REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4 # 2-18 Esquina. Emailj08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta (30) de octubre de 2020

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00327-00
ACTOR: OLGA MARIA CHICANGANA BRAVO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 213

1.- ANTECEDENTES.

Procede el Despacho a decidir la demanda que en Acción Contencioso Administrativa- medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, impetró la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a fin que se declare la nulidad de la Resolución nro. 2311 del 15 de diciembre de 2015, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho pretende la actora que se condene a la entidad accionada al pago de la reliquidación de la pensión de jubilación, así como de las diferencias pensionales causadas mes por mes, teniendo como base para la liquidación el promedio mensual devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional, incluyendo todos los factores salariales de dicho periodo.

Como base fáctica, se afirmó en la demanda[1], que la actora prestó sus servicios al Estado en el sector de la Educación en el municipio de Popayán por un periodo superior a 25 años de servicios.

Que la actora cumplió con los requisitos legales para obtener la pensión de jubilación el 22 de agosto de 2012, y que por ese motivo se expidieron las Resoluciones nro. 057 y 20171700072174, las cuales según se afirma, no tuvieron en cuenta la prima de navidad, ni la prima de servicios devengados en el último año antes de adquirir su estatus pensional.

Como normas infringidas se señalan las disposiciones de rango legal señalads en la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 91 de 1989, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, Ley 115 de 1994 y Ley 812 de 2003.

En el concepto de la violación de las referidas normas, en síntesis, se argumentó que la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO pertenece al régimen de la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, y por lo tanto, el cálculo del salario base de liquidación de su pensión debió incluir todos los factores salariales que devengó en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus pensional.

Este extremo procesal no presentó alegatos de conclusión.

1.2.- La oposición.

La defensa de la Nación- Ministerio de Educación- FOMAG presentó su contestación de la demanda, manifestando que las pretensiones no encontraban sustento jurídico por cuanto para la liquidación de las pensiones solo se debía tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones, ya que según afirma, fue el

legislador quien enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que debe limitar dicha base.

Propusó como excepciones: "ausencia del contradictorio necesario", "presunción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad", "Excepción de presunción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad", "Excepción de ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico", "Excepción de inaplicabilidad de la sanción mora", "Excepción de cobro de lo no debido", "Excepción de prescripción", "Excepción de compensación", "Excepción de sostenibilidad financiera" y "Excepción de buena fe".

La defensa de la Nación, en sus alegatos de conclusión, se remitió a las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 y del 25 de abril de 2019, concluyendo que únicamente debía tomarse los factores sobre los que se efectuaron aportes durante la vida laboral de la actora, por lo que no era procedente incluir en la liquidación de la pensión factores sobre los cuales el docente no haya hecho los respectivos aportes.

De esta manera solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

1.3.- Intervención del Ministerio Público.

La representante del Ministerio Público no presentó concepto en el asunto de la referencia.

1.4.- Relación de etapas surtidas.

La demanda fue presentada el 7 de diciembre de 2018, siendo admitida mediante auto interlocutorio núm. 006 del 21 de enero de 2019, procediendo a su debida notificación.

La contestación de la demanda se presentó dentro del término legal, por lo que se procedió a fijar fecha de audiencia inicial.

Encontrándose el asunto para llevar a cabo la audiencia inicial, el Despacho atendiendo los ajustes normativos dispuestos por el Gobierno Nacional a través del Decreto Legislativo nro. 806 del 4 de junio de 2020, dictó el auto interlocutorio núm. 414 del 6 de julio de de 2020, el cual corrió traslado de las excepciones previas a la parte actora, las cuales fueron resueltas a través del auto interlocutorio núm. 544 del 7 de septiembre de 2020.

Por otra parte, en el mencionado auto también se resolvió tener como interviniente en el presente asunto a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Como se trata de determinar la legalidad de un acto administrativo en virtud de la función administrativa a cargo de la Nación, por la naturaleza del asunto, la cuantía de las pretensiones y el lugar donde se prestó el servicio este Juzgado es competente en primera instancia para resolverlo (artículos 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011).

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO, no ha caducado, atendiendo que se pretende la nulidad de actos administrativos que reconocieron prestaciones periódicas.

2.2.- Problema jurídico principal.

Corresponde al Despacho determinar la legalidad del acto administrativo contenido en la Resolución nro. 2311-1-2015 del 15 de diciembre de 2015, o si, por el contrario, le asiste razón a la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO en cuanto a que este se encuentra viciado de nulidad por el hecho que no se liquidó su pensión con la inclusión de

todos los factores salariales percibidos en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional.

2.3.- Tesis.

Se denegarán las pretensiones de la demanda por cuanto la pensión de jubilación de la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO se liquidó de manera adecuada y conforme a la Ley 33 de 1985, por lo tanto, no es procedente acceder a incluir en la liquidación de la pensión, factores tales como la prima de servicios y de navidad.

2.4.- Marco jurídico.

Como fuente del derecho para decidir el litigio se tendrá en cuenta:

- El artículo 48 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

- Las leyes 33 y 62 de 1985, 91 de 1989, 100 de 1993 y 812 de 2003.

- La sentencia de unificación del Consejo de Estado de 25 de abril de 2019 radicado interno 0935-2017. En relación con los factores de salario que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional.

❖ La reliquidación pensional de los docentes oficiales.

Conforme al marco referido, recordemos que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló que, a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les aplicaría en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional:

> *"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:*
> *[…]*
> *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 […]".*

Entonces, como ni las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994 consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para el sector público docente, la Ley 33 de 1985, régimen general vigente para la época, constituía para ellos el régimen aplicable en esta materia.

En la actualidad, conforme a lo establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los docentes oficiales que se vinculen a partir de su entrada en vigencia, se gobernarán en materia pensional por el régimen de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993, mientras que, los educadores vinculados con anterioridad a esa fecha, se continúan rigiendo por la normativa anterior; es decir, la Ley 33 de 1985.

Esa regla especial fue elevada a rango constitucional, a través del parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Ahora, en cuanto a los factores de salario que deben observarse para liquidar la prestación, de acuerdo con las pautas de la jurisprudencia del Consejo de Estado del año 2010 se venía dando aplicación integral a la Ley 33 de 1985, así como ordenando la inclusión de todos los factores de salario devengados por el educador en el año anterior al cumplimiento del estatus de pensionado, o del retiro definitivo del servicio, aunque los mismos no estuvieran expresamente enlistados en esa norma; ello bajo la consideración que

constituían salario según la definición que hiciera la Sala Plena de la Sección Segunda de esa Alta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010. Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de la sentencia IJ de 28 de agosto de 2018 revaluó la tesis de la Sección Segunda, restringió el alcance del concepto de salario y sentó unas reglas jurisprudenciales en las que no incluyó de forma expresa a los docentes oficiales.

Posteriormente, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado hizo el estudio detallado del tema pensional de los docentes, recordando que no tienen un régimen pensional especial, no hacen parte del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, y estableció unas reglas para la liquidación de la pensión de jubilación de los maestros, de acuerdo a la fecha de ingreso al servicio educativo oficial, de la siguiente manera: **(i)** para aquellos educadores vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, 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; mientras que, **(ii)** para los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003 afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se les aplica el régimen pensional de prima media que prevé la Ley 100 de 1993 y su reforma, siendo los factores a tener en cuenta los previstos en el Decreto 1158 de 1994.

El Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que para la liquidación de las pensiones solo deben incluirse los factores de salario sobre los que se haya realizado el respectivo aporte o cotización al sistema de pensiones, argumento que por demás tiene reforzamiento constitucional, esto es, en las disposiciones del artículo 48 de la Carta.

2.6.- Lo probado en el proceso.

- A partir de la Resolución nro. 2311-12-2015 del 15 de diciembre de 2015, a través de la cual la Secretaría Departamental reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO, se extrae la siguiente información:

  - La actora era docente de vinculación municipal con recursos propios.

  - Laboró en el plantel educativo CE K 48 del municipio de Puracé.

  - Nació el 23 de agosto de 1960.

  - Adquirió su estatus de jubilada el 23 de agosto de 2015, fecha en la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

  - Los factores salariales tenidos en cuenta en el momento de la liquidación pensional fueron la asignación básica, prima de nvaidad, prima de vacaciones y auxilio de movilización.

  - La mesada pensional fue liquidada a partir del 75 % del promedio del factor salarial sobre el cual realizó aportes durante el último año de servicio anterior al estatus.

- Según certificación expedida en el año 2018 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO durante el año previo a la adquisición de su estatus pensional, es decir, en el año 2014, devengó: asignación básica, auxilio de movilización, bonificación mensual junio 14 – 31 diciembre, sueldo de vacaciones, prima de navidad, prima de de servicios y prima de vacaciones docentes.

3.- Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Aterrizando al caso concreto, tenemos que se pretende la nulidad de la Resolución nro. 2311-12-2015, por cuanto no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados, solicitando que se tenga como base para liquidar la mesada pensional de la actora el

promedio mensual con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional.
No está en discusión que la pensión de jubilación de la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO se reconoció teniendo en cuenta como periodo liquidable el último año de servicios anterior al estatus de pensionada, con una tasa de reemplazo del 75 %, como lo establece la Ley 33 de 1985.

Corresponde entonces determinar si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación que reclama la actora con la inclusión de todos los factores salariales, para lo cual se realizará el comparativo con los factores enlistados en la referida norma, modificada por el artículo 3º de la Ley 62 de 1985, teniendo en cuenta que fue vinculada al servicio docente oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

De cara al material probatorio que obra en el expediente y de conformidad con los hechos probados, se tiene lo siguiente:

La pensión de la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO fue liquidada teniendo en cuenta la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y auxilio de movilización; y en el año previo a la adquisición de su estatus pensional, del 23 de agosto de 2014 al 23 de agosto de 2015, devengó: asignación básica, auxilio de movilización, bonifiación mensual junio-diciembre, pago sueldo de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docentes.

Entonces, se precisa que, de acuerdo con los factores salariales que percibió la señora OLGA MARÍA CHICANGANA BRAVO, la liquidación de la prestación pensional a ella reconocida se acompasa con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, el cual refiere que la base de liquidación de los aportes se constituye por los factores de asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Por lo anterior, se concluye que, en el año previo a la adquisición del estatus pensional de la señora CHICANGANA BRAVO, entre agosto de 2014 y agosto de 2015, no devengó ni tampoco cotizó a pensión factores salariales diferentes a la asignación básica enlistados en el artículo 3º de la Ley 62 de 1985, e incluso, en su favor fueron incluidos factores de salario no previstos en la citada normativa, como lo fueron la PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES y AUXILIO DE MOVILIZACIÓN, de manera que no prosperan las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, no es viable la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores de salario solicitada en la demanda.

3.- De las costas.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso. Sin embargo, no se condenará en costas teniendo en cuenta el reciente cambio jurisprudencial en la materia.

4.- Decisión.

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

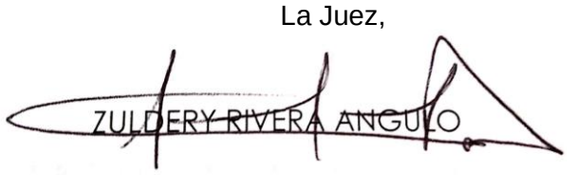
RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en esta sentencia.

SEGUNDO.- Sin costas, por la razón expuesta.

TERCERO. - Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y con el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

CUARTO. - Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Juez,