



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, tres (3) de diciembre de 2021

Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00275-00
Demandante: JOSÉ VICENTE ESPAÑA LÓPEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 215

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El señor JOSÉ VICENTE ESPAÑA LÓPEZ, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a fin de que se declare la nulidad del acto administrativo nro. 469 de 18 de mayo de 2001, por medio del cual el FOMAG, le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, sin incluir en su ingreso base de liquidación el promedio mensual devengado en el último año de servicio anterior al cumplimiento del estatus, con la inclusión de todos los factores salariales devengados. Solicita en consecuencia, se ordene a la entidad demandada a tener en cuenta estos aspectos para el ajuste de su pensión y se le condene al pago de las diferencias causadas y no pagadas tanto de las mesadas mensuales, como de las adicionales de junio y diciembre, desde la fecha en que tuvo derecho al reconocimiento hasta la fecha en que se realice el pago, sumas que reclama debidamente indexadas.

Como supuestos fácticos, se plantea que el señor José Vicente España López nació el 13 de octubre de 1950, que cumplió los requisitos legales para obtener la pensión de jubilación el 28 de noviembre de 1995, la cual le fue reconocida en el año 2001 sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el actor en el último año anterior a la adquisición del estatus de jubilado.

La parte accionante no se pronunció en la etapa de alegatos de conclusión.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la entidad accionada.

La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, a través de mandataria judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que, el actor no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con inclusión de otros factores salariales diferentes de la asignación básica y los sobresueldos, ya que, su pensión se causó con posterioridad a la fecha de expedición de la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 2341 de 2003, que estableció que el ingreso base de cotización será el establecido en el Decreto 1158 de 1994. Resalta que, de acuerdo con el artículo 3 del decreto 3752 de 2003, la liquidación de las prestaciones sociales a cargo del Fomag que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza los aportes el docente.

Asimismo, afirma que el parágrafo 2 del Art. 1.º de la Ley 33 de 1985, prevé que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último de servicio, y que esta misma norma establece como excepción en relación a estos empleados, que, a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos

de servicio, se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada norma.

Propuso las excepciones de: “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción” e “Inexistencia de la obligación”.

En sus alegatos, el FOMAG sostuvo que al docente JOSE VICENTE ESPAÑA LOPEZ no le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión, dado que, su vinculación en ese fondo se dio para el año 1996, es decir, que la norma aplicable es la Ley 62 de 1985 y este se encuentra solicitando la inclusión de periodos que no han sido cotizados al sistema de seguridad social en pensión, vulnerando el principio de sostenibilidad financiera establecido constitucionalmente y ratificado a través del acto legislativo 001 de 2005.

1.3.- Intervención de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado

En concreto, la Agencia manifestó que el Consejo de Estado expidió la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019 en la que claramente determinó que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

Asimismo, efectuó el análisis jurídico del régimen de pensión de jubilación y vejez de los docentes oficiales, y concluyó que los requisitos para acceder a la pensión por parte de estos educadores vinculados antes del 26 de junio de 2003 son: 20 años de servicio continuos o discontinuos y la edad de 55 años. La tasa de reemplazo es el 75 % y el Ingreso Base de Liquidación corresponde al último año de servicios prestados como docente, con la inclusión de los factores que sirvieron de base para realizar los respectivos aportes. Es decir: la asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, y, para los docentes oficiales vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, les son aplicables los requisitos del régimen de prima media a excepción del requisito de edad, que para los docentes es de 57 años, tanto para hombres como mujeres y la tasa de reemplazo estará entre el 65 % y el 85 %, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 100 y el Ingreso Base de Liquidación corresponderá al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los últimos 10 años de servicio.

1.4.- Intervención del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este Despacho no rindió concepto en este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Por la cuantía de las pretensiones y el último lugar de prestación del servicio del docente, este Juzgado es competente para conocer del asunto, en primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 138, 155-2 y 156-3 de la Ley 1437 de 2011.

De conformidad con el literal c, numeral 1. ° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011¹, este asunto no está sometido a términos de caducidad, ya que el acto administrativo que reconoce la pensión del actor, es una prestación de carácter periódico.

¹ ARTÍCULO 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando: (...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

2.3.- Problema jurídico.

El asunto puesto en conocimiento del Despacho se orienta a determinar si al señor José Vicente España López le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (anterior a la fecha de estatus o anterior al retiro del servicio), o si, por el contrario, el reconocimiento de su pensión se ajustó a la normativa legal que le resulta aplicable.

2.4.- Tesis.

Se negarán las pretensiones de la demanda, en razón a que la pensión del señor José Vicente España López fue liquidada correctamente, con observancia de la norma que le es aplicable.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, (ii) Lo probado en el proceso, (iii) Marco jurídico, y (iv) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.5.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado dentro del proceso.

- ✚ Según se extrae del acto administrativo nro. 8257 de 1995 que reconoce una pensión gracia al señor José Vicente España López, el docente nació el 13 de octubre de 1945².
- ✚ Consta en el certificado laboral del 19 de noviembre de 2012, que el Sr. José Vicente España López fue nombrado en propiedad en el municipio de Popayán como docente desde el 9 de marzo de 1976, y prestó sus servicios durante 23 años, 8 meses y 4 días de prestación de servicios.
- ✚ El accionante cumplió su estatus de pensionado el 13 de octubre del año 2000.
- ✚ Mediante Resolución nro. 469 de 18 de mayo de 2001, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al señor José Vicente España López una pensión de jubilación como docente vinculación nacional, tomando el 75 % del promedio de factores salariales sobre los cuales realizó aportes durante el último año de servicios anterior al estatus, indicándose como tales:
 - Asignación básica mensual.
 - Prima de Navidad.
 - Prima de alimentación.
 - Prima de vacaciones.
 - Movilización.
 - Sobresueldo.

Según certificado de salarios expedido por el departamento del Cauca, durante el último año anterior a su estatus (13 de octubre de 1999 a 13 de octubre de 2000), tiene reconocidos y certificados los siguientes pagos:

- Asignación básica.
- Prima de alimentación.
- Prima vacacional.
- Bono por calidad.
- Prima de navidad.

Contra este acto no se interpuso recurso alguno.

² Pág. 26 expediente administrativo (fl. 13 C. de pruebas)

SEGUNDA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar los siguientes aspectos jurídicos.

✓ Régimen normativo de los docentes oficiales.

La Ley General de Educación (L.115 de 1994) dispuso que el ejercicio de la profesión docente estatal y sus prestaciones sociales se rigen por lo contenido en esta ley, por las normas especiales del Estatuto Docente, y las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 exceptuó del sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989.

La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, y señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de dicho personal. En su artículo 15 estableció que las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1.º de enero de 1990, se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.

A la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989, estaba vigente la Ley 33 de 1985, norma que en su artículo 25 derogó el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 y en forma tácita el literal b) del artículo 17 de la Ley 6a de 1945. Este régimen general de pensiones abarcó a partir de su expedición, a todos los empleados oficiales, trátese del orden nacional, departamental o municipal, y consagró en su artículo 1.º una pensión de jubilación equivalente al 75 % del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio; siempre y cuando los servidores cumplieran como requisitos 20 años de servicios y 55 años de edad.

Posteriormente, la Ley 812 de 2003 (Plan Nacional de Desarrollo), estableció dos regímenes pensionales para los docentes oficiales, de acuerdo a la fecha de vinculación (Art. 81), a saber:

El régimen general de la Ley 33 de 1985 y su transición, aplicable a los docentes oficiales vinculados antes de la vigencia de la nueva Ley, esto es, 27 de junio de 2003; y el régimen de prima media regulado en la Ley 100 de 1993, aplicable para los docentes vinculados a partir de la misma fecha.

El Acto Legislativo 01 de 2005 en su artículo 1, párrafo transitorio 1, reafirmó la vigencia del artículo 1.º de la Ley 812 de 2003, en relación con el régimen pensional de los docentes oficiales. Así, adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, consagró garantías expresas respecto a los derechos adquiridos de los pensionados y la prohibición de congelar o reducir el valor de las mesadas pensionales reconocidas conforme a derecho.

Adicionalmente, consagró la extinción de los regímenes de transición, especiales y exceptuados a partir de la vigencia del acto legislativo y fijó una temporalidad para la extinción del régimen de transición con algunas excepciones previstas en los párrafos transitorios.

En virtud de las normas expuestas, cabe precisar que los docentes no constituyen una excepción al régimen general de pensiones consagrado en la Ley 33 de 1985, pues según lo dispuso el artículo 3 del Decreto 2277 de 1979, el régimen especial solo comprende situaciones administrativas, sin incluir la pensión ordinaria de jubilación; luego es claro, que, en materia pensional los docentes estatales no disfrutaban de particularidad alguna en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad, salvo la garantía de gozar del régimen pensional anterior al establecido en la Ley 100 de 1993, cuando su vinculación hubiese sido anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Con base en lo anterior, se colige que, si la vinculación del docente fue antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional, corresponde al previsto en la Ley 33 de 1985.

Del marco normativo expuesto, se extrae que, efectivamente, las normas aplicables a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, para efectos de liquidar la pensión de jubilación, son las establecidas para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985 y sus respectivos decretos reglamentarios; pues si bien es cierto que los docentes se caracterizan por tener un régimen especial, éste solo comprende lo relativo al ingreso, ascenso y permanencia en el servicio educativo (Estatuto Docente - Decreto 2277 de 1979, hoy Decreto 1278 de 2002), porque en tratándose de reconocimientos pensionales y/o reajustes pensionales, se debe dar aplicación a las normas ordinarias que rigen para la generalidad de los servidores vinculados al sector público.

Recuérdese, que, la tesis jurisprudencial varió a partir de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, el pasado 15 de abril de 2019, radicado nro. 680012333000201500569-01, en la cual se indicó que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el previsto en la Ley 91 de 1989, mientras que, para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 es el régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 *ídem* y el Acto Legislativo 01 de 2005 como quedó anotado en precedencia.

Ahora, en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional para los docentes que se vincularon con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 -como acontece en el presente asunto-, aclaró la Sala Plena de la Sección Segunda en la referida sentencia de unificación que el pronunciamiento unificado del 28 de agosto de 2018 no guardaba identidad fáctica con el caso de pensiones de los docentes ni se trataba de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, en el asunto de unificación del 25 de abril de 2019, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985.

No obstante, el Alto Tribunal en la citada sentencia de unificación de abril de 2019 dispuso que para el caso de los docentes se acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 tal como se consideró en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, además sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el 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. (...)"

Y agregó la sala:

"64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a período y factores. Lo

que quiere decir que el período es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 (...)”.

De manera que, los factores a tener en cuenta para el ingreso base de liquidación corresponde a aquellos contenidos en la Ley 33 de 1985, sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y no el total de devengados.

Ellos 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

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el Despacho a resolver el presente asunto.

TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

De acuerdo con la fecha de nacimiento del demandante (13 de octubre de 1945), se tiene que para la fecha de adquisición del estatus pensional contaba con 55 años de edad.

Que cuenta con más de 20 años de servicios de tiempo cotizado, según certificación expedida por el departamento del Cauca.

Como se señaló en la fijación del litigio, se tiene acreditado que el demandante se vinculó como docente el 9 de marzo de 1976, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo que permite que su pensión sea calculada al tenor de la Ley 33 de 1985.

Ahora, los factores salariales devengados por el señor José Vicente en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se le reconoció su estatus de pensionado corresponden a:

- Asignación básica.
- Prima de alimentación.
- Prima vacacional.
- Bono por calidad.
- Prima de navidad.

Y, de acuerdo con el acto administrativo demandado de reconocimiento pensional, se tiene que la liquidación se realizó sobre el 75 % del promedio de lo devengado el último año de servicios anterior a la fecha de adquisición del estatus, con la inclusión de los factores sobre los que efectivamente se efectuaron aportes, a saber:

- Asignación básica mensual.
- Prima de Navidad.
- Prima de alimentación.
- Prima de vacaciones.
- Movilización.
- Sobresueldo.

En ese orden, se concluye, que, el régimen pensional aplicable al demandante como docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es el de la Ley 33 de 1985, teniéndose en cuenta los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, la cual prevé como factores de cotización, la asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados, horas extras, bonificación por

Sentencia NREDE núm. 215 de 3 de diciembre de 2021
Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00275-00
Demandante: JOSÉ VICENTE ESPAÑA LÓPEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio; evidenciando el despacho que al actor le fueron reconocidos los factores que señala la ley, por lo que no le asiste el derecho a que le sea reliquidada su pensión; sin perder de vista que en la liquidación, le incluyeron conceptos salariales que no prevé la norma enunciada, tales como, movilización, sobresueldo y las primas de navidad, alimentación y de vacaciones.

Por todo lo anterior, se negarán las súplicas de la demanda.

3.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en 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 CGP.

Además, en los términos del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó esta disposición normativa, la condena en costas se dispondrá cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, lo que no ha ocurrido en el presente caso, de manera que no hay lugar a imponerlas.

4.- DECISIÓN.

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: Negar las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

TERCERO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



Zulderly Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

b0b735a1e91bd2460b8ffe1a934b86d5c2d6cd2db21fadd8632d27e656a32ee3

Documento generado en 03/12/2021 09:37:56 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>