

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

~ Auto Interlocutorio No. 892

Villavicencio, once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

**SALA PLENA**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: ROSAURA MARMOLEJO DUEÑAS  
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO- FOMAG  
EXPEDIENTE: 50001-33-33-004-2018-00299-01  
TEMA: REMISIÓN AL CONSEJO DE ESTADO PARA SENTAR  
JURISPRUDENCIA

MAGISTRADA PONENTE: NELCY VARGAS TOVAR

La Sala Plena del Tribunal Administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 271 del CPACA, remite el presente asunto a la Sección Segunda del Consejo de Estado, con la finalidad que esa Corporación estudie la posibilidad de sentar jurisprudencia respecto al régimen pensional por invalidez de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 y los factores salariales que se deben incluir para su liquidación pensional.

**I. ANTECEDENTES**

La señora Rosaura Marmolejo Dueñas a través de apoderado judicial interpuso demanda bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con la finalidad que se declare la nulidad parcial de la Resolución N.º. 213 del 27 de octubre de 2017, emanada por la Secretaría de Educación del Departamento del Guaviare, por medio de la cual se reconoció una pensión de invalidez, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionada.

Y se condene a título de restablecimiento del derecho a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

reconocer y pagar una pensión ordinaria de Invalidez, a partir del 02 de agosto de 2017, equivalente al 100% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento del retiro definitivo del cargo docente, dado que constituyen la base de liquidación pensional.

El presente asunto correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, quien en audiencia inicial del 28 de mayo del 2019, profirió sentencia negando las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante (f. 169 a 173 C1).

Lo anterior, en virtud de la tesis que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido en la Ley 91 de 1989, disposición que no regula en forma especial la pensión de jubilación, por lo cual se debe aplicar la normativa general establecida para servidores públicos, que tratándose de pensión de invalidez, se reconoce conforme a lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentan una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 75%; en cuanto a los factores salariales que se deben incluir en el IBL, precisa que el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, señaló que se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales se hayan efectuado aportes al Sistema de Pensiones de la Ley 33 de 1985, señalados taxativamente en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Contra la anterior decisión, la parte demandante dentro del término legal interpuso recurso de apelación (f. 184 a 191 C1), razón por la cual, mediante auto del 06 de agosto de 2019, el Tribunal Administrativo del Meta admitió el mencionado recurso y prescindió de la audiencia que señala el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, en su lugar, corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (f. 4 C2)

## II. CONSIDERACIONES

El Consejo de Estado ha determinado en reiteradas oportunidades que el régimen pensional de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, es el mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, y por ello, las disposiciones que regulan las prestaciones de invalidez y de jubilación se encuentran en la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Providencia del 29 de agosto de 2019, Radicación Número: 25001-23-42-000-2015-00039-01(3806-17), Actor: María Victoria Hernández

En ese sentido, respecto al régimen aplicable a la pensión de invalidez la Alta Corporación ha manifestado, lo siguiente<sup>2</sup>:

“Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación<sup>3</sup> establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así se señaló, en la sentencia en cita proferida, por esta misma Sección:

(...) Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 dispone:  
(...)

De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.

Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional.

(...)

De acuerdo con el recuento normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, esto es, para los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, dicha norma se refiere finalmente a lo

Contreras, Demandado: Ministerio De Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13).

<sup>3</sup> Ver Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.” (Negrita y subrayas fuera del texto).

Conforme lo anterior, se colige que en tratándose de pensión de invalidez, la normatividad que regula su reconocimiento son los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, y en relación a los factores salariales, habría lugar a aplicar aquellos previstos en el Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, en relación al monto de la mencionada prestación, ha referido el Consejo de Estado que a voces del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, la pensión de invalidez se liquidará teniendo en cuenta el último salario devengado por el empleado beneficiario de la citada prestación; también ha indicado, que según la Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 el monto de la pensión por invalidez debía ser igual al 75% del promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios<sup>4</sup>.

No obstante, con base en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010, los docentes que gozan tanto de pensión de jubilación como invalidez, venían solicitando vía judicial la reliquidación de su prestación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, petición que tenía vocación de prosperidad en virtud del principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad.

Empero, luego de proferida por el Consejo de Estado la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, la Sección Segunda de dicha Corporación a través de la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, decidió sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinando que en estos casos se debe aplicar la regla según la cual ***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***

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia del 13 de Noviembre de 2014, Radicación Número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13), Actor: Leonel Hernández Hernández, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

**artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo<sup>5</sup>.**

Conforme al anterior recuento normativo y jurisprudencial, el Tribunal Administrativo del Meta, evidencia la necesidad de sentar jurisprudencia respecto al régimen pensional por invalidez de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 y los factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el Ingreso Base de Liquidación de dicha prestación pensional, al considerar que a la fecha, no se ha determinado en virtud de las nuevas posturas jurisprudenciales, si aquellos docentes pensionados por invalidez le son aplicables la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, máxime cuando la misma versa sobre el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación del sector docente, es decir, no guarda similitud fáctica ni normativa, con los casos de pensión de invalidez docente.

Aunado a lo anterior, es de resaltar que existe una diferencia entre los factores salariales previstos en la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978-que regula la pensión de invalidez docente-, pues este último además de incluir los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, también incluye los denominados como prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, auxilios de alimentación y transporte, evidenciándose entonces trato diferenciado, entre aquellos que se pensionan por jubilación a quienes solo es posible incluirles los factores previstos en la Ley 62 de 1985, sobre los que se hayan realizado aportes, y aquellos que se pensionan por invalidez, sumado al hecho que la tasa de reemplazo en uno y otro caso, resulta ser diferente<sup>6</sup>.

<sup>5</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2- 19 Actor: ABADÍA REYNEL TOLOZA Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG -, C.P. César Palomino Cortés.

<sup>6</sup> Decreto 1848 de 1969, 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 esta manera, expuestas las razones de necesidad para sentar jurisprudencia, es pertinente señalar que el artículo 271 del CPACA<sup>7</sup>, permite que por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia; se solicite y/o se remita al Consejo de Estado los asuntos pendientes para fallo, con el fin que asuma el conocimiento del proceso y se expida sentencia de unificación jurisprudencial.

El Consejo de Estado ha precisado las características de la anterior disposición, determinando lo siguiente:

“(…)

A) Se activa de oficio, o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones, o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. Se entiende que también lo puede solicitar la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

B) El Consejo de Estado de manera autónoma decide si avoca el conocimiento del asunto, o no, es decir, es discrecional. La decisión se adoptará mediante auto no susceptible de recursos.

C) Se distinguen dos competencias funcionales, así:

(1) Corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones -art. 271 CPACA-.

(2) De conformidad con el artículo 13A del Reglamento Interno -adicionado por el Ac. 148 de 2014-, en armonía con el inciso final del artículo 271 del CPACA, las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo tienen la competencia para decidir si de oficio solicitan o aceptan la remisión de los asuntos provenientes de las subsecciones o sala en pleno de los tribunales.

<sup>7</sup> ARTÍCULO 271. DECISIONES POR IMPORTANCIA JURÍDICA, TRASCENDENCIA ECONÓMICA O SOCIAL O NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

(…)

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

D) Está limitado a aquellos asuntos que están pendientes de fallo, en única o segunda instancia, en las secciones o los tribunales.

E) El legislador no consagró causales en sentido estricto, sino criterios orientadores que autónomamente evalúa el Consejo de Estado: Importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial<sup>8</sup>.

F) Es prevalente porque se trata de una vigorosa potestad del Consejo de Estado, ante la cual no puede oponerse ningún sujeto procesal.

G) Es de carácter preventivo porque el Consejo de Estado asume la competencia antes de que se profiera el fallo correspondiente, con el fin de anticiparse a la decisión de las secciones o de los tribunales, lo cual permite que se fije un precedente jurisprudencial<sup>9</sup> de manera oportuna y eficaz.

H) No interrumpe o contraría el sistema procesal escrito o el previsto en el juicio por audiencias, porque sólo es posible hacer uso de la potestad unificadora cuando se han cumplido con todos los trámites previstos en la ley procesal vigente.

I) Es una excepción a la *perpetuatio jurisdictionis*, considerada como garantía de las partes para que la competencia del juez que ha de decidir su litigio, sea inmodificable. Excepción atribuida por voluntad del legislador al Consejo de Estado para proteger el interés general, el derecho fundamental a la igualdad y hacer efectiva la seguridad jurídica inherente al Estado Social de Derecho.<sup>10</sup>

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión de segunda instancia y no existe postura unificada dentro del Consejo de Estado en relación a la reliquidación de la pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios o anterior al status jurídico de pensionado, sumado a que el precedente jurisprudencial reciente, dista de la situación fáctica y jurídica que contiene este asunto, el Tribunal Administrativo del Meta remitirá el presente proceso a la Sección Segunda del Consejo de Estado con la finalidad que estudie la procedencia de expedir sentencia de unificación sobre el tema.

<sup>8</sup> Sobre estos tres conceptos, la sección Tercera de la Corporación se refirió de la siguiente manera en providencia del, veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015),. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C. Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523), Actor: JUAN CARLOS AROCHA SERRANO Y OTROS, Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTROS

<sup>9</sup> La palabra "precedente" es una expresión abreviada de *stare decisis* (atenerse a las cosas decididas). La máxima completa del latín es: *stare decisis et non quieta movere*. Ver Barker, Robert S. "El precedente y su significado en el derecho constitucional de los Estados Unidos". Lima, Grijley EIRL, 2014, p. 29.

<sup>10</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, providencia del 07 de abril de 2016, Radicación Número: 85001-33-33-001-2015-00187-01(3172-15) Actor: Jhon Jairo Martínez Sibоче Demandado: Ministerio De Defensa - Policía Nacional, Consejero Ponente: William Hernández Gómez Actor: Jhon Jairo Martínez Sibоче Demandado: Ministerio De Defensa - Policía Nacional.

Conforme a lo anterior, el Tribunal Administrativo del Meta,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REMITIR** el presente asunto a la Sección Segunda del Consejo de Estado una vez ejecutoriada la presente providencia, para lo de su competencia.

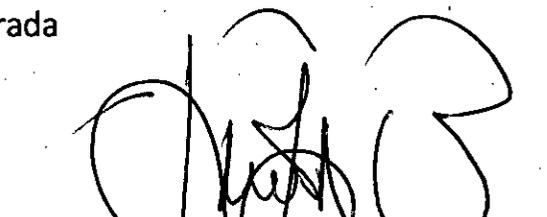
**SEGUNDO: POR SECRETARIA,** dejar las constancias y anotaciones del caso en el sistema Justicia Siglo XXI.

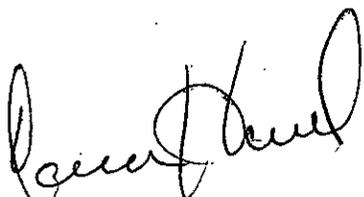
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

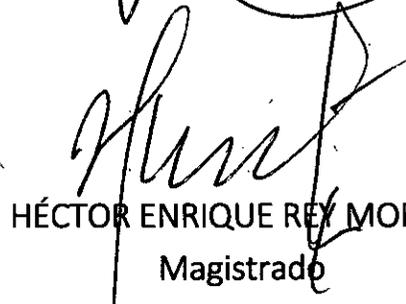
Discutida y aprobada en Sala Plena de Decisión el 11 de diciembre de 2019, según consta en Acta No. 071

  
**NELCY VARGAS TOVAR**  
Magistrada

  
**CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ**  
Magistrada

  
**CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO**  
Magistrado

  
**TERESA HERRERA ANDRADE**  
Magistrada

  
**HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO**  
Magistrado