



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE DUITAMA**

Duitama, veintidós (22) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE: **MARIA EVELIA HERNANDEZ BONILLA**
DEMANDADO: **LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**
RADICACIÓN: **152383333001-2018-00053-00**

MEDIO DE CONTROL

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, mediante apoderada, por la señora MARIA EVELIA HERNANDEZ BONILLA, en contra de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Pretende la demandante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 367 del 04 de diciembre de 2015, por medio de la cual se ordena el reconocimiento de una reliquidación de pensión de jubilación a la demandante.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reliquide y pague la pensión de la demandante con el 75% promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio, que se ordene pagar a la actora las diferencias entre lo que se reconoció y lo que se debió reconocer desde la consolidación del derecho hasta cuando se incluya en nómina su pago.

Finalmente solicita que se ordene el pago indexado de las sumas adeudadas, al reconocimiento de los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia y al cumplimiento de la misma en los términos del artículo 192 del CPACA.

2. Fundamentos Fácticos:

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Manifiesta que la actora prestó sus servicios como docente al servicio de la docencia por más de veinte años, motivo por el cual le fue reconocida una pensión de jubilación.

Adiciona que la entidad demandada MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, omitió tener en cuenta todos los factores devengados por la demandante en el año anterior al retiro del servicio.

2.1. Normas Violadas y Concepto de Violación.

La apoderada de la demandante indica como normas transgredidas las leyes 33 y 62 de 1985, 781 de 1988 y 91 de 1989, así como los Decretos 1045 de 1978 y 1060 de 1989.

El concepto de violación se sintetiza en que los actos atacados desconocen las garantías laborales de los docentes que se han vinculado con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, ya que las pensiones deben ser liquidadas con la totalidad del promedio que arrojen todos los factores salariales devengados, no solo aquellos que se encuentran taxativamente descritos en la nueva norma.

Indica que igualmente se desconoce la Ley 33 de 1985 que no solo relaciona de forma enunciativa unos factores salariales que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones sociales aplicable al servicio docente, sino que también estableció requisitos como monto y tiempo que debía tenerse en cuenta al momento de realizar la liquidación por parte de las entidades pagadoras.

Adicionalmente indica que, en el caso de la accionante debe tenerse en cuenta como factor salarial no solo la remuneración ordinaria, sino también todo lo que en efecto le fue entregado al trabajador y que se haya certificado, sumas que de la misma forma deben encontrarse incorporadas en la liquidación de su pensión de jubilación, omisión que de forma amañada realizó la entidad accionada al desconocer la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.

Finaliza sus argumentos de demanda en la exposición de aplicación de las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado, como quiera que con sentencia del 4 de agosto de 2010 y ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila se ratificó la posición de que los factores salariales no son solo los que se incorporan en la norma de forma taxativa y no se impide la inclusión de otros conceptos que hayan sido efectivamente devengados por el trabajador en el último año de prestación de servicios.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del **Primero (1°) de marzo de 2018** (fls.95-96).

Por auto del **veinte (20) de septiembre de 2018** se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial, para el día dieciocho (18) de octubre de 2018 (fl.133).

La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la entidad accionada y las decretadas de oficio, y se fijó fecha para la recepción de las mismas (fls.174 a 177).

Se celebra audiencia de pruebas el día 29 de noviembre de 2018.

3.1. Contestación de la demanda.

Encontrándose en curso el término legalmente concedido, la entidad accionada presentó contestación de la demanda mediante apoderado judicial, oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones e indicando que la administración de las instituciones educativas se encuentra en cabeza de los municipios, departamentos y distritos certificados conforme a la ley 715 de 2001.

Indica que con lo señalado en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, se le facultó al Ministerio de Educación la celebración de un contrato de fiducia para la administración de los recursos que le son asignados, contrato que se celebró con la Fiduciaria la Previsora, entidad que paso a ser la responsable del pago de las prestaciones sociales de los maestros afiliados al fondo, en razón del encargo mercantil enunciado.

Manifiesta que la Ley 33 de 1985 es clara al establecer que los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales son los taxativamente contenidos en la Ley 62 de 1985 siempre y cuando sobre los mismos se hayan realizados los aportes correspondientes. Conforme a lo anterior, solicita la denegación de las pretensiones incoadas en razón a que los factores salariales solicitados no se encuentran inmersos en la norma y en igual sentido, los determinados en la norma no fueron solicitados por la actora.

3.2 Alegatos de conclusión.

3.2.1. Parte demandada (fls.260 a 267): El apoderado de la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión replicando los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, indicando entre otras cosas que los actos administrativos demandados fueron proferidos conforme a derecho y los factores salariales tenidos en cuenta son los que expresamente señala la Ley, situación que de cambiarse afectaría de forma grave al sistema general de pensiones.

Señala que los derechos laborales prescriben en tres años, motivo por el cual, no hay lugar a reconocer lo que reclama la parte demandante y que la motivación de los actos administrativos demandados es acorde a la postura establecida por la Corte Constitucional respecto del cálculo del IBL de las pensiones, por lo que considera que se encuentran ajustados a derecho.

3.2.2. Parte demandante (fls. 268 a 281): Manifiesta la apoderada de la parte actora que se encuentra probada su vinculación como docente desde el 3 de marzo de 1970, motivo por el cual, el régimen que cobija a la accionante es el establecido en el Decreto 2277 de 1979 denominado estatuto docente, el cual opera en armonía con las disposiciones salariales y prestacionales de la Ley 91 de 1980 por remisión directa de la Ley 812 de 2003.

Reitera la posición asumida por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, donde se menciona por la máxima corporación de lo contencioso administrativo que la Ley 33 y 62 de 1985 fueron apenas enunciativas en lo que respecta a los factores salariales que debían ser tenidos en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales del personal docente vinculados al magisterio ya que debe considerarse como salario todo lo que de forma habitual percibía el trabajador. Razón que le permite concluir que debe accederse a la vocación de las prestaciones para que la demandada incorpore dentro de la pensión de jubilación todos los factores salariales que se hayan devengado en el año anterior a la fecha de su retiro del servicio.

3.2.3. Agente del Ministerio Público: No emitió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Identificación del Problema Jurídico.

El debate se contrae a determinar si para la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante se deben incluir todos los factores salariales devengados en el último año al retiro del servicio de acuerdo con la ley aplicable al caso concreto, o solamente aquellos sobre los que realizó aportes o cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensión y que aparezcan enunciados en la Ley.

2. Argumentación Normativa y Jurisprudencial.

2.1. Del régimen pensional aplicable a los docentes y del ingreso base de liquidación IBL.

2.1.1.- De conformidad con el artículo 279 de la ley 100 de 1993¹, se excluyó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en tal sentido los factores salariales a tener en cuenta no pueden ser los establecidos en el Decreto 1154 de 1994, en la medida en que los mismos son desarrollo de la ley 100 de 1993.

¹ "Art. 279. Excepciones. (...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la ley 91 de 1989 (...)"

Por su parte la ley 812 de 2003, en su artículo 81², estableció de manera expresa que la misma se aplica a los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de promulgación de la ley.

En el caso concreto, de las pruebas obrantes en el proceso se evidencia que la demandante se vinculó al servicio educativo estatal el 03 de marzo de 1970, consolidando su estatus pensional el 28 de marzo de 2005, fecha en la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 19), con lo cual se concluye que las normas que regulan su situación pensional son las leyes 33 y 62 de 1985. Teniendo en cuenta lo anterior, procede el Despacho a referirse a los factores que sirven de base para la liquidación de la mencionada prestación de la demandante.

2.1.2.- Los factores salariales establecidos en el artículo 3° de la ley 33 de 1985 modificado por el art. 1° de la ley 62³ de la misma anualidad, fueron objeto de análisis en Sentencia de Unificación⁴ de fecha 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Número Interno: 0112-2009, donde se concluyó que los factores previstos en tales disposiciones eran meramente enunciativos y en consecuencia, la pensión de jubilación debía incluir el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, siempre que los mismos tuvieran carácter salarial indicándose además que existían algunas prestaciones sociales que a pesar de tener esa naturaleza, constituían factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

De otra parte, este despacho no desconoce los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional en Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015⁵ y SU 427 de 11 de agosto de 2016⁶, sin embargo, deberá decirse en todo caso, que tal como en su momento lo advirtió el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 15 de septiembre de 2017⁷ en un asunto similar, no hay razón para examinar las sentencias C-258 de 2013, ni SU- 230 de 2015, emitidas por la Corte Constitucional, pues la primera se limitó al régimen pensional especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4^a de 1992, aplicable a los congresistas advirtiendo que dicho estudio *“no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados”* y la segunda se pronunció sobre la liquidación de pensiones para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 extendiendo la interpretación realizada por la misma Corporación en la sentencia C-258 de 2013, sin embargo, **debe destacarse que en el presente asunto a pesar de que a la demandante le es aplicable para efecto de reconocimiento de la pensión las previsiones de la Ley 33 de 1985, su aplicación no tiene relación con el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, sino en el establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, apreciación que también ha sido considerada en un caso similar por la sección Quinta del Consejo de Estado en reciente pronunciamiento del 1° de marzo de 2018⁸.**

Ahora bien es de vital importancia señalar que el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, **en providencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁹**, concluyó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de

² **“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales.** (...) Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)”

³ **“ARTÍCULO 1o.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto de 2010. Radicación Numero 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁵ Sentencia de Unificación SU-230 del 29 de abril de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente T-3.558.256

⁶ Sentencia de Unificación SU-427 del 11 de agosto de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente T-5.161.230.

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 15 de septiembre de 2017. Radicación: 15001333301320130022401.

Demandante: Gabriel Moyano Álvarez. M.P.: Félix Alberto Rodríguez Riveros.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Quinta. Sentencia del 1° de marzo de 2018. Radicación: 11001-03-15-000-2018-00119-00. C.P.: Rocío Araujo Oñate.

⁹ proferida dentro del expediente radicado bajo el número 2012-0143, M.P. Dr. CESAR PALOMINO CORTES

vez de los servidores beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, son únicamente aquellos solos los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones. Dicho fallo estableció entonces como regla jurisprudencial que el IBL del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

Así las cosas el Consejo de Estado cambió radicalmente la postura que de tiempo atrás venía acogiendo dicha Corporación en virtud de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ya que en la sentencia de 28 de agosto de 2018, expresamente se indicó que el anterior criterio interpretativo había traspasado *“la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base”*.

En todo caso recuerda el Juzgado que la regla jurisprudencial referida, así como la primer subregla concerniente al periodo que debe tomarse para la liquidación de las pretensiones, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por encontrarse exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social (art. 279 de la ley 100) pues su régimen se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, razón por la cual, no están cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, considera esta instancia que en casos como el sometido a consideración, no hay lugar a ordenar el reconocimiento o reliquidación de las pensiones tomando como ingreso la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro o status pensional, sino solamente aquellos que se encuentren previstos en la Ley, en específico en las Leyes 33 y 62 de 1985. La anterior determinación encuentra pleno respaldo en lo dicho recientemente, por el Consejo de Estado en sentencia del 10 de octubre de 2018 exp. Rad.2015-0871 M.P. FRANCISCO RAFAEL SUAREZ VARGAS, donde se realizó el estudio de un asunto con similares contornos al ahora debatido.

3. Argumentación y Valoración Probatoria (Caso concreto)

En el caso concreto es claro que inicialmente el acto administrativo contenido en la Resolución 255 del 21 de diciembre de 2005, por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación a la accionante (fls. 194-195), tuvo en cuenta para su liquidación únicamente la asignación básica, y posteriormente, a través del Acto Administrativo demandado contenido en la Resolución No. 367 del 04 de diciembre de 2015, mediante la cual se reliquidó la misma prestación a la demandante (fls. 19 y 20), incluyó para la liquidación de la pensión, los siguientes factores salariales: **asignación básica, prima de alimentación, bonificación mensual Dec. 1566, prima de vacaciones**. Sin embargo, en la certificación de factores salariales que obra en folio 193 expedida por la Secretaría de Educación del municipio de Duitama, en el año anterior a la fecha de retiro del servicio de la demandante, es decir, desde el 29 de marzo de 2014 al 28 de marzo de 2015, además de la ya enunciadas devengó: **Prima de Navidad y Prima de Servicios**, factores salariales que no se encuentran enlistados entre los factores salariales establecidos en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62¹⁰ del mismo año, con el agravante que dichos factores no sirvieron de base para liquidar aportes (fl. 202).

En consecuencia, la Resolución 367 del 4 de diciembre de 2015, por medio de la cual se ordenó la reliquidación de una pensión de jubilación a favor de la señora MARIA EVELIA HERNANDEZ BONILLA, teniendo en cuenta el 75% de lo devengado en el año anterior a

¹⁰ 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.

PARÁGRAFO ÚNICO. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

la fecha de retiro del servicio, se encuentra en criterio de este fallador ajustada a derecho, por lo que se concluye que se reconoció el derecho pensional en debida forma.

Así las cosas, a la demandante no le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados durante el año anterior al retiro del servicio, toda vez que las normas que regulan la situación pensional de la demandante no lo prevén de esa manera sumado a que la sentencia de unificación que respaldaba esa tesis jurisprudencial quedó revaluada a partir de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el pasado 28 de agosto de 2018 arriba citada¹¹, la cual como lo sostiene la misma decisión se torna de obligatorio cumplimiento¹², razones más que suficientes para denegar las pretensiones solicitadas.

4- Costas.

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado¹³ en la que se señala:

“(...) La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de conceder costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

*La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, **pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación**, en donde el Juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...”*

El Despacho se abstendrá de condenar el costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juez Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

¹¹ Por ir en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.


¹² “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardianas de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política³⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”

¹³ Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

TERCERO.- Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

CUARTO.- Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



NILSON IVAN JIMENEZ LIZARAZO
JUEZ

