



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª No. 2-18 FAX (092)8209563
Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, siete (07) de diciembre del dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE: 19001 33 33 008 2015 00442 00
DEMANDANTE: FABIO LEON BENAVIDES BRAVO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA N° 179.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda.

Procede el Juzgado a decidir la demanda que en ejercicio de la acción contencioso administrativa- medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó a través de apoderado judicial el señor FABIO LEON BENAVIDES BRAVO, contra LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tendiente a obtener la nulidad del acto administrativo ficto que se configuró producto del silencio negativo por parte de la administración al no dar respuesta a la petición del 29 de mayo de 2014, cuyo objeto era el reajuste de la pensión de vejez teniendo en cuenta todos los factores salariales.

A título de restablecimiento del derecho pretende el reconocimiento y pago del reajuste pensional con inclusión de todos los factores de salario devengados en el año previo a la adquisición del estatus pensional, así como los percibidos en el año anterior al retiro definitivo de servicios.

Como supuestos fácticos de la demanda se plantea, en síntesis, que mediante la Resolución N° 1197 del 25 de octubre de 2005, se reconoció y pagó una pensión mensual de vejez en favor del señor Benavides Bravo, efectiva a partir del 03 de noviembre de 2004; y que posteriormente, el 29 de mayo de 2014, él presentó petición en el sentido de que se reliquidara la prestación, sin obtener respuesta.

Argumenta que el acto ficto producto del silencio negativo de la administración, viola disposiciones superiores como las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, así como la regla jurisprudencial asentada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010 (folios 9 a12 C. Principal).

1.2.- Contestación de la demanda (folios 33 a 35 C. Principal).

La Nación-Ministerio de educación-Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio en su escrito contestario consignó que el acto administrativo que reconoció la pensión de vejez al actor, se ajusta a derecho reconociendo los factores salariales que estipula la normatividad en la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003 y Decreto 1158 de 1998, por lo que no hay lugar al restablecimiento del derecho solicitado.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: "Falta de legitimidad por pasiva"; "Indebida presentación de la demanda"; "Prescripción" e "Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley".

Sentencia N° 179 de 07 de diciembre de 2018
Expediente: 19001-33-33-008-2015-00442-00
Actor: FABIO LEÓN BENAVIDES BRAVO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1.3.- Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el 13 de noviembre de 2015 (fl. 15), fue admitida mediante Auto Interlocutorio N° 1233 de 18 de noviembre de 2015 (fl. 17-19), procediendo a su notificación (fl. 23-27).

La defensa de la entidad contestó la demanda, corriéndose traslado de las excepciones (fl. 55-57), en la audiencia inicial además de fijar el litigio, se decretaron las pruebas necesarias, conducentes y pertinentes (fl. 59-60 C. Principal).

La audiencia de pruebas se realizó el 21 de febrero de 2018, recaudándose las pruebas decretadas y finalmente tras considerar innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se corrió traslado a las partes para que presenten por escrito sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera concepto, si lo estimaba necesario (fl. 71-73).

1.4.- Alegatos de conclusión.

En sus alegatos conclusivos, el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación Nacional-FOMAG, argumentó que el actor fue pensionado según los preceptos de la Ley 33 de 1985, por lo que su solicitud de reconocimiento de las primas de navidad, vacaciones y alimentación no son factores salariales computables para la determinación del monto de la pensión, dado que no hacen parte de la lista taxativa de factores que conforman el ingreso base de liquidación de aportes. Refiere que en posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado se ha establecido que no todos los factores salariales que devenga el educador afiliado al Fondo son susceptibles de ser tenidos en cuenta dentro de las liquidaciones de las pensiones de jubilación (fl. 74-76 C. Principal).

El apoderado de la parte demandante no hizo uso de la oportunidad procesal de alegatos de conclusión.

La representante del Ministerio Público conceptuó con base en jurisprudencia del Consejo de Estado, que el régimen aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, como considera es el caso del demandante, corresponde al previsto en la Ley 33 de 1985; y en ese orden de ideas respecto del ingreso base de liquidación debe tenerse en cuenta la regla sentada por la Sección Segunda de la Corporación en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, según la cual deben incluirse todos los factores de salario efectivamente devengados por el docente en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, dado a que la norma, según refiere, no indica los factores en forma taxativa.

Asimismo manifiesta que las reglas establecidas en la citada sentencia de unificación han sido reiteradas por la Sala Plena de la Sección Segunda en la sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016; sosteniendo que las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 dictadas por la Corte Constitucional no son aplicables al caso de los docentes, por cuanto hacen referencia al IBL con base en lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En conclusión, la Procuradora 74 Judicial I Delegada para este Juzgado, conceptúa que debe declararse la nulidad del acto ficto y ordenarse la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio. De igual forma, refiere que debe procederse con el descuento de los aportes en caso de que el actor no los haya realizado (fl. 77-84).

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Caducidad y Competencia.

En el presente caso, la demanda por versar sobre actos administrativos que niegan prestaciones periódicas no está sujeta al término de caducidad en los términos del artículo 164 numeral primero literal C de la Ley 1437 de 2011.

Sentencia Nº 179 de 07 de diciembre de 2018

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00442-00
Actor: FABIO LEON BENAVIDES BRAVO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por la naturaleza del medio de control, la fecha de presentación de la demanda, el último lugar donde se prestó el servicio y el monto de la prestación reclamada, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia conforme a los artículos 138, 155 numeral 2 y 156 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011.

2.2.- Problema jurídico principal.

Tal como se estableció en la audiencia inicial, el problema jurídico a resolver en el presente asunto se centra en determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado de la petición presentada el 29 de mayo de 2014, la cual negó la reliquidación de la prestación, con el consecuente restablecimiento del derecho consistente en el reajuste de la pensión de jubilación reconocida en el año 2004 teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

2.2.1.- Problemas jurídicos asociados

✚ ¿El demandante cotizó para su pensión factores salariales que se encuentren incluidos en la Ley 33 de 1985, y que no hayan sido reconocidos por la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio?

✚ Al momento en que se liquidó la pensión de vejez del actor, se tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados y cotizados durante el año previo a la adquisición de su estatus pensional?

✚ ¿Cuál es el alcance de la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado dentro del expediente 201200143-01, en el caso concreto de pensión docente?

2.3.- Tesis.

El Despacho negará las pretensiones en atención a las previsiones del artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y el actual precedente contencioso administrativo y constitucional, por lo cual se aplicará lo previsto en las leyes 33 y 62 de 1985 observando los factores allí enlistados sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de pensiones.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Lo probado en el proceso; (ii) Del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de pensiones de los docentes oficiales, (iii) Factores salariales; (iv) El caso en concreto; (v) Costas y agencias en derecho.

2.4.- Marco jurídico.

✚ Legales:

- Artículo 48 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005
- Leyes 33 y 62 de 1985, 91 de 1989, 60 de 1993, 812 de 2003
- Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978.

✚ Jurisprudenciales:

- Consejo de Estado- Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018.

2.5.- Razones de la decisión.

PRIMERA.- Lo probado dentro del proceso.

✚ Con la Resolución Nº 1197 del 25 de octubre de 2005¹, se tiene que la Nación resolvió reconocer y pagar al señor Fabio León Benavides una pensión de jubilación, como docente

¹ Folios 6 y 7 del C. Principal.

Sentencia N° 179 de 07 de diciembre de 2018

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00442-00
Actor: FABIO LEON BENAVIDES BRAVO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de vinculación nacionalizado, con estatus jurídico del 02 de noviembre de 2004, siendo efectiva a partir del 03 de noviembre de 2004.

↓ Durante el año previo a la adquisición del estatus pensional, el actor devengó los siguientes factores de salario: "*asignación básica, prima de alimentación, horas extras, prima de vacaciones*"²

↓ Con la petición radicada el 29 de mayo de 2014³, se tiene que el apoderado del señor Fabio León Benavides solicitó la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta todos los factores constitutivos de salario.

Dentro de la etapa probatoria, se aportó el expediente administrativo del señor Fabio León Benavides⁴, del cual se tienen como probados los siguientes hechos:

↓ Con la Resolución Nro. 08335 de 06 de noviembre de 2014⁵, se tiene que el Secretario de Educación del departamento del Cauca resolvió retirar del servicio activo por edad, al señor Fabio León Benavides en calidad de docente de aula a partir del 02 de noviembre de 2014.

↓ Con el formato único para la expedición de certificado de salarios⁶, se tiene que el señor Fabio Benavides Bravo, recibió durante su último año de servicios, es decir entre noviembre de 2013 y noviembre de 2014, los siguientes factores salariales: "*Asignación básica, prima de alimentación especial, Prima de navidad, Prima de vacaciones docentes, Prima de servicios*".

↓ Con el Certificado de tiempo de servicios expedido por la Secretaría de Educación del departamento del Cauca⁷, se tiene que el señor Fabio León Benavides prestó sus servicios desde el 06 de noviembre de 1982, en calidad de docente nacionalizado.

↓ Con la Resolución N° 1953 de 29 de octubre de 2015⁸, se tiene que la Secretaría de Educación del departamento del Cauca actuando en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidó la pensión de vejez del señor Fabio León Benavides teniendo en cuenta como factores: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones.

↓ A su vez, se resolvió que la mesada pensional del actor correspondía al 75% del promedio de factores salariales sobre los cuales realizó aportes el docente durante el último año de servicio anterior al estatus. Como disposiciones se dice eran aplicables la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 812 de 2003, Decreto 2341 de 2003, Decreto 1158 de 1994 y la Ley 1151 de 2007.

Con base en los anteriores supuestos fácticos se descenderá a estudiar el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de pensiones en el caso de los docentes oficiales.

SEGUNDA.- Del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de pensiones de los docentes oficiales.

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

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

[...]

2. Pensiones:

[...]

² Folio 5 ibídem.

³ Folio 8 ibídem.

⁴ Folio 5 del Cuaderno de pruebas, obra en CD-ROM.

⁵ Folio 27 del medio magnético que obra a folio 5 del Cuaderno de pruebas.

⁶ Folio 193 ibídem.

⁷ Folio 289 ibídem.

⁸ Folio 376 ibídem.

Sentencia N° 179 de 07 de diciembre de 2018

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00442-00
Actor: FABIO LEON BENAVIDES BRAVO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

Según ello, los docentes nacionales y nacionalizados y los que se vincularon a partir del 1° de enero de 1990 se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, o los que se expidieran en el futuro, con las excepciones consagradas en esa ley.

Las normas especiales que rigen a los docentes del sector oficial no contienen un régimen pensional de vejez, como puede evidenciarse en las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994 y, por tanto, la Ley 33 de 1985 resultaba aplicable para ellos.

De otro lado, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁹, prevé que las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993. Y a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2005:

"(...) Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 (...)."

Así las cosas, en el evento que la vinculación al servicio docente hubiese sido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, al 26 de junio de 2003, los docentes se regirán por la Ley 91 de 1989 y, en consecuencia, el reconocimiento pensional debe efectuarse de acuerdo con lo previsto en la Ley 33 de 1985 en cuanto a los factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación pensional.

De otra parte, debe indicarse que el ordenamiento jurídico colombiano, tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como en la ley se reconoce que los docentes oficiales tienen derecho a disfrutar la pensión de jubilación mientras continúan prestando el servicio público de educación¹⁰.

Así, el Decreto 224 de 1972, vigente a la fecha, regula en su artículo 5° que:

"(...) El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto, para la tarea docente, pero se decretará el retiro forzoso al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. (...)"

El artículo 6° de la Ley 60 de 1993 mantuvo la compatibilidad entre prestaciones pensionales y las asignaciones derivadas del ejercicio de la actividad docente:

"(...) ARTÍCULO 6o. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

(...)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será

⁹ Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. [...].

¹⁰ Ver sentencias del 7 de septiembre de 2006 con ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, Radicación: 25000232500019990569501 (931-05) y del 3 de mayo de 2012 con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 68001233100020080028701 (1896-11)

Sentencia N° 179 de 07 de diciembre de 2018

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00442-00
Actor: FABIO LEÓN BENAVIDES BRAVO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial."

Con base en esta prerrogativa y en aplicación del artículo 9 de la Ley 71 de 1988¹¹ las personas que se retiran del servicio han tenido **derecho** a que su pensión sea reliquidada con el promedio de lo devengado durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, con lo cual se incrementa el monto pensional, sea porque se devenguen otros factores computables o porque el salario base de liquidación sea superior que el que sirvió de base a la pensión devengada en ese momento.

En el caso en comento, se evidencia con lo probado en el proceso, que el señor Fabio León Benavides Bravo pese a devengar pensión de jubilación, continuó trabajando después de haber adquirido su estatus pensional, y que en aplicación de la normatividad expuesta, su pensión le fue reliquidada con el promedio equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario devengado durante el último año de servicios.

Determinado lo anterior el Despacho pasará a pronunciarse respecto a los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión vitalicia reconocida al actor, con base en la actual posición jurisprudencial.

CUARTO.- Factores salariales.

Respecto de los factores salariales que deban ser incluidos al momento de liquidar las pensiones de jubilación, en sentencia de unificación del Consejo de Estado, de 28 de agosto de 2018, número de proceso 2012-00143-01, se fijaron unas reglas jurisprudenciales:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

(...)

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

De igual forma, en el mismo fallo unificador, se precisó que la primera regla establecida en esa providencia, así como su primera subregla, no cobijaba a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989¹².

¹¹ Artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social. Parágrafo.- La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles."

¹² Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"

Sentencia Nº 179 de 07 de diciembre de 2018

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00442-00
Actor: FABIO LEON BENAVIDES BRAVO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sin embargo, el órgano de cierre enfatizó en que para la liquidación de las pensiones solo deben incluirse los factores salariales sobre los que se haya realizado el aporte o cotización.

Lo anterior implicó que dicha Corporación revaluara la interpretación que había asentado en sentencia de 4 de agosto de 2010, en el sentido que la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, lo que, en su sentir:

"... va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. (ya que) La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base".

Si bien la sentencia IJ de 28 de agosto de 2018 hizo un análisis en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; constituye una pauta transversal aplicable a la liquidación del Ingreso Base de Liquidación de todas las pensiones de vejez, en tanto varió significativamente el concepto de salario.

En efecto, la interpretación que se había afirmado en sentencia de 4 de agosto de 2010 sobre la no taxatividad de los factores de salario enlistados en la Ley 33 de 1985, fue revaluada bajo el entendimiento que se estaba soslayando el principio de solidaridad en materia de seguridad social y la libertad de configuración del legislador.

De este modo, aunque el personal docente se encuentra expresamente exceptuado de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, le resulta aplicable la segunda subregla de la sentencia de unificación en comento, toda vez que al haberse reevaluado el concepto de salario que en su momento acogió la plenaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 04 de agosto de 2010, resulta forzoso conformar el IBL únicamente con aquellos factores enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985 y sobre las cuales se hayan efectuado aportes a pensión.

Significa lo anterior, que las pensiones de las personas beneficiarias de los regímenes exceptuados, que se rigen por la ley 33 de 1985, les resulta aplicable de ésta la edad, monto, tiempo de servicios, y en lo referente al ingreso base de liquidación, solo se incluirán los factores salariales sobre los que se hicieron los aportes, disposición que además tiene reforzamiento constitucional comoquiera que así lo consagra de manera expresa el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto legislativo 01 de 2005.

Por lo anterior, este despacho varía la regla que venía aplicando para la liquidación de las pensiones de los docentes.

QUINTA.- El caso en concreto.

Descendiendo al caso bajo estudio, se observa que el señor Fabio León Benavides Bravo nació el 02 de noviembre de 1949 y se vinculó al servicio docente desde el 06 de noviembre de 1982 hasta el 06 de noviembre de 2014; en consecuencia, el reconocimiento pensional debe sujetarse íntegramente a lo establecido en la Ley 91 de 1989 y de contera a la Ley 33 y 62 de 1985, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional.

Lo que se solicita con la demanda es la reliquidación con inclusión de todos los factores de salario devengados en el año previo a la adquisición de su estatus pensional, es decir el periodo comprendido entre el 03 de noviembre de 2003 al 03 de noviembre de 2004.

Con el material probatorio se tiene que la pensión al demandante fue reconocida y liquidada con el ingreso base de liquidación establecido en la Ley 33 de 1985, modificada en su artículo 3 por la Ley 62 de ese mismo año, esto es, con el promedio de lo devengado en el último

Sentencia N° 179 de 07 de diciembre de 2018

Expediente: 19001-33-33-008-2015-00442-00
Actor: FABIO LEON BENAVIDES BRAVO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

año de servicios, con inclusión de los factores salariales que sirvieron de base para los aportes, y con una tasa de reemplazo del 75%.

Asimismo, se evidencia que la pensión por vejez del señor Fabio León Benavides fue reliquidada con la Resolución N° 1953 de 29 de octubre de 2015¹³ dado que continuó laborando en el servicio docente.

Ahora, en aras de determinar si es procedente la reliquidación de la pensión con base en los factores salariales devengados durante el año previo a la adquisición de su estatus pensional, se procederá a realizar el comparativo con los factores enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, y aquellos que efectivamente hubiere cotizado al Sistema de Pensiones.

En la Ley 33 de 1985, con la modificación de la Ley 62 de 1985, los factores a tener en cuenta son: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. Y adicionalmente se indica que las pensiones se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

De acuerdo con las certificaciones laborales que obra a folio 5 del cuaderno principal, en el expediente administrativo que obra en medio magnético¹⁴ y de la Resolución 1197 de 25 de octubre de 2005¹⁵, se desprende lo siguiente:

- Durante el año previo a la adquisición del estatus pensional (3 noviembre de 2003 a 3 de noviembre de 2004), devengó: asignación básica, prima de alimentación, horas extras, prima de vacaciones.
- En el periodo comprendido entre noviembre de 2013 a noviembre de 2014, último año de servicios, devengó los siguientes factores: asignación básica, prima de alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones docentes.
- Para la pensión de vejez del señor Fabio León Benavides, se tuvo en cuenta únicamente la asignación básica.
- Para la reliquidación de la pensión de vejez del actor, se incluyeron los factores de: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios.

De los factores salariales devengados por el actor en el periodo previo a su retiro efectivo del servicio, se señala que no se tuvo en cuenta la prima de alimentación especial, empero dicho factor que no está incluido en el listado taxativo del artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de ese mismo año. De igual manera, se resalta que como se refirió en la Resolución que le reliquidó la pensión de vejez, sobre ese factor no se hizo cotización, por lo que será improcedente la reliquidación pretendida.

Durante el último año de servicios previo a la adquisición de su estatus pensional, se resalta que las horas extras laboradas por el señor Fabio León Benavides se encuentran enlistadas en lo dispuesto por la normativa señalada *ut supra*. Sin embargo, del certificado de salarios se desprende que las mismas se certificaron por un valor genérico para todo el mes de noviembre de 2004, sin que pueda determinarse si en los primeros 3 días de noviembre que es el periodo que abarca la liquidación del IBL también fueron devengadas, por lo cual no será procedente reliquidar su prestación periódica por este rubro.

¹³ Folio 376 Ibidem.

¹⁴ Folio 5 del Cuaderno de pruebas, CD ROM contentivo del expediente administrativo del actor.

¹⁵ Ibidem. con número de folio interno 182 a 186.

Sentencia N° 179 de 07 de diciembre de 2018
Expediente: 19001-33-33-008-2015-00442-00
Actor: FABIO LEON BENAVIDES BRAVO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Finalmente, de acuerdo con la lista taxativa dispuesta en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, no se observan factores adicionales que deban ser tenidos en cuenta; por tanto no le asiste derecho a la parte accionante a que sean incluidas. De hecho, se advierte que se incluyó en el ingreso base de liquidación conceptos distintos a los indicados en la referida normatividad, sin embargo en virtud de los principios de justicia rogada y presunción de legalidad, no corresponde a esta Jueza dar órdenes al respecto.

En consecuencia, prosperan las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY" formulada por la entidad demandada, no siendo viable la re-liquidación pensional con inclusión de todos los factores de salario solicitada por la parte actora.

SEXTA.- Costas.

En consideración a que las pretensiones de la demanda no prosperan en virtud del paradigma jurisprudencial señalado en esta providencia; y toda vez que la ausencia de condena obedece a la variación del precedente horizontal del juzgado, no se condenará en costas al demandante.

DECISION.

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar probadas las excepciones de "Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley" formulada por la entidad demandada, según lo expuesto.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda, según lo señalado en esta providencia.

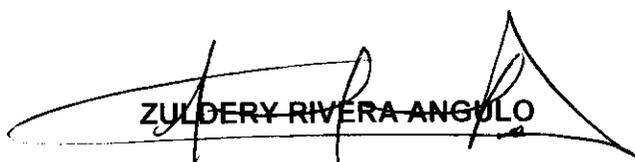
TERCERO.- NO SE CONDENA en costas a la parte demandante, de acuerdo con lo señalado en esta providencia.

CUARTO.- Archívese el expediente una vez cobre firmeza esta providencia.

QUINTO.- Esta providencia se notifica según lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA para su eventual apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Jueza,


ZULDERY RIVERA ANGULO

