 de 1985, procedió el Consejo

¹² **ARTÍCULO 8.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.

(...)

El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.

¹³ Sentencia de unificación fechada del 25 de abril de 2019 - SUJ-014 -CE-S2 -2019 – Magistrado Ponente: Cesar Palomino Cortés. Expediente: 680012333000201500569-01 Demandante: Abadía Reynel Toloza Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

¹⁴ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

¹⁵ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

de Estado a definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985, indicando:¹⁶

“En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

La subregla que fijó la Sala Plena, se apoyó en los siguientes argumentos:

“La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

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

¹⁶ Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 – Magistrado Ponente: Cesar Palomino Cortés. Expediente: 680012333000201500569-01 Demandante: Abadía Reynel Toloza Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag -

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base”.

Señaló el Consejo de Estado que pese a que no se trata de casos con identidad fáctica, en tanto se analiza el caso de una docente nacionalizada no inmersa en régimen de transición de Ley 100 de 1993 por no serle aplicable dicha norma, debe tenerse en cuenta que dicha sentencia del 28 de agosto de 2018 fijó el criterio de interpretación sobre los factores para la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos cobijados por la Ley 33 de 1985, y por ende, acoge dicha postura, sentando entonces jurisprudencia frente a al caso de los docentes de la siguiente manera:

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

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

que: “*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE*”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, 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.**

6. De la comisión de servicios para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción a los docentes oficiales y sus efectos prestacionales

El artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, reguló las comisiones de los docentes en los siguientes términos:

*“Artículo 66°.- Comisiones. El educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. **En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones.***

(...)

El salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo.

El tiempo que dure la comisión será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón. Si la designación para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple, el educador se considerará retirado del servicio activo en la docencia.”

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

La comisión de servicios para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción es entonces una situación administrativa en virtud de la cual el docente es autorizado por su entidad nominadora, para ejercer temporalmente funciones o actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.

No obstante, dicha autorización se realiza por la entidad respectiva mediante acto administrativo, y constituye este un requisito para conservar los derechos de carrera administrativa una vez sea terminado el ejercicio de las funciones para el que fue nombrado en el cargo de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, según la precitada norma, el docente devengará el salario del cargo de libre nombramiento y remoción y en cuanto a los efectos prestacionales, el Consejo de Estado ha señalado que debe tenerse en cuenta que el ejercicio de las actividades estatales de manera transitoria no provoca desvinculación de la entidad nominadora, pero debe tenerse en cuenta que la remuneración corresponde al empleo para el cual es asignado y sus prestaciones deben ser proporcionales a la cantidad y calidad del trabajo que exige el mismo. Indicó entonces el alto tribunal:

“La comisión para desempeñar otro empleo público implica atender labores estatales en forma transitoria, diferentes a las propias del cargo del que se es titular, sin que ello provoque una desvinculación de la entidad nominadora y el comisionado tendrá derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo para el cual es asignado, pues de lo contrario se atentaría contra principios mínimos laborales constitucionales, entre otros, al de percibir una retribución económica acorde con la calidad y cantidad de trabajo, en los términos del artículo 53 de la Constitución Política¹⁷.

Además, en el caso de los docentes se ha aclarado que cuando el inciso tercero del artículo 66 del Decreto 2277 de 1979, prescribe que “*el salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo*”, se refiere al sueldo y a las prestaciones sociales del cargo que se ejerce en comisión, ya que ésta no es una delegación de funciones, sino que implica el ejercicio pleno

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Sentencia de 18 de mayo de 2006, Radicación No.: 63001-23-31-000-2002-01017-01(4557-05), Actor: Carlos Arturo Giraldo Aristizabal.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

del cargo en comisión, y en consecuencia su remuneración y carga prestacional debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo que exige el mismo¹⁸.

En este orden de ideas, los salarios devengados por la actora mientras desempeñaba un empleo de libre nombramiento y remoción bajo la figura de la Comisión deben tenerse en cuenta para efectos pensionales, pues de lo contrario se le estaría obligando a renunciar a un salario y sus repercusiones prestacionales, pese a que desempeñó las funciones propias del empleo e inclusive continuó vinculada con el mismo empleador, es decir la Secretaría de Educación de Bogotá.”¹⁹

Conforme al régimen pensional estudiado, los docentes al servicio de la educación oficial nombrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 – como es el caso de la demandada – deben obtener el reconocimiento de su mesada pensional con las previsiones de las Leyes 33 y 62 de 1985, tomando en cuenta el 75% de lo devengado durante el último año de prestación del servicio con lo factores salariales enlistados de manera taxativa en la Ley 62 de 1985.

Y en lo que toca al último año de prestación del servicio, si este fue laborado en un cargo de libre nombramiento y remoción, en virtud de comisión de servicios otorgada por el nominador, debe ser este periodo el que se debe tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta los salarios allí devengados.

7. Valoración probatoria y caso concreto

7.1. De las pruebas obrantes en el plenario

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, Sentencia de 15 de noviembre de 2007, Radicación No.: 25000-23-25-000-2002-06957-01(0926-06), Actor: Jose Vicente Quiñonez Ramírez.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION B - Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ (E) sentencia fechada del veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-0063201(0680-13) Actora: LUZ MARINA ALVAREZ SUAREZ

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

Consta en el expediente que la señora Fabiola Victoria Higuera de Sáenz prestó sus servicios al Estado colombiano, de la siguiente manera:

En la Caja de Previsión Social de Boyacá como auxiliar administrativo desde el 6 de noviembre de 1978 hasta el 5 de marzo de 1981.

En la Caja de Previsión Social de Boyacá como Kardista desde el 16 de marzo e 1981 hasta el 21 de agosto de 1985

En la Caja de Previsión Social de Boyacá como almacenista, desde el 20 de enero de 1987 hasta el 30 de marzo de 1990.

Durante estos periodos realizó cotizaciones al Fondo Territorial de Pensiones.²⁰

Como docente de carácter departamental, prestó sus servicios en el Colegio Departamental de Sutamarchán desde el 30 de marzo de 1990 hasta el 21 de enero de 1993 y en la Escuela Normal Superior Leonor Álvarez Pinzón desde el 22 de enero de 1993 hasta el 23 de agosto de 2010, fecha en que presentó renuncia al cargo.²¹ Sin embargo, a partir del 22 de enero del año 2001, la Secretaría de Educación de Boyacá concedió comisiones a la demandante para el ejercicio de cargos del libre nombramiento y remoción en el Departamento de Boyacá, de la siguiente manera²²:

²⁰ Ver folio 26 del expediente.

²¹ Ver folio 21 del expediente.

²² Ver folios 21 a 23 del expediente.

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Fabiola Victoria Higuera de Sáenz
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja
Expediente : 15000-23-33-000-2017-00933-00

- Subsecretario de despacho código 045 grado 04 de la Subsecretaría de Educación de la Secretaría de Educación de Boyacá, desde el 15 de enero hasta el 22 de junio de 2001, **realizando aportes a pensión al Fondo de Pensiones Horizonte.**²³
- Gerente del Instituto de Juventud y Deporte de Boyacá desde el 5 de julio de 2001 hasta el 12 de agosto de 2002 **realizando aportes a la Caja Nacional de Previsión.**
- Director Administrativo Código 009 grado 09 asignado para la Dirección para la mujer y la familia de la secretaria para la mujer y el bienestar social desde el 9 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre del mismo año.
- Director Administrativo nivel directivo código 009 grado 17, asignado a la dirección de grupos poblacionales de la secretaria de desarrollo humano, desde el 1 de enero de 2005 hasta el 31 de agosto de 2006.
- Director Administrativo código 009 grado 17 de la dirección de cultura de la secretaria de cultura y turismo desde el 31 de agosto de 2006 hasta el 7 de noviembre de 2007. (Durante este periodo estuvo encargada de funciones de secretario de cultura y turismo de Boyacá, del 2 al 16 de mayo de 2007).
- Secretario de despacho código 020 grado 25 asignado a la secretaria de cultura y turismo de Boyacá desde el 8 de noviembre de 2007 hasta el 2 de marzo de 2008.

Es de anotar que durante estos periodos (9 de enero de 2004 hasta el 2 de marzo de 2008), la demandante cotizó al Fondo de Pensiones Protección.²⁴

- Director administrativo código 009 grado 17 asignado a la Casa del Menor Marco Fidel Suárez desde el 3 de marzo de 2008 hasta el 5 de enero de 2012. **Durante este periodo, la demandante cotizó a ING pensiones y cesantías.**²⁵

²³ Ver folios 22 y 36 del expediente.

²⁴ Ver folio 36 del expediente

²⁵ Ver folio 46 del expediente.

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Fabiola Victoria Higuera de Sáenz
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja
Expediente : 15000-23-33-000-2017-00933-00

- Director administrativo código 009 grado 17 asignado a la Dirección de Participación y Administración Local de la Secretaría de Participación y Democracia, desde el 6 de enero de 2012 hasta el 6 de febrero de 2012.
- Director Administrativo código 009 grado 5 de la planta globalizada de la Administración global de la Gobernación de Boyacá desde el 7 de febrero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014. En este periodo estuvo encargada de Secretario de Despacho Código 020 grado 10 de la Secretaría de Participación y Democracia (desde el 1 de agosto al 1 de noviembre de 2012).

Durante estos periodos (6 de enero de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2014) la demandante cotizó a Pensiones Protección.²⁶

El alcalde mayor de Tunja mediante Decreto No 290 del 13 de agosto de 2010 decidió dar por terminada a partir el 23 de agosto de 2010 la comisión no remunerada concedida a la docente Fabiola Higuera de Sáenz y a su vez aceptó, a partir de la misma fecha, la renuncia presentada por la docente a su cargo de la planta global de la secretaría de educación municipal.²⁷

Mediante Decreto No 978 del 14 de noviembre de 2014, el Gobernador del Departamento de Boyacá, aceptó renuncia presentada por la demandante al cargo de director administrativo código 09 grado 05, asignado a la Dirección de Participación y Administración Local de la Secretaría de Participación y Democracia a partir del 1 de enero de 2015.

²⁶ Ver folio 36 de expediente

²⁷ Ver folios 50 y 51 del expediente.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

Mediante resolución No 00490 del 17 de mayo de 2016 el secretario de educación del municipio de Tunja, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, ordenó reconocer y pagar a la demandante pensión de jubilación por cuotas partes por valor de un millón ciento treinta y ocho mil setecientos noventa y tres pesos m/cte, efectiva a partir del 12 de julio de 2012,²⁸ para lo cual tuvo en cuenta lo siguiente:

- Fecha status: 11 de julio del año 2012, cuando cumplió 55 años de edad, toda vez que nació el 11 de julio de 1957.
- Para dicha fecha, contaba con 20 años, 4 meses y 24 días de servicio en forma discontinua.
- Tuvo en cuenta como factores de liquidación la asignación básica, la prima de alimentación, la prima de grado, la prima de navidad, la prima de vacaciones.
- Estableció que el valor de la mesada será promediada conforme al tiempo laborado en cada entidad, por tanto ordenó liquidar los aportes pensionales que resulten del tiempo de servicio comprendido entre el 6 de noviembre de 1978 al 5 de marzo de 1981; del 16 de marzo de 1981 al 21 de agosto de 1985; del 16 de enero de 1987 al 30 de marzo de 1990, con cargo a la Caja de Previsión Departamental, hoy, Fondo Territorial de Pensiones de Boyacá, debido a que ese tiempo no hizo parte del corte de cuenta establecida en la ley de 1989 y el Ministerio de Educación Nacional, el prestado posteriormente hasta el 23 de agosto de 2010.²⁹
- El 16 de marzo de 2017 la demandante, por intermedio de apoderado judicial, solicitó a la entidad demandada, reliquidar la pensión de jubilación a la demandante, con el 75% del ingreso base de liquidación del del último año de servicio – 1 de

²⁸ Ver folios 16 y 17 del expediente.

²⁹ Ver folios 18 a 20 del expediente

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

enero al 30 de diciembre de 2014 – teniendo en cuenta la prima de vacaciones, prima de servicio, prima de navidad, bonificaciones y demás emolumentos devengados durante dicho periodo.³⁰

- La petición fue resuelta de manera negativa mediante resolución No 00478 del 30 de mayo de 2017 indicando:

“La secretaria de Educación de Tunja mediante resolución No 00490 del 17 de mayo de 2016, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la docente FABIOLA VICTORIA HIGUERA DE SÁENZ, identificada con cédula de ciudadanía No 28.468.707 expedida en Valle de San José (Santander), con vinculación DEPARTAMENTAL, donde se liquidó su pensión de vejez con el último año de servicio (año 2003), y se contabilizó para calcular la base de liquidación de la prestación: Asignación básica y prima de alimentación, prima de grado, prima de navidad y prima de vacaciones, acorde a la hoja de liquidación expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A, a partir del 12 de julio de 2012, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada por edad (...)

Con la entrada en vigencia del Decreto 3752 de 2003, reglamentario del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, artículo 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 se estableció como ingreso base de liquidación y cotización de las prestaciones sociales, que la base de liquidación de las prestaciones sociales causadas con posterioridad a la Ley 812 de 2003, a cuyo pago de encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente

Frente a la solicitud realizada por la docente a través de apoderado, una vez revisados los documentos de su hoja de vida y los aportados con la petición, se observó que no le asiste razón para acceder a su petición por los siguientes argumentos:

La Docente FABIOLA VICTORIA HIGUERA DE SÁENZ, identificada con la cédula de ciudadanía No 28.468.707 se retiró el 23 de agosto de 2010 y adquirió estatus el 11 de julio de 2012, por tal motivo su retiro fue anterior al cumplimiento del estatus.

El tiempo fue tenido en cuenta para trámite de la pensión de jubilación, es de aclarar que la reliquidación se da una vez el docente se retira del servicio definitivo estando pensionado, el cual considere en realizar liquidación sobre los últimos salarios devengados por la docente al retiro.

Como consecuencia de la solicitud, se observó que mediante hoja de revisión la Fiduprevisora devuelve el expediente con la observación NEGADA, por las razones expuestas anteriormente”

7.2. Solución al caso concreto

Se trata entonces de la docente Fabiola Victoria Higuera de Sáenz, quien fue vinculada al servicio de la docencia en el año de 1990, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual, según la sentencia de unificación analizada en este fallo, se

³⁰ Ver folios 53 a 55 del expediente

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

encuentra cobijada por el régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que cumple con los presupuestos para su reconocimiento.

En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, 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.**

Ahora bien, en el presente caso, es dable reiterar, que el tiempo durante el cual la docente demandante estuvo en comisión para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción no ocasiona la pérdida de los derechos salariales y prestacionales que la cobijaron como docente de carrera administrativa, razón por la cual, toda vez que el último año de servicios previo al retiro de la docencia fue laborado por la docente en un cargo de libre nombramiento y remoción, previa comisión de servicios otorgada por el nominador, debe ser este periodo el que se debe tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta los salarios allí devengados.

En consecuencia, el reconocimiento y liquidación de la mesada pensional no se hicieron conforme a las normas y jurisprudencia estudiadas, porque en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación - Resolución No 00490 del 17 de mayo de 2016

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

- tuvo en cuenta el tiempo de servicios comprendido entre el 30 de marzo de 1990 hasta el 23 de agosto de 2010, pero el ingreso base de liquidación lo estableció con lo devengado en el año 2003 según lo indicado en la resolución No 00478 del 30 de mayo de 2017, porque fue hasta este año que la demandante realizó cotizaciones ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No obstante, debió hacerlo con el 75% de lo devengado durante el último año de prestación del servicio, que para el caso fue entre el 24 de agosto de 2009 y el 23 de agosto de 2010, fecha en la que la Alcaldía Mayor de Tunja, le aceptó su renuncia al cargo de docente de carrera administrativa.

En otras palabras, si bien la demandante, entre el 24 de agosto de 2009 y el 23 de agosto de 2010 se encontraba ejerciendo el cargo de Director administrativo código 009 grado 17 asignado a la Casa del Menor Marco Fidel Suárez, lo cierto es, que dicho cargo lo ejercía por otorgamiento de la comisión de servicios que hiciera el municipio, y por ello la demandante nunca perdió sus derechos de carrera administrativa, así como tampoco es dable por virtud de la misma comisión obviar los salarios y factores devengados en dicha época para la liquidación de su mesada pensional, ya que ello implicaría, obligarla a renunciar a las repercusiones prestacionales del ejercicio del cargo de libre nombramiento y remoción.

7.2.1. Del traslado por parte de la demandante a un Fondo Privado de Pensiones

Es cierto que con posterioridad al año 2003, luego de que a la demandante se le otorgara la comisión de servicios para el ejercicio de los diferentes cargos de libre nombramiento y remoción por ella ejercidos, empezó a cotizar al hoy Fondo de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN S.A**, lo cual no implicó la pérdida de su carácter docente vinculada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

En consecuencia, se considera que estando la docente demandante vinculada en carrera administrativa en el cargo de docente de la Secretaría de Educación del Municipio, los aportes al sistema de pensiones, debieron continuar realizándose al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a un fondo privado, pues ella no había perdido los derechos que la carrera administrativa le otorgaban y a su vez se encontraba cobijada por las disposiciones que en materia pensional estableció la Ley 91 de 1989, norma esta, que señaló:

“**ARTÍCULO 2.** De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(...)

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

PARÁGRAFO. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.”

Por su parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Subraya fuera de texto)

Nótese que al estar la demandante afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es a este a quien le corresponde pagar sus prestaciones sociales, motivo por el cual, estando afiliada por ser una docente de carrera administrativa, el ejercicio de cargos

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

de libre nombramiento y remoción previo otorgamiento de la comisión, no le hacía perder tales derechos, razón por la cual, la entidad territorial debió continuar realizando los aportes a este Fondo aún en el ejercicio de la referida situación administrativa, pues no se trató de una docente oficial que hubiese presentado renuncia al cargo, para desempeñarse en otro empleo público.

Ahora bien, conforme al citado artículo 279 de la Ley 100 de 1993 las prestaciones reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración, y de ahí, que el Fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A, también demandado en este proceso, haya afirmado que la pensión ya reconocida por el Fondo a la demandante en aplicación de la Ley 91 de 1989, es compatible, con una pensión que puede ser otorgada por la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del ejercicio de la docencia en el sector privado

Pese a lo anterior, considera la Sala que la referida disposición en materia de compatibilidad de pensiones no es aplicable al caso de la demandante, por cuanto las cotizaciones realizadas al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A, no lo fueron en virtud del ejercicio de una actividad totalmente independiente al de la docencia, sino que son fruto del ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción en el sector público pero con otorgamiento previo de comisión de servicios, situación administrativa que a la postre entiende que la docente se separa temporalmente de su cargo para ejercer otro cargo fuera de la sede, pero que en todo caso continua siendo docente vinculada a su planta y con los mismos derechos prestacionales que de ello se deriva.

De otra parte, nótese que el artículo 15 de la misma Ley 81 de 1989 estableció:

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Fabiola Victoria Higuera de Sáenz
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja
Expediente : 15000-23-33-000-2017-00933-00

“**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:

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)

2. Pensiones:

(...)

Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

En consecuencia, por virtud de la norma transcrita, siendo la docente demandante de aquellas que se vinculó con posterioridad al 1° de enero de 1990, para efectos del reconocimiento de sus prestaciones se rige por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional – que para el caso de pensiones es la Ley 33 de 1985 – teniendo derecho al reconocimiento de una sola pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año de servicios, **de donde se colige que no es dable establecer la compatibilidad de pensiones alegada por el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A, porque la docente demandante al encontrarse vinculada en carrera administrativa en la docencia, hasta el 23 de agosto de 2010, sus aportes a pensión, debieron realizarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Y es que finalmente, debe acotar la Sala, que una vez la demandante ingresó a la carrera administrativa docente en el año de 1990 obligatoriamente tuvo que afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y así debió permanecer mientras conservó la titularidad de su cargo hasta el 23 de agosto de 2010, **pues no era dable afirmar que**

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Fabiola Victoria Higuera de Sáenz
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja
Expediente : 15000-23-33-000-2017-00933-00

siendo docente de carrera administrativa, por virtud de la comisión de servicios, podía voluntariamente trasladarse a un fondo privado.

Entonces, si bien la afiliación al Fondo Privado se hizo por petición de la demandante, lo cierto es que la norma en cita no se lo permitía, pues debió continuar realizando los aportes con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras mantuviera la titularidad del cargo de docente.

Por lo anterior, considera la Sala que la Secretaría de Educación de Tunja debió advertir a la demandante sobre los efectos salariales y prestacionales de la comisión, informándole que era su deber continuar aportando al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque continuaba siendo docente de planta de dicha entidad y no podía elegir de manera voluntaria un nuevo fondo pensional, en tanto mientras continuara vigente su vínculo con la Secretaría de Educación, debía permanecer afiliada a su fondo de pensiones.

Por lo anterior, la Sala declarará la nulidad de la resolución No 478 del 30 de mayo de 2017, y la nulidad parcial de la resolución No 0490 del 17 de mayo de 2016, al encontrar que si bien el reconocimiento se hizo tomando como base las cotizaciones realizadas por la docente demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – que tuvieron lugar solo hasta el año 2003 – lo cierto es, que ello obedeció a que a la docente demandante se le permitió una nueva afiliación al fondo privado, que no podía realizar mientras tuviera la titularidad de un cargo docente.

7.2.2. Del restablecimiento del derecho

Se ordenará entonces la reliquidación de la mesada pensional de la demandante, debiendo PROTECCIÓN S.A trasladar los aportes de la demandante de manera indexada, al Fondo

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que fueron cotizados hasta el 23 de agosto de 2010, fecha en que la demandante renunció a su cargo de docente de planta de la entidad.

Entonces, se tiene que durante el último año de prestación del servicio de la demandante a la entidad demandada – 24 de agosto de 2009 al 23 de agosto de 2010, devengó y cotizó al sistema de pensiones sobre los siguientes emolumentos:

- Asignación básica
- Bonificación por servicios prestados
- Prima de servicios
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones

De acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mesada pensional de los docentes vinculados al servicio oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son los taxativamente enlistados en el artículo 1 de La Ley 62 de 1985, es decir, **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.**

Se colige entonces que a la demandante le asiste derecho a que su mesada pensional sea reliquidada con el 75% de lo devengado entre el 24 de agosto de 2009 y el 23 de agosto de 2010, con la inclusión de la asignación básica y una doceava de la bonificación por servicios prestados, sobre los que además se evidencia que la demandante realizó las respectivas

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.³¹ Los demás emolumentos devengados no constituyen factor salarial, según lo establecido en el la Ley 62 de 1985, por lo que no serán reconocidos. Es dable

7.2.3. De la Devolución de saldos a la demandante

Ahora bien, es dable aclarar que si bien el último año de servicio prestado por la demandante al Estado lo fue entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2014, lo cierto es que la Sala está accediendo a las pretensiones en razón a que mientras la docente demandante estuvo en comisión de servicios para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción mantuvo intactos sus derechos prestacionales derivados de la carrera administrativa, pero como ella presentó renuncia al cargo del cual era titular a partir del 23 de agosto de 2010, se considera que es hasta ese momento que la cobijan los derechos propios de los docentes de carrera administrativa.

No obstante, los aportes hechos al fondo privado con posterioridad al 23 de agosto de 2010 no son tenidos en cuenta para la reliquidación de su mesada pensional. Sin embargo, respecto de los mismos no se accederá a su devolución conforme lo pedido por la parte actora en su demanda, porque dicha consecuencia no se deriva de la declaratoria de nulidad de los actos demandados. En otras palabras, la devolución de saldos no puede constituir el restablecimiento de la nulidad de actos proferidos por Ministerio de Educación Nacional, porque dichos actos no se refirieron a tal situación.

En consecuencia, no se accederá a la devolución de saldos realizados por la demandante con posterioridad al 23 de agosto de 2010.

³¹ Ver folios 47 y 48 del expediente

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

8. De la prescripción

El término prescriptivo de las prestaciones sociales es de tres años, el cual, puede ser interrumpido por un lapso igual con el simple reclamo escrito del trabajador.

El reconocimiento de la pensión de jubilación a la docente demandante lo fue mediante resolución No 00490 del 17 de mayo de 2016.

Mediante escrito presentado el 16 de marzo de 2017, la demandante solicitó ante la demandada la reliquidación de su mesada pensional, y el 22 de noviembre de 2017 presento la demanda, de donde se infiere que entre la fecha del reconocimiento y la de la reclamación no transcurrieron más de tres años, por lo que no operó el fenómeno prescriptivo.

9. De los descuentos por aportes

Teniendo en cuenta que la liquidación de las pensiones debe realizarse sobre los factores respecto de los cuales se hubiese realizado cotización, esta Sala ordenará que si sobre el factor incluido en esta sentencia – 1/12 de la bonificación por servicios prestados - **no se realizó el respectivo descuento**, se realice de conformidad con las normas vigentes respecto de los últimos cinco años contados a partir de la ejecutoria del fallo, o desde la fecha en que el demandante se retire del servicio, lo que ocurra primero porque respecto a las cotizaciones anteriores ha operado la prescripción extintiva. No obstante, el monto de los descuentos no puede superar la condena atendiendo a la condición de adulto mayor con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

10. Costas y agencias en derecho

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

Conforme a lo preceptuado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, se condenará en costas a la demandada por resultar vencida en el proceso y además por cuanto las mismas al tenor de lo dispuesto en el numeral 8 del C.G.P se encuentran causadas dentro del expediente.

Al efecto, en lo que toca a las agencias en derecho, las mismas se encuentran causadas, toda vez que la demandante debió contratar los servicios de un abogado a fin de acudir a esta jurisdicción a reclamar la reliquidación de su mesada pensional.

En lo tocante a costas, se evidencia que la parte debió sufragar los gastos de notificación de las entidades demandadas por lo que deben ser reconocidas.

Las mismas se liquidarán por la secretaría de esta corporación conforme a lo dispuesto por el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de “falta de legitimidad por pasiva” y “reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” y “prescripción” propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

SEGUNDO. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 00478 del 30 de mayo de 2017 por medio de la cual la Nación -Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, **y la nulidad parcial** de la Resolución No 00490 del 17 de mayo de 2016 por medio de la cual la misma entidad ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión de vejez de la señora Fabiola Victoria Higuera de Sáenz identificada con cédula de ciudadanía No 28.468.707 de Valle de San José Santander, a partir del 12 de julio de 2012 -fecha de status - , teniendo en cuenta el promedio del 75% de los siguientes factores: **asignación básica, y 1/12 de la bonificación por servicios prestados**, devengados durante el último año de prestación del servicio, comprendido entre el 24 de agosto de 2009 al 23 de agosto de 2010, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

A la pensión liquidada la demandada aplicará los reajustes de ley y pagará **las diferencias resultantes** con efectos fiscales a partir del **12 de julio de 2012**.

CUARTO. Para dar cumplimiento a la presente orden, el **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A** trasladará al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los aportes hechos por la demandante hasta el 23 de agosto de 2010. El traslado de dichos aportes se hará de manera indexada a la fecha en que se haga efectivo.

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

QUINTO. La entidad demandada reajustará anualmente la mesada pensional de la demandante conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 o las normas que la modifiquen.

SEXTO. Actualícese la condena mes a mes con base al IPC de conformidad con lo preceptuado por el inciso 4º del artículo 187 del CPACA. Asimismo, se deberán reconocer intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO. De la condena, la entidad deberá descontar de manera indexada los aportes para pensión que corresponda realizar respecto de los últimos cinco años contados a partir de la fecha en que el demandante se retiró del servicio, porque respecto a las cotizaciones anteriores ha operado la prescripción extintiva, siempre que los mismos no se hubiesen realizado y sin que dicho descuento pueda superar el valor total de esta condena.

OCTAVO: Condenar en costas a la Nación Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Liquidense por secretaría conforme a lo dispuesto por el artículo 366 del C.G.P.

NOVENO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Fabiola Victoria Higuera de Sáenz
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja
Expediente : 15000-23-33-000-2017-00933-00

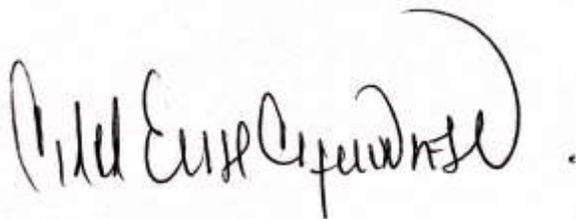
DÉCIMO: En firme esta Sentencia por Secretaría archívese el expediente, previas anotaciones y constancias a que haya lugar.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión virtual de la Sala Segunda de Decisión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

Medio de control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Fabiola Victoria Higuera de Sáenz**
Demandado : **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Tunja**
Expediente : **15000-23-33-000-2017-00933-00**

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'J' followed by the letters 'A', 'F', 'O', and 'S' in a cursive script.

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado