



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**  
**Mag. Ponente SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR.**

Bucaramanga, diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2.020)

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**  
**Exp. 680023333005-2018-00359-01**

**Parte Demandante**      **ESPERANZA PEREZ AMOROCHO** con cédula Nro. 28'345.250

**Parte Demandada:**    **NACIÓN-MEN (Ministerio de Educación Nacional)-FOMAG (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio)**  
[notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co)  
[eavilizamizar@procuraduria.gov.co](mailto:eavilizamizar@procuraduria.gov.co)  
[notjudicial@fiduprevisora.co.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.co.co)

**Medio de Control:**    **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL**

**Tema:**                    Reliquidación de pensión de invalidez/Los factores salariales que integran la base de liquidación de este derecho pensional, son solo aquellos sobre los que se hayan realizado aportes o cotizaciones al Sistema de Seguridad Social/Consejo de Estado Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019/ En el presente caso, la prima de servicios no cumple con este requisito, por lo tanto, no pueden incluirse en el IBL pensional de la aquí demandante.

Decide la Sala el **recurso de apelación** interpuesto por la **parte demandante**, contra la **Sentencia proferida en el proceso de la referencia el 26.09.2019** por el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga**, que **niega** las pretensiones, previa la siguiente reseña:

**I. LA DEMANDA**

(Fls. 4 a 6)

**A. Pretensiones y hechos en que se fundamenta**

Persigue **i)** la nulidad parcial de la **Resolución N° 2212 del 16 de noviembre de 2017**, mediante la cual se reconoció la pensión de invalidez, **iii)** Reliquidar la pensión incluyendo todos los factores salariales, y pagar las diferencias de las mesadas pensionales; **iv)** dar cumplimiento al fallo, en los términos del Art.192 CPACA. Como **fundamento de sus pretensiones**, se afirma en los actos acusados se reconoce pensión sin incluir la los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el status jurídico de pensionado y demás factores, resaltando que su régimen pensional es el del Decreto 1848 de 1969 que reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

**B. Normas violadas y concepto de violación**

Tribunal Administrativo de Santander. M.P. Solange Blanco Villamizar. Sentencia de Segunda Instancia que confirma la de primera. Exp. 680013333005-2018-00359-01. Partes: ESPERANZA PEREZ AMOROCHO Vs MEN-FOMAG.

En la demanda se registran como tales, la Ley 91/1989 Art 15, Ley 33/1985 Art 1, Ley 62/1985, Ley 71/1988. Decreto 1160 de 1989 Art 10, Decreto Ley 1045 de 1978. **Concepto de la violación:** los actos administrativos acusados infringen la Ley 33 de 1985 y la SU del 04.08.2010, en donde precisó que los factores salariales que constituyen el IBL pensional enlistados en la Ley 62 de 1985, tienen carácter enunciativo y no taxativo, y por tanto no impide la inclusión de otros factores salariales devengados en el último año de servicios.

## II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

(Fls.98 a 105)

El **MEN-FOMAG**, por intermedio de apoderado judicial, se opone a todas las pretensiones, al considerar que: **i)** el acto acusado se ajusta a la normatividad vigente y aplicable al caso, haciendo referencia al régimen de cesantías docente; **ii)** por la descentralización del sector educativo dispuesta a partir de la Ley 60 de 1993, las llamadas a responder sobre el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, son la Secretaria de Educación de la entidad territorial y la Sociedad Fiduciaria, la primera por ser la responsable de la administración del personal docente y quien profirió los actos acusados, y la segunda por administrar el Fondo. Frente a la mayoría de los **hechos** manifiesta no le constan, ateniéndose a las resultas del proceso, siempre y cuando guarde relación con el libelo demandatorio. Bajo el acápite de **excepciones**, formula: a) Falta de vinculación de litisconsortes, refiriéndose i) a la Fiduciaria la Previsora S.A, por ser la entidad encargada de administrar el Fondo y ii) a la entidad territorial, por ser la responsable de la administración del personal docente y quien profirió los actos acusados; b) falta de legitimación en la causa, con los mismos argumentos de la excepción anterior; c) prescripción trienal de las mesadas; y d) la genérica.

## III. DECISIONES RELEVANTES AUDIENCIA INICIAL

(Fls.118)

**i)** Declara no probadas las excepciones de falta de legitimación por pasiva del MEN - FOMAG; ni encuentra incumplido algún requisito de procedibilidad. **ii) Fija el litigio** circunscribiéndolo a determinar si la parte demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento del status de jubilación, **iii)** Decreta las pruebas, y **iv)** Profiere la sentencia que en seguida se reseña.

## IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Fls.150 a 155)

Tribunal Administrativo de Santander. M.P. Solange Blanco Villamizar. Sentencia de Segunda Instancia que confirma la de primera. Exp. 680013333005-2018-00359-01. Partes: ESPERANZA PEREZ AMOROCHO Vs MEN-FOMAG.

Arriba reseñada, en ella se resuelve **negar las pretensiones y no condena en costas**. Como fundamento de estas decisiones, el *A Quo* argumenta que la pensión de la parte demandante se rige por la Ley 91 de 1989, ya que se vinculó al servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y por aplicación obligatoria de la SU del 25.04.2019, en el IBL pensional se deben tener en cuenta aquellos factores enlistados en el Art.1 de la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales se hubieren realizado los aportes respectivos, concluyendo que los solicitados en la demanda no se encuentran enlistados en la norma descrita aunque hayan sido percibidos en el último año de servicios. No se pronuncia frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva y la prescripción.

## V. LA APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

(Fls. 157 a 160)

**La P. demandante**, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que esta decisión fue tomada con base en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la cual, fijó las reglas para la liquidación de las pensiones de jubilación del personal docente, sin que aplique para el presente caso, puesto que la pensión le fue reconocida es de invalidez. Cita en su apoyo, las normas que considera regulan la pensión de invalidez, para señalar que tratándose de la reliquidación de su pensión se deben tomar los factores que se encuentran enlistados en el Art. 45 del Decreto 1045 de 1978.

## VI. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El asunto es allegado al Despacho Ponente de esta providencia el 06.11.2019 (Fl.171 vto.), quien admite la apelación el 06.11.2019 (Fl.173) y ordena las notificaciones de rigor, las que se surten como lo muestran los folios 174 a 176. Mediante Auto del 05.08.2020, se ordena correr traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para el respectivo concepto si a bien tiene hacerlo (Fl.176), reingresando el 08.09.2020 el expediente al Despacho Ponente para fallo, cuyo proyecto se registra el 09.09.2020. De este trámite se destacan las **alegaciones y el concepto del Ministerio Público**, así: a) **La parte demandante**) solicita se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia se acceda a las pretensiones incoadas en la demanda. Refiere que el régimen pensional aplicable es el establecido en el Art. 45 del Decreto 1045 de 1978. b) El **MEN-FOMAG** solicita se confirme la sentencia de primera instancia toda vez que se deben tener en cuenta para su IBL los factores salariales sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes a seguridad social en pensión. c) el **Ministerio Público**, conceptúa que se debe confirmar la sentencia de primera

Tribunal Administrativo de Santander. M.P. Solange Blanco Villamizar. Sentencia de Segunda Instancia que confirma la de primera. Exp. 680013333005-2018-00359-01. Partes: ESPERANZA PEREZ AMOROCHO Vs MEN-FOMAG.

instancia, toda vez que para efectos del IBL no puede incluirse factores sobre los cuales no se hayan efectuado aportes, conforme a la subregla fijada en el literal a) de la parte resolutive de la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2 del 25.04.2019. Por otra parte, solicita no se condene en costas a la parte demandante, señalando que este actúo conforme a la línea jurisprudencia que había para el momento de la presentación de la demanda.

## VII. CONSIDERACIONES

### A. Acerca de la competencia

Recae en esta corporación – Sala de decisión. Arts. 153, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

### B. El problema Jurídico y su resolución

**Pj. ¿Tiene derecho la señora Esperanza Pérez Amorocho a que se le re liquide su pensión de invalidez incluyendo la totalidad de factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento de su status pensional?**

**Tesis No.**

**Fundamento Jurídico: 1. Régimen pensional aplicable a los docente.**

Mediante Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019<sup>1</sup> el H. Consejo de Estado, realizando su labor unificadora de jurisprudencia, precisó la existencia de dos regímenes pensionales aplicables a los docentes y especificando los criterios de aplicación de cada uno de ellos. Al respecto sostuvo el máximo Tribunal de esta Jurisdicción:

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

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Sección Segunda, C. P: César Palomino Cortés. Rad.: 680012333000201500569-01, N.I: 0935-2017.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P. Solange Blanco Villamizar. Sentencia de Segunda Instancia que confirma la de primera. Exp. 680013333005-2018-00359-01. Partes: ESPERANZA PEREZ AMOROCHO Vs MEN-FOMAG.

- *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.*

En este sentido y conforme al precedente jurisprudencial se tiene que existen dos regímenes pensionales para el magisterio, donde la aplicación de cada uno de estos está condicionada a **la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, delimitado por la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, el 27 de junio de 2003 de lo cual se concluye que para los docentes vinculados al servicio público educativo **con anterioridad al 27 de junio del 2003**, se aplicarán las disposiciones del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, en particular, la Ley 33 de 1985 en materia de pensión de jubilación y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 en materia de pensión de invalidez; **y los docentes vinculados después de la fecha mencionada**, estarán cobijados por la Ley 812 de 2003, motivo por el cual el reconocimiento de la pensión estará regida por las normas de la Ley 100 de 1993.

**2. Pensión de invalidez – Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.** En materia de pensión de invalidez se tiene que el artículo 23 del Decreto 3135 de 1968 dispone:

*“Artículo 23. Pensión de invalidez. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75 por ciento, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista, así:*

- a) El cincuenta por ciento cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%;*
- b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%;*
- c) El ciento por ciento (100%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.*

*Parágrafo.- La pensión de invalidez excluye la indemnización”.*

Por su parte los artículos 60, 61 y 63 del Decreto 1848 de 1969 (por medio del cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968) disponen:

*ARTÍCULO 60.- Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo.*

*ARTÍCULO 61.- Definición.*

*1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, a perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.*

*2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%).*

*ARTÍCULO 63.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:*

*a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.*

*b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.*

*c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable”.*

De lo anterior se evidencia que los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 establecen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, determinando igualmente la tasa de remplazo de acuerdo al porcentaje de la incapacidad, así como el monto pensional pero sin establecer los factores salariales que integran el referido monto.

**3. Marco Jurisprudencia sobre factores salariales que se deben tener en cuenta para efecto del IBL pensional.** Respecto a los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, el H. Consejo de Estado en las Sentencias de Unificación del **28.08.2018** y del **25.04.2019**<sup>2</sup> estableció subreglas

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. César Palomino Cortés. Sentencia de Unificación SUJ-014-Ce-S2-2019. Rad.: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17). Partes: Abadía Reynel Toliza Vs. MEN-FOMAG.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P. Solange Blanco Villamizar. Sentencia de Segunda Instancia que confirma la de primera. Exp. 680013333005-2018-00359-01. Partes: ESPERANZA PEREZ AMOROCHO Vs MEN-FOMAG.

jurisprudenciales en materia pensional del sector público orientadas a garantizar la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema pensional colombiano, de modo tal que éste pueda asumir el pago futuro de las pensiones de todos sus titulares, esto es con miras garantizar la cobertura del sistema.

Entiende esta Sala, que estas subreglas se sustentan en la competencia que tiene el legislador democrático de establecer cuáles son los factores o conceptos que deben incluirse en el IBL pensional, **rechazándose la posibilidad de incluir en éste aquellos que no hubieran servido de base para realizar cotizaciones al sistema pensional**. Advierte la Sala que estas subreglas si bien han sido establecidas tratándose del régimen de pensión de jubilación regulada en la Ley 33 de 1985, se extienden a otros regímenes pensionales<sup>3</sup> en tanto que estos también deben atender los fines de sostenibilidad fiscal en que aquellas subreglas se sustentan.

Con base en lo anterior, si bien la pensión de invalidez reconocida a la demandante se encuentra regida por lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969, en lo que tiene que ver con los factores salariales que integran la base de liquidación del derecho pensional, la referida normativa no dispone de regla sobre el tema, por lo cual esta Sala acoge los criterios jurisprudenciales decantados por el H. Consejo de Estado en el sentido de excluir del IBL todos aquellos factores sobre los que no se hayan realizado aportes o cotizaciones al sistema pensional.

### **C. Análisis de las pruebas de cara al marco jurídico anterior**

**1. Los conceptos incluidos para reconocer la pensión de invalidez a la parte demandante, en el periodo comprendido entre el 17.03.2016 y el 17.03.2017** según el folio 20 fueron: (i) “asignación básica”, (ii) “Prima Vacacional (1/12)”, (iii) “Prima navidad (1/12)”, y (iv) bonificación como informa la parte considerativa de la Resolución N° 2212 del 16.11.2017 (Fl.20 a 21).

**2. Los conceptos devengados en el período anterior fueron**, además de los ya incluidos en el IBL pensional, la “**prima de servicios**”, según la Certificación de Salarios visible a folio 86.

---

<sup>3</sup> Así, el Consejo de Estado Sección Segunda. C.P.: Carmelo Perdomo Cueter en Sentencia del 30 de Mayo de 2019. Rad.: 25000-23-42-000-2013-01252-01(3717-15) aplicó la SU del 28.08.2018 al régimen especial de los detectives del DAS

Tribunal Administrativo de Santander. M.P. Solange Blanco Villamizar. Sentencia de Segunda Instancia que confirma la de primera. Exp. 680013333005-2018-00359-01. Partes: ESPERANZA PEREZ AMOROCHO Vs MEN-FOMAG.

De cara al marco jurídico, **CONCLUYE** la Sala que no pueden incluirse en el IBL pensional la precitada prima de servicios, al no encontrarse enlistadas en la Ley 62 de 1985, como factores salariales para efectos pensionales.

#### **D. Costas procesales**

Se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante por resultar vencida en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el Art.365.1 del CGP. Líquidense en la Secretaría del juzgado de origen, Art. 366 ibídem.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Santander**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

- Primero.** **Confirmar** la sentencia proferida el veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)) por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga, que niega las pretensiones.
- Segundo.** **Condenar** en costas en segunda instancia a la parte demandada. Líquidense en la Secretaría del juzgado de origen, Art. 366 ibídem.
- Tercero.** **Devolver** el expediente al juzgado de origen, una vez en firme este proveído.

**Notifíquese y cúmplase.** Aprobado en Sala. **Acta No. 18/2020.**  
**Los Magistrados,**

**SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR**

**Ponente**

**RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO**

**IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA**