



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel: 8243113.
Email: j06admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, Veinticinco (25) de mayo de 2021

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 65

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Procede el Despacho conforme a la Ley 2080 de 2021 a dictar sentencia anticipada de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por OLGA MARIA GARCIA ALOMIA, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, elevando las siguientes pretensiones:

1. Se declare la nulidad del oficio notificado el 26 de enero de 2021, de la Resolución 244 del 6 de abril 1998 y de la Resolución N° 1208-09-2015 del 1 de septiembre de 2015.
2. Se declare que la actora tiene derecho al incremento salarial y al pago de los aportes adicionales a pensión por haber laborado en el área de prescolar al servicio del Departamento del Cauca.
3. Se declare que la actora tiene derecho a reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior al retiro y al estatus de pensionada y por haber enseñado en el área de prescolar.
4. En consecuencia a lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las accionada:

¹ Documento 02 y 06 expediente electrónico – 01primerainstancia-C01principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- A pagar el ajuste de la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora, teniendo como base para liquidación el promedio mensual devengado en el último año inmediatamente anterior al estatus de jubilada y a la fecha de retiro y con el incremento por haber laborado en el área de prescolar.
 - A liquidar la diferencia existente entre lo que debió pagarse y lo que recibe la actora y a pagar dichas diferencias.
 - Al pago del retroactivo de la diferencia pensional respecto a las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, causadas y no pagadas desde el momento en que recibió la pensión la actora.
5. Las sumas que se reconozcan deberán ser actualizadas de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA, devenguen los intereses de que trata estatuto normativo en mención y se condene en costas.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

La parte actora expuso en síntesis, los siguientes hechos:

La señora Olga María se vinculó inicialmente mediante Decreto 018 del 4 de marzo de 1966 y permaneció hasta la fecha de su retiro 14 de octubre de 2011, como docente en el Municipio de López de Micay.

Mediante Resolución 244 del 6 de abril de 1998, las accionadas reconocieron a la actora una pensión de jubilación, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica mensual, prima de navidad, prima de alimentación y subsidio de transporte y movilización.

Durante el año previo al estatus pensional, la actora realizó actividades como docente del área de prescolar. Sin embargo, el Departamento del Cauca no pagó el incremento salarial del 15% al que tiene derecho la accionante, ni realizó las cotizaciones respectivas por dicho porcentaje.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como normas violadas:

- Artículos 2, 13, 25, 48, 53, 58, 93 y 209 de la Constitución Política.
- Decretos 1848 de 1969, 1045 de 1978, 386 de 1980, 624 de 1980, 294 de 1983, 134 de 1985 y 692 de 1994.
- Leyes 456 de 1984, 33 de 1985, 62 de 1985 y 100 1993.

Como concepto de violación, en síntesis expuso:

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo a la normatividad en mención, los actos administrativos demandados, violan los derechos fundamentales de la condición más beneficiosa y de favorabilidad, al no liquidar el derecho pensional de la actora con la totalidad de los valores devengados en el último año de servicios y con la inclusión del 15% por haber laborado la actora en el área de preescolar. Por lo que se genera una falsa motivación y una desviación del poder al no aplicar las normas antes señaladas en debida forma.

2.- Contestación de la demanda

- De la Nación-Ministerio de Educación-FOMAG.²

El apoderado de la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTONOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, se opone a las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamentos de derecho.

Refirió que el reconocimiento de la pensión se realizó de forma correcta, la cual se debe realizar con los factores aportados al sistema y no como lo pretende hacer ver el apoderado de la parte demandante. Ya que no cumple con los presupuestos tanto fácticos como jurídicos para ello, tal como lo ha decantado el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación proferida el 25 de abril de 2019 proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrado Ponente Dr. Cesar Palomino Cortes.

Por otra parte, esta pretensión tiene una apreciación subjetiva e interpretación realizada por la parte actora, la cual no es objeto de manifestación alguna, pues no se expone ninguna situación de modo tiempo o lugar que deba ser debatida, lo cual indica que no es una pretensión clara.

Como excepciones, propuso:

- Legalidad de los actos administrativos atacados.
- Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico.
- Cobro de lo debido.
- Buena fe.
- Caducidad.
- Prescripción.

² Documento 12 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Del Departamento del Cauca.

Conforme a lo dispuesto en la providencia del 26 de abril de 2022³, la contestación del Departamento del Cauca se tornó extemporánea.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el 6 de agosto de 2021⁴ ante la oficina judicial de reparto, correspondiéndole a esta judicatura, siendo inadmitida el 13 de septiembre de 2021⁵ y una vez subsanada, admitida mediante providencia del 30 de septiembre de 2021⁶.

La notificación de la demanda a las accionadas se surtió el día 7 de octubre de 2021⁷. Se cumplió con las ritualidades propias del proceso según lo preceptuado por el artículo 179 del CPACA, así: mediante providencia del 26 de abril de 2022⁸ se resolvieron las excepciones previas propuestas y a través del auto I-388 del 4 de mayo de 2022⁹ teniendo en cuenta que en el presente asunto no habían pruebas por practicar se dispuso prescindir de la etapa probatoria, y correr traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión si así lo consideraban, y al agente del Ministerio Público para que presentara concepto.

4. Alegatos de conclusión

4.1. De la parte actora

La parte actora, en esta instancia del proceso, decidió guardar silencio.

4.2. De la parte demandada

4.2.1. De la Nación-Ministerio de Educación-Fomag¹⁰.

La apoderada de la Nación-Ministerio de Educación-Fomag, alega que las prestaciones sociales del magisterio se gobiernan por las disposiciones de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". Situación jurídica se reiteró con las Leyes 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, que definieron el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados.

³ Documento 17 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal.

⁴ Documento 01 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal.

⁵ Documento 04 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal

⁶ Documento 07 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal.

⁷ Documento 10 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal

⁸ Documento 17 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal

⁹ Documento 21 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal

¹⁰ Documento 24 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Ley 91 de 1989 señaló en su artículo 15, que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionales vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se efectuará de acuerdo con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial; en tanto que, para los docentes nacionalizados vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, reguladas anteriormente por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Con la aparición de la Ley 33 de 1985, las disposiciones del artículo 27 de decreto 3135 de 1968 y aún las del literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, fueron derogadas, siendo aplicable actualmente a los empleados oficiales de todos los órdenes, lo previsto en el artículo 1º y 25 de la Ley 33 de 1985, frente a la pensión ordinaria de jubilación.

A los docentes nacionales, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante al último año de servicio.

En lo que respecta a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018, emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado, quien indicó que para el IBL, debe tomarse solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, los cuales no ponen en riesgo la garantía del derecho a la pensión del resto de los habitantes, si no por contrario asegura la viabilidad financiera del sistema.

Conforme a lo anterior, explicó que la fecha de vinculación de la demandante se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual el régimen aplicable es el previsto en la Ley 91 de 1989.

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La actora en su condición de docente nacional vinculado al Fomag, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo con la regla fijada en la prenombrada sentencia de unificación, para el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, bonificación por servicios prestados, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la señora OLGA MARIA GARCIA ALOMIA, es de acuerdo a lo previsto en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, en la base de liquidación de su pensión no se podían tomar en cuenta los factores devengados en el último año de servicios tales como "la bonificación pedagógica, y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios", pues estos factores no constituyen base de liquidación de los aportes y, por tanto, no pueden ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

La actora no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que, se insiste, no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como se solicitó en la demanda.

4.2.2. Del Departamento del Cauca.

El Departamento del Cuaca, en esta instancia del proceso, decidió guardar silencio.

5. Concepto del Ministerio Público¹¹

La agente del Ministerio Público en relación al porcentaje del reajuste por servicios en el área de preescolar, refirió que dicha remuneración se encuentra contemplada en el artículo 6° del Decreto 456 del 26 de febrero de 1984.

De acuerdo con el expediente administrativo, la docente ingresó a laborar antes de la expedición del citado decreto como docente de primaria, nivel de educación distinto al de Preescolar, por lo que se puede inferir del contenido de los actos administrativos de ascenso en el escalafón de los que fue beneficiaria y en los que se tuvo en cuenta su especialidad de educación primaria, motivo por

¹¹ Documento 23 expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

el cual no le es aplicable la referida norma y no tiene derecho al sobre sueldo del 15 %.

Frente al tema de la reliquidación de la pensión, expuso que teniendo por sentado que la parte actora a 1 de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social, acredita que contaba más de 35 años de edad y/o había laborado durante más de 15 años consecutivos, es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

La Sala Plena del Consejo de Estado en decisión de unificación, del 28 de agosto de 2018, estableció unas subreglas a fin de terminar como se debe calcular IBL para las pensiones de los docentes.

Que de acuerdo a lo probado, la actora se encuentra cobijada por las subreglas fijadas en la Sentencia de Unificación, por tanto es factible que su pensión sea liquidada con los factores salariales de su último año de servicios.

Adujo que con base en las anteriores consideraciones de carácter legal y jurisprudencial, esta Agencia del Ministerio Público considera que debe declararse la legalidad de los actos administrativos enjuiciados por cuanto no se probó la existencia de causal alguna para su nulidad de conformidad con los artículos 137 y 138 del CPACA.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Saneamiento, caducidad y competencia

- Saneamiento.

Teniendo en cuenta que a la suscrita le asiste la facultad de sanear el proceso en cada una de sus etapas, a fin de evitar nulidades procesales y fallos inhibitorios, procede la judicatura a sanear el sumario, en los siguientes términos:

La parte actora, solicita se declare la nulidad del oficio notificado el 26 de enero de 2021, a través del cual dice que el Departamento del Cauca negó el reconocimiento y pago del incremento del 15% de la asignación básica y las cotizaciones a pensión sobre dicho aumento.

Una vez revisado el oficio demandado¹², se observa que el mismo no resolvió de fondo la petición de la actora del reconocimiento y pago del incremento del 15% de la asignación básica y las cotizaciones a pensión sobre dicho aumento,

¹² Documento 02 – páginas 15 y siguientes-expediente electrónico-01primerainstancia-C01Principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

es decir, no puso fin a lo solicitado, es decir no resolvió de fondo la petición planteada.

Así las cosas, el acto administrativo que debe integrarse a la proposición jurídica a demandar, es el acto ficto negativo que se generó con ocasión a la petición elevada por la actora al Departamento del Cauca 3 de diciembre de 2020.¹³

Por lo expuesto, se saneará el proceso, en el sentido de adicionar a la proposición jurídica a demandar, el acto ficto negativo que se generó con ocasión a la petición elevada por la actora al Departamento del Cauca 3 de diciembre de 2020.

- De la caducidad y la competencia.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos fictos y que reconocen o niegan prestaciones periódicas, como en el caso bajo estudio, no están sujetos a la regla de caducidad y en consecuencia podrán ser demandados en cualquier tiempo, tal como lo señala el numeral 1º literal c) y d) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Además, teniendo en cuenta la naturaleza del medio de control, la cuantía y el último lugar en donde prestó sus servicios el demandante, este Juzgado es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

2. El problema jurídico

Le corresponde al Juzgado determinar:

1. ¿Si la accionante tiene derecho al incremento salarial y al pago de los aportes adicionales a pensión por haber laborado en el área de prescolar?

2. ¿Si la actora tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada con el promedio mensual devengado en el año inmediatamente anterior a sus estatus pensional, del retiro y teniendo en cuenta el incremento de su asignación básica por haber laborado en el área de prescolar?

3.- Tesis del Despacho

Conforme a las pruebas que obran en el plenario y de acuerdo al precedente jurisprudencial aplicable al sub lite, la accionante le asiste el derecho al

¹³ Documento 02 – páginas 19 y siguientes-expediente electrónico-01primerainstancia-C01Principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

incremento de su asignación básica por haber laborado en el área de preescolar y en su condición de docente.

Por otra parte se considera que la pensión de actora se rige por la normativa prevista en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta con base en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, entre ellos la asignación básica o sobre sueldo incrementada en un 15% , sin que puedan tenerse en cuenta un factor distinto a los enlistados en la norma en mención, debidamente cotizados.

4. Normatividad referente al sueldo de los docentes cuando laboran en el área de preescolar.

Mediante el Decreto Ley 386 de 1980 se fijó en el valor de la asignación básica correspondiente al grado en el escalafón, más un 10% de dicha asignación. Se recibía mientras el docente permaneciera en ejercicio de las funciones correspondientes a preescolar.

Por su parte el Decreto Ley 624 de 1980, modificó lo anterior, en el sentido de incrementar el porcentaje a un 15%. Porcentaje que lo mantuvo el Decreto 329 de 1981 y estableció la exigencia al educador de permanecer en ejercicio de las funciones correspondientes al cargo, para reconocer el pago.

Posteriormente el Decreto 269 de 1982 redujo el incremento sobre la asignación básica al 10% inicial y lo limitó a los directores de los establecimientos de educación preescolar que contaran con un mínimo de 4 grupos, en todos los casos que tuvieran grupo a su cargo y acreditaran título en dicha especialidad. Para el efecto definió como pertenecientes a la educación preescolar los establecimientos denominados jardines infantiles. Ello conforme a lo establecido en los literales E, I del artículo 5º y al artículo 12 ibídem.

Sin embargo, el Decreto Ley 294 de 1983 restableció para los maestros de enseñanza preescolar, el 15% sobre la asignación básica mensual.

A través del Decreto Ley 456 de 1984 se fijaron para los directores de establecimientos de educación preescolar que contaran con un mínimo de 4 grupos, siempre y cuando tuvieran uno de ellos a su cargo y acreditaran título en dicha especialidad, un 10% sobre la asignación básica, y para los maestros de enseñanza preescolar, vinculados antes de la fecha de expedición del decreto

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

o sea del 23 de febrero de 1984, un 15% adicional a la asignación básica¹⁴. Circunstancia que mantuvo el Decreto Ley 134 de 1985.

El Decreto Ley 111 de 1986 mantuvo para los maestros de enseñanza preescolar, vinculados antes del 23 de febrero de 1984, el 15% adicional a la asignación básica que devengaban a 31 de diciembre de 1.985, conforme al artículo 1° del decreto 134 de 1.985.

Posteriormente el párrafo del artículo 17 del Decreto Ley 111 de 1986, expuso:

"Los funcionarios vinculados a partir de la vigencia del Decreto Ley 134 de 1.985 a los empleos a que se refiere este artículo y los que en adelante se vinculen a dichos cargos, tendrán derecho al porcentaje que les corresponda conforme a lo establecido en el presente artículo, siempre y cuando aprueben el concurso y llenen los requisitos para el ejercicio de los empleos, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, excepto los contemplados en el literal h. (maestros de enseñanza preescolar) de este artículo cuyo sueldo será el del grado que acrediten en el Escalafón Nacional Docente, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 1° de este Decreto."

El Decreto 125 de 1988 conservó lo antes dicho, añadiendo que los porcentajes no se reconocían a los funcionarios que no ejercieran las funciones propias de los cargos, a excepción que se encontraran en comisión de estudios o comisionados para realizar actividades técnico - pedagógicas en instituciones del sector educativo, y que la sola descripción de funciones no daba derecho al reconocimiento de éstos¹⁵.

Los Decretos 44 de 1989, 74 de 1990 y 111 de 1991, en síntesis refirieron que la remuneración de los maestros de enseñanza preescolar, a partir de la expedición del Decreto 456 de 1984 (23 de febrero), el porcentaje del 15% sobre la asignación básica se limitó a quienes estuvieran vinculados con anterioridad a esta fecha y se encontraran desempeñando las funciones propias del cargo.

Mediante el Decreto 52 de 10 de enero de 1994, se modificó la remuneración del personal del Escalafón Nacional Docente y se dictaron otras disposiciones salariales para el sector educativo oficial. asimismo se fijó la asignación básica mensual para los distintos grados del Escalafón Nacional Docente, correspondiente a los empleos de carácter nacional o nacionalizado¹⁶, indicándose que a partir del 1° de enero de 1994, la remuneración mensual para quienes desempeñaran los cargos docentes que allí enumeraba se determinaría por la asignación básica, según el grado que tuviera en el Escalafón Nacional Docente, conforme a lo señalado en el artículo 1° ibídem y los porcentajes liquidados sobre la asignación básica recibida¹⁷ y se precisó que los maestros de enseñanza preescolar, vinculados antes del 23 de febrero de 1984, percibirían

¹⁴ Artículo 6°.

¹⁵ Artículos 17, 18 y 19.

¹⁶ Artículo 1°

¹⁷ Artículo 18.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

adicionalmente a la asignación básica mensual, el quince por ciento (15%) sobre la que devengarán conforme a lo dispuesto en el artículo 1º)¹⁸.

En la normatividad en mención, se expuso que los porcentajes fijados en los artículos 18 y 19 ibídem, no se reconocerían a quienes no ejercieran las funciones propias de los cargos discriminados en dichas disposiciones, salvo que se encontraran comisionados para realizar actividades técnico-pedagógicas en instituciones del sector educativo y que la sola adscripción de funciones no daba derecho al reconocimiento de los porcentajes. Ello conforme al artículo 20 del Decreto 52 de 10 de enero de 1994.

Es de tener que los dichos de que los maestros de enseñanza preescolar, vinculados antes del 23 de febrero de 1984, de percibir adicionalmente el 15% sobre su asignación básica mensual y la prohibición de reconocer ese porcentaje a quienes no ejercieran las funciones propias del cargo salvo que se encontraran comisionados para realizar actividades técnico-pedagógicas en instituciones del sector educativo y así mismo que la sola adscripción de funciones no daba derecho al reconocimiento de tales porcentajes fueron retirados en los Decretos Nos. No. 45 de 5 de enero de 1996, 45 de 10 de enero de 1997, 47 de 10 de enero de 1998 y 51 de 8 de enero de 1999.

En virtud de la normatividad en descripción, el Consejo de Estado ha concluido que “los docentes del nivel preescolar que antes del 23 de febrero de 1984 se hubiesen vinculado a dicha actividad, tenían derecho a recibir un sobresueldo del quince por ciento (15%) sobre su asignación básica y que para su reconocimiento era necesario cumplir los siguientes requisitos: **i)** que desempeñara funciones en el nivel preescolar **ii)** y que su vinculación en ese nivel se hubiese realizado con antelación a la fecha citada.”¹⁹

5. Normatividad y precedente de unificación aplicable al presente asunto, sobre los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes.

La regulación general en materia pensional rige desde la Ley 6 de 1945, que fue posteriormente modificada para el asunto que nos ocupa, a través de la Ley 4 de 1966, esto es con relación al reajuste de la pensión ordinaria de jubilación, señalando el monto de la pensión de jubilación en el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio.

Posteriormente, a través del Decreto 3135 de 1968, se establecieron los requisitos para la obtención de la pensión vitalicia de jubilación.

¹⁸ Artículo 18 parágrafo.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-SUBSECCION “B”- Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA-Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009).-Radicación número: 15001-23-31-000-2004-00051-01(0344-08)

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Este régimen pensional tuvo aplicabilidad hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, que en su artículo 25 derogó de manera expresa la disposición antes señalada²⁰.

Por su parte el párrafo 2 del artículo 1º ibídem, indicó que "Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley."

La Ley 33 de 1985, aplicable a todos los empleados oficiales de cualquier orden incluidos los docentes, igualó entre hombre y mujeres, el presupuesto para obtención de la pensión de jubilación respecto empleados oficiales en 55 años de edad y prestación del servicio por periodo de 20 años continuos o discontinuos y definió el monto de la pensión de jubilación en el 75% del promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Frente al tema de la reliquidación de las pensiones de jubilación de los docentes, el 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado, unificó su jurisprudencia y expuso²¹:

"(...)

i. "Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

1. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

2. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. 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 aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el 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.

Ahora frente al tema del IBL, El Consejo de estado, la Sala Plena de lo Contencioso profirió la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018,

²⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 18 de mayo de 2006, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Tarsicio Cáceres Toro, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-00893-01(0508-05).

²¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS - Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (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 - Sentencia de unificación - Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 -Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, en la cual se fijó como regla general que el régimen de transición de la Ley 100, mantuvo vigentes los requisitos de las normas anteriores solo en cuanto a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas, y el monto, pero en cuanto al IBL, expuso que el mismo se rige por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y prevé además dos subreglas, la primera en cuanto que el IBL debe calcularse con base en el inciso tercero del citado art. 36 en el sentido que si les faltare menos de 10 años, será el promedio del tiempo que les hiciera falta o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior debidamente actualizado, y si les faltaren más de 10 años, será el promedio de salarios cotizados durante los últimos 10 años. Y como segunda subregla, estatuye que los factores salariales corresponden solo a aquellos sobre los que se efectuaron aportes o cotizaciones.

Bajo este orden de ideas, y en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Estado, así como por el mandato del artículo 237-1 Superior y la Sentencia C-816 de 2011, siguiendo la línea de este precedente de unificación de 28 de agosto de 2018, se tiene de acuerdo con las subreglas, que el IBL corresponde al salario promedio de los factores que sirvieron de aporte o sobre los cuales efectivamente se cotizó, precisamente por su carácter de vinculante y obligatorio, y bajo las orientaciones del principio de seguridad jurídica, todos los asuntos pendientes de decisión a cargo de esta judicatura se resolverán con base en la posición unificada en comento, por lo que bajo estos parámetros procede el Despacho a analizar el caso concreto.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

5. Del caso en concreto.

La parte actora en síntesis busca que se condene el Departamento del Cauca le reconozca y pague el 15% del incremento de su asignación mensual por haber laborado como docente de preescolar, se le paguen las diferencias salariales y se cotice a pensión sobre dicho aumento.

Por otra parte solicita se condene al FOMAG reliquidar su pensión de vejez, con la inclusión al IBL de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior a su status, al de su retiro y con el incremento del 15% de la asignación básica por haber laborado en el área de preescolar.

Frente a lo solicitado por la actora y de acuerdo al material probatorio, se considera:

- Frente al incremento salarial y al pago de los aportes adicionales a pensión por haber laborado en el área de preescolar.

De acuerdo a la normatividad antes citada, cuando los docentes del nivel preescolar que antes del 23 de febrero de 1984 se hubiesen vinculado a dicha

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

actividad, tienen derecho a recibir un incremento del quince por ciento (15%) en su asignación básica y para su reconocimiento es necesario cumplir los siguientes requisitos: **i)** que desempeñara funciones en el nivel preescolar **ii)** y que su vinculación en ese nivel se hubiese realizado con antelación a la fecha citada.

De las pruebas que obran en el plenario se tiene que la actora prestó los siguientes servicios como docente al Departamento del Cauca²²:

SITUACIÓN ACTUAL DEL EMPLEADO

Certificado No:1565

Apellidos: GARCIA ALOMIA

Nombres: OLGA MARIA

Tipo de Vinculación: Nacionalizado

Nombramiento: En Propiedad

Grado: 008

Nivel: Básica Primaria

Cargo: DOCENTE

Estado: RETIRADO

Fecha:

Nro Documento: 25496671

Tipo Documento: CEDULA

Municipio: LOPEZ

Entidad: ESCUELA SAN ANTONIO DE CHUARE

Resol de Ascenso No: 140

Fecha: 16/05/06

Fecha Fiscal: 16/05/06

Fecha Próximo Ascenso: 10/06/00

Tiempo de Servicio: Total Días: 11736

Años: 32

Meses: 7

Días: 06

Total Horas Catedra: 0

HISTORIA LABORAL

Nacionalizado

Cargo	Novedad	Entidad	Municipio	Doc	Num.	Fecha	Fec. Pos	Fec.Fiscal	Fec.Hasta	T. Dias	A	M	D
DOCENTE	POSESION POR NOMBRAMIENTO	ESCUELA RURAL MIXTA BAJO SIGUI	LOPEZ	DECRETO	147	28/02/79	01/03/79	01/03/79	13/05/84	1873	5	02	13
DOCENTE	TRASLADO	ESCUELA RURAL MIXTA SANTA CRUZ DE GOLONDRO	LOPEZ	NO DEFINIDO	1315	14/05/84	14/05/84	14/05/84	12/11/03	7019	19	05	29
DOCENTE	TRASLADO	ESCUELA RURAL MIXTA CACAUAL	LOPEZ	DECRETO	2156	19/09/03	13/11/03	13/11/03	24/06/07	1302	3	07	12
DOCENTE	INCORPORACIONES	ESCUELA RURAL MIXTA CACAUAL	LOPEZ	DECRETO	495	01/06/07	25/06/07	25/06/07	11/09/11	1517	4	02	17
DOCENTE	TRASLADO	ESCUELA SAN ANTONIO DE CHUARE	LOPEZ	RESOLUCION	07685	09/09/11	12/09/11	12/09/11	06/10/11	25	0	00	25

Total Días parcial: 11736

Años Parcial: 32

Meses Parcial: 7

Días Parcial: 06

Total Días: 11736

Años: 32

Meses: 7

Días: 06

OTROS

Cargo	Novedad	Entidad	Municipio	Doc	Num.	Fecha	Fec. Pos	Fec.Fiscal	Fec.Hasta	T. Dias	A	M	D
	LICENCIA POR MATERNIDAD	ESCUELA RURAL MIXTA BAJO SIGUI	LOPEZ	RESOLUCION	4185	19/11/80	20/10/80	20/10/80	14/12/80	55	0	01	25
	LICENCIA POR MATERNIDAD	ESCUELA RURAL MIXTA BAJO SIGUI	LOPEZ	RESOLUCION	2315	25/08/83	10/06/83	10/06/83	05/08/83	56	0	01	26
	LICENCIA POR ENFERMEDAD	ESCUELA RURAL MIXTA CACAUAL	LOPEZ	RESOLUCION	3726	12/05/09	04/05/09	04/05/09	05/05/09	2	0	00	02
	RETIROS	ESCUELA SAN ANTONIO DE CHUARE	LOPEZ	RESOLUCION	08373	29/09/11		06/10/11	06/10/11	1	0	00	01

Se tiene certificación suscrita por profesional universitario de apoyo a la gestión del Departamento del Cauca, en la que se describe²³:

“Que la docente retirada OLGA MARIA GARCIA ALOMIA, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.496.671 expedida en López de Micay, fue nombrada como maestra en la escuela SANTA INES DE ASIS, mediante Decreto número 018 de marzo 04 de 1966 el cual le fue asignado el grado de preescolar hasta noviembre de 1971, al ser trasladada al C.E. CACAUAL

²² Documento 02 – página 31 – expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal.
²³ Documento 02 – página 35 – expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

con Decreto número 2156 de abril de 2003 creando el nivel de Preescolar y siendo la docente de dicho grado hasta septiembre de 2011 permutó a la I.E. SAN ANTONIO DE CHUARE, desempeñándose con el grado Preescolar donde renunció Resolución 08373 del 14 octubre de 2011.

(...)."

Del formato único para expedición de certificado laboral a nombre de la actora, se tiene que fue una docente de primaria de carácter nacionalizada, prestando sus servicios así²⁴:

NOVEDADES			TIPO DE A.A	Nro. de A.A	FECHA A.A			DESDE		
					d	m	y	d	m	y
1	Tipo de Novedad	Ing. y Reing.	Decreto	147	28/02/1979				01/03/1979	
	Plantel Educativo	ESCUELA RURAL MIXTA BAJO SIGUI								
	Municipio	Lopez (Micay) (Cau)								
Elabora: ANA MARIA SALAZAR SALAZAR			Revisa: DIOMAR CALVAZAR			Aprobó: JUAN DISLEY SALAZAR PRADO				
FOJA No. 2										
2	Tipo de Novedad	Traslados	Decreto	1315	14/05/1984				14/05/1984	
	Plantel Educativo	ESCUELA INTEGRADA AGUA CLARA GOLONDRO								
	Municipio	Lopez (Micay) (Cau)								
3	Tipo de Novedad	Traslados	Decreto	2156	19/09/2003				13/11/2003	
	Plantel Educativo	ESCUELA RURAL MIXTA CACAHAUAL								
	Municipio	Lopez (Micay) (Cau)								
4	Tipo de Novedad	Incorporación	Decreto	495	01/06/2007				25/06/2007	
	Plantel Educativo	ESCUELA RURAL MIXTA CACAHAUAL								
	Municipio	Lopez (Micay) (Cau)								
5	Tipo de Novedad	Traslados	Resolución	07685	09/09/2011				01/09/2011	
	Plantel Educativo	ESCUELA SAN ANTONIO DE CHUARE								
	Municipio	Lopez (Micay) (Cau)								
TIEMPO TOTAL					6 - 7 - 32					

Se tienen certificados de los salarios devengados por la actora, desde el año de 1979 a 2011, en donde no se observa concepto alguno por pago del aumento equivalente al 15% de la asignación básica por trabajo en el área de preescolar.

De las pruebas en descripción, se observa que a la actora le asiste el derecho a devengar el incremento del 15% de la asignación básica mensual, ya que la misma durante su vinculación como docente del sector público desempeñó funciones en el nivel preescolar y su vinculación en dicho nivel se realizó antes del 23 de febrero de 1984.

Por tanto, el Departamento del Cauca deberá reliquidar y pagar las diferencias salariales, prestacionales y realizar las respectivas cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones que se generen con ocasión del 15% adicional que debió cancelar sobre la asignación básica.

No obstante, por prescripción extintiva del derecho atendiendo que la actora se retiró del servicio el 6 de octubre de 2011 y que la solicitud se realizó el 3 de diciembre de 2020, las diferencias salariales y prestacionales se encuentran prescritas.

²⁴ Documento 11 – páginas 10 y siguientes – expediente electrónico-01primerainstancia-C01principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No así el pago de los aportes sobre las diferencias salariales. Por tanto el Departamento del Cauca, debe realizar las cotizaciones a pensión ante el FOMAG, sobre la diferencia existente entre la asignación básica pagada durante su vinculación como docente en el área de preescolar y la que realmente se debió pagar la cual era equivalente a su asignación básica incrementada en un 15%.

Lo anterior teniendo en cuenta que el término de prescripción no opera en cuanto al pronunciamiento sobre los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social, ya que son imprescriptibles atendiendo su relación con el reconocimiento de prestaciones periódicas (pensión).

- Frente a la reliquidación de la pensión de jubilación.

Frente a ello, se tiene que la actora es una docente de carácter nacionalizada, con vinculación a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL CUACA desde el 01/03/1979 al 31/12/1989 y desde el 01/01/1990 al 06/10/2011 al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.²⁵

La demandante adquirió sus status de jubilada el 21 de septiembre de 1996, por lo que la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA en nombre y representación de la NACION-FONDONACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución N° 244 del 6 de abril de 1998²⁶, le reconocieron una pensión de jubilación, en cuantía de \$231.571,33, a partir del 22 de septiembre de 1996, monto que se estableció al tener en cuenta en el IBL, la asignación básica, la prima de navidad prima de alimentación y subsidio de transporte-movilidad.

Se tiene que mediante Resolución 08373 de septiembre de 2011²⁷, el Departamento del Cauca aceptó la renuncia a la actora, a partir del 6 de octubre de 2011.

Posteriormente, mediante Resolución 1208-09-2015 del 1 de septiembre de 2015²⁸ la SECRETARIA DE EDUCACION DEL CAUCA en nombre y representación de la NACION-FONDONACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidó la pensión de jubilación de la actora, teniendo en cuenta el siguiente IBL: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentos y auxilio de movilización. Estableciéndose una mesada pensional equivalente a \$1.072.505 pesos.

²⁵ Documento 11 – páginas 11 y siguientes – 01primerainstancia-C01principal.

²⁶ Documento 02 – páginas 25 y siguientes – 01primerainstancia-C01principal.

²⁷ Documento 11 – páginas 8 y siguientes – 01primerainstancia-C01principal.

²⁸ Documento 11 – páginas 32 y siguientes – 01primerainstancia-C01principal.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En lo que respecta a los factores salariales, en sentencia de unificación ya reseñada se estableció 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, equiparándose de esta manera al régimen general. Y como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989.

De conformidad con el artículo 2º de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley en mención serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la ley.

Así las cosas, la accionante en su condición de docente, tienen derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es decir, de acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, por lo que para el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta con base en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes y no puede tenerse en cuenta un factor distinto a los enlistados en dicha norma que son:

- Asignación básica mensual.
- Gastos de representación.
- Prima técnica, cuando sea factor de salario.
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario.
- Remuneración por trabajo dominical o festivo.
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

Así las cosas, en la base de liquidación de la pensión de la actora, no se pueden tener o tomar en cuenta factores distintos a los enlistados en la norma en mención, debidamente cotizados.

En los actos administrativos a través de los cuales se reconoció la pensión de jubilación de la actora y el que la reliquidó, se tuvo en cuenta el siguiente IBL: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentos y auxilio de movilización.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se observa que en el acto administrativo de reconocimiento pensional y en el de reliquidación, se incluyeron como factores salariales en la base de liquidación, la prima de navidad y la prima de vacaciones, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985, dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación, pero es de tener en cuenta que los actos acusados no pueden ser modificados en aquello que no fue objeto de litigio ni de demanda de reconvención.

No obstante lo anterior, esta judicatura observa que al momento de liquidarse y reliquidarse la pensión de la actora, no se tuvo en cuenta la asignación básica incrementada en un 15% al que tiene derecho por haber laborado en el área de preescolar según lo expuesto en acápite anterior, toda vez que no ha sido pagada ni cotizada por el empleador

No puede pretextarse que dicho incremento no puede ser tenido en cuenta por falta de cotización, ya que la entidad pensional no puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias negativas que se puedan derivar sobre el no pago de aportes que en esta sentencia se ordenan pagar al respectivo Fondo de Pensión.²⁹

Ahora, frente a la mora en el pago de aportes y cotizaciones pensionales, la Corte Constitucional en la sentencia en cita, refirió:

"Se considera que el empleador al no afiliar o incumplir con el pago de las respectivas cotizaciones desconoce su obligación legal y reglamentaria, al igual que vulnera el derecho fundamental a la seguridad social del trabajador, el cual no puede verse afectado por una obligación que incumple quien lo contrata, máxime cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, conforme con lo dispuesto antes en el Acuerdo 049 de 1990 y luego en la Ley 100 de 1993, pueden iniciar el cobro ejecutivo por los incumplimientos legales en los que incurran los empleadores, como por ejemplo ante la omisión en la afiliación y/o la omisión en el pago de aportes a la seguridad social de sus trabajadores, lo cual está regulado como una obligación general de los empleadores."

Así las cosas, se declarará la nulidad parcial de los actos administrativos deprecados, que negaron a la actora el reconocimiento y pago de una liquidación, por lo que a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que proceda a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Olga María García Alomia, teniendo en cuenta la asignación básica incrementada en un 15%.

Prescripción: De conformidad con las pruebas que obran en el plenario, la actora, elevó petición reliquidación pensional, el 3 de diciembre de 2020, siendo ésta la última solicitud elevada frente a la prestación económica en mención. La demanda fue incoada el día 6 de agosto de 2021, es decir, no transcurrieron más

²⁹ Corte Constitucional sentencia T-064 de 2018.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de tres años, en tal circunstancia ha ocurrido el fenómeno prescriptivo de las diferencias causadas con anterioridad al 3 de diciembre de 2017.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada para la pensión gracia, se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

6. Condena en costas

Según lo previsto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia deberá disponer "sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su vez, el artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Atendiendo que las pretensiones de la demanda prosperaron de forma parcial, no se condenará en costas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar la nulidad del acto administrativo ficto negativo generado con ocasión a la petición del 3 de diciembre de 2020 y la nulidad parcial de las Resoluciones 244 del 6 de abril 1998 y N° 1208-09-2015 del 1 de septiembre de 2015, por las razones antes expuestas

SEGUNDO.- Condenar al DEPARTAMENTO DEL CAUCA a título de restablecimiento de derecho, a realizar las cotizaciones a pensión a favor de la actora, sobre la diferencia existente entre la asignación básica pagada durante su vinculación como docente en el área de preescolar (conforme a las certificaciones de tiempo descritas en la parte motiva) y la que realmente se

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

debió pagar, la cual era equivalente a su asignación básica incrementada en un 15%.

TERCERO.- Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que proceda a reliquidar la pensión de jubilación de la señora Olga María García Alomia, teniendo en cuenta la asignación básica incrementada en un 15%.

CUARTO.- Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales generadas con anterioridad al 3 de diciembre de 2017, por las razones que anteceden.

QUINTO.- Las sumas que se liquiden a favor del accionante, serán actualizadas, mes a mes por cada mesada pensional por tratarse de pagos sucesivos, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando la siguiente fórmula jurisprudencial:

$$R = Rh \times \frac{\text{I.P.C. (final)}}{\text{I.P.C. (inicial)}}$$

Donde R (renta) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh) o lo dejado de percibir mes a mes, por la suma que resulte de dividir el IPC (final) certificado por el DANE a la fecha de ejecutoria de la presente providencia, por el IPC vigente a la fecha en que debió efectuarse cada pago.

SEXTO.- Dar cumplimiento a esta decisión en los términos de los artículos 187 a 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Sin costas, por las razones expuestas.

NOVENO.- Una vez liquidados por Secretaría, devuélvase a la parte actora el excedente de gastos ordinarios del proceso.

DÉCIMO.- Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO.- Notifíquese la presente providencia en forma electrónica tal como lo dispone el artículo 203 del CPACA.

- A la parte actora: andrewx22@hotmail.com abogados@accionlegal.com.

Expediente No: 19001-33-33-006-2021-00158-00
Demandante: OLGA MARIA GARCIA ALOMIA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG Y OTRO
Medio De Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Al FOMAG: notjudicial@fiduprevisora.com.co;
procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co;
t_ygarzon@fiduprevisora.com.co.
- Al Departamento del Cauca: migamor27@gmail.com;
juridica.educacion@cauca.gov.co; notificaciones@cauca.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ