



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 27 JUN 2016

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ROSA ESTHER FONSECA CIFUENTES y GISELL ANGÉLICA
ÁLVAREZ FONSECA
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.-
EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2014-0235-00

Agotados los ritos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda:

ROSA ESTHER FONSECA CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía N° 40'019.860 de Tunja y **GISELL ANGÉLICA ÁLVAREZ FONSECA**, identificada con cédula de ciudadanía N° 1'049.641.351 de Tunja por medio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (Fls. 10 y 11)

La parte demandante solicita lo siguiente:

Juzgado Sexto Administrativo de Oradidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235

Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

1.2.1. Que se declare la Nulidad Parcial de la Resolución No. 1281 del 12 de Noviembre de 2004, proferida por el señor JUAN CARLOS MARTÍNEZ MARTÍN, en su condición de SECRETARIO DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a favor de JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d., respecto del valor establecido como cuantía de la pensión, a efectos de incluir en la base de liquidación de la pensión la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

1.2.2. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1490 del 09 de diciembre de 2008 proferida por el señor JUAN CARLOS MARTÍNEZ MARTÍN, en su condición de SECRETARIO DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión ordinaria de jubilación a favor de ROSA ESTHER FONSCA CIFUENTES y GISELL ANGÉLICA ÁLVAREZ FONSCA en sus condiciones respectivas de conyugue supérstite e hija legítima de JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.

1.2.3. Se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, a incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación el promedio de todos los factores salariales devengados por JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d., en el año anterior al estatus de pensionado tales como: asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo rectores 30%, prima de vacaciones, prima de navidad, entre otras y concretamente las que aparezcan certificadas por la autoridad competente para el efecto; con efectos fiscales a partir del momento en que cumplió los requisitos para su pensión, en virtud de la ley y de la Sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) Actor: Luis Mario Velandia.

1.2.4. Que se condene a las demandadas a reconocerle y pagarle a las accionantes las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos por el pensionado, desde la

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235
Demandante: Rosa Estéer Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*

fecha de estatus hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que por esta acción se llegare a reconocer.

1.2.5. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2.6. Condenar a la entidad demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2.7. Condenar en costas a la demandada tal y como lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.3. Fundamentos Fácticos (Fls. 11-12):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

1.3.1. Que el señor JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d., se desempeñó como docente del servicio público de Educación de La Nación – Ministerio de Educación Nacional, financiado con el Sistema General de Participaciones.

1.3.2. Que por haber cumplido con los requisitos de Ley, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Boyacá, le ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a través de la Resolución No. 1281 del 12 de Noviembre de 2004.

1.3.3. Que en la liquidación de su base pensional sólo le fueron tenidos en cuenta: la asignación básica y el sobresueldo rectores 30%, excluyendo los siguientes factores

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Validación y Restablecimiento del Derecho: N° 15007-33-33-006-2014-0235

Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

salariales: Prima de alimentación, Prima de Grado, Prima de vacaciones, Prima de Navidad devengados durante el año de servicios anterior al estatus de pensionado.

1.3.4. Que la decisión de reconocimiento de la pensión, se basó en el artículo 3º del decreto No. 3752 de 2003, que reglamentó los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989.

1.3.5. Que el de cujus ingresó al Servicio Público de la Educación antes de la expedición de la ley 812 de 2003, esto fue el 08 de mayo de 1980.

1.3.6. Que el pensionado fallecido, durante el año anterior al estatus de pensionado percibió los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo rectores 30%, prima de vacaciones, prima de navidad, los cuáles deben tenerse en cuenta al momento de calcular el valor de la mesada pensional.

1.3.7. Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Boyacá, mediante la Resolución No. 1490 del 09 de diciembre de 2008, sustituyó a favor de ROSA ESTHER FONSECA CIFUENTES en su calidad de conyugue supérstite y GISELL ANGÉLICA ÁLVAREZ FONSECA en su calidad de hija, la pensión de jubilación reconocida a JOSÉ DE LOS LÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d., sin incluirle la totalidad de factores devengados por el causante en el año anterior a la adquisición de estatus pensional.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación (Fls. 12 a 19):

Como normas violadas se establecieron las siguientes:

✦ De orden Constitucional: Artículos 129, 85, 229

✦ De orden legal: ley 812 de 2003, ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 115 de 1994, ley 715 de 2001, ley 33 de 1985

✦ Jurisprudencia:

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235
Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*

- ✓ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – providencia del 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. No. 250002325000200607509-01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

Refiere la apoderada de la parte actora que el señor JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d., se desempeñó como docente nacionalizado y por esta especial condición, no le es aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, en lo que hace referencia a los factores salariales sobre los cuáles se efectúan aportes, por cuanto, esta estipulación se dirige a los funcionarios del orden nacional. Por consiguiente el ingreso base de liquidación para calcular la mesada pensional debe hacerse con la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año anterior al estatus de pensionado conforme lo dispone la ley 4ª de 1966 y sus decretos reglamentarios. Solicita la apoderada de la parte actora que al momento de dictar sentencia se de aplicación a lo establecido en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Lo anterior en virtud de la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, radicación No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día diecinueve (19) de diciembre de dos mil catorce (2014) y repartido de conformidad con acta individual de reparto del mismo día tal y como se observa a folio 1 del expediente.

Mediante auto del veinte (20) de marzo de dos mil quince (2016), se inadmitió la demanda teniendo en cuenta que no cumplía con los requisitos el artículo 166 de la Ley 1437 de 2011. (fls. 33-34)

Posteriormente, mediante auto del veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015) - notificado mediante estado N° 17 del veinticinco (25) de junio de dos mil quince (2015), se admitió la demanda (Fls. 43 a 45) y se ordenó la notificación personal a la entidad accionada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita de folios 50 a 57 del expediente.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por el inciso 5° del artículo 199 del CPACA -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012- y el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 57). Posteriormente se corrió traslado de excepciones de conformidad con el artículo 175 parágrafo 2 del C.P.A.C.A (Fl. 66). Así, transcurrido tal término, mediante auto del quince (15) de diciembre del año dos mil quince (2015) se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (Fls. 70-71).

Tal diligencia se llevó a cabo el día diecisiete (17) de febrero del año dos mil dieciséis (2016), según consta en el acta que reposa de folios 79 a 83 del expediente, y de la cual puede destacarse que hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día seis (06) de abril de dos mil dieciséis (2016), se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (Fls. 153-155), diligencia que se suspendió y se ordenó fijar nueva fecha para recaudar la totalidad de las pruebas requeridas en audiencia inicial, tal diligencia se llevó a cabo el día tres (03) de mayo de dos mil dieciséis (2016) tal y como se observa a folios 163 a 165 del expediente, en la que se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la demanda.

La apoderada de la entidad accionada, con la contestación de la demanda, manifiesta oponerse a todas las pretensiones planteadas en la demanda, toda vez que teniendo en

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235
Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

cuenta que existen tres posturas sobre el tema bajo estudio así: PRIMERA invocada por la parte demandante y que consiste en que los factores a tener en cuenta como IBL para conceder el derecho pensional de la parte demandante, no es la taxatividad de los consignados en la Ley 33 y 62 de 1985, con fundamento en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, del Consejo de Estado; SEGUNDA: expuesta de tiempo atrás por la entidad y que consiste en que para determinar el IBL, de la pensión de la demandante se debe atender a la taxatividad de los conceptos consagrados en la Ley 33 y 62 de 1985, postura que está soportada además en el inciso 12 del artículo 48 Constitucional y el Salvamento de Voto del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve en la precitada Sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado y TERCERA: postura que tiene origen en las decisiones de la corte Constitucional en particular en las Sentencias: C-168/1995, C-258/2013 y la SU-230/2015, siendo esta última la que consolidó dicha tesis consistente en que los factores que se deben tener en cuenta para determinar el IBL, de las pensiones indistintamente si el régimen fue beneficiario o no de la transición de la Ley 100/93, se determina teniendo en cuenta los factores efectivamente cotizados y que estén contenidos en la Ley 100 de 1993 y su Decreto 1158 de 1994.

De conformidad con lo anteriormente expuesto la apoderada de la entidad accionada solicita se denieguen las pretensiones o se acceda parcialmente siempre y cuando los factores que se solicita se tengan en cuenta para determinar el IBL, sea de los efectivamente cotizados y que estén contenidos en el Decreto 1158/1994, pues de lo contrario se perjudicarían las reservas de la entidad y por tanto el erario público, quebrantando el principio de solidaridad y equidad, pues las personas que jamás accederán a una pensión deberán vía impuestos contribuir al pago del pasivo pensional que cada día crece más, pues el Estado debe responder por los derechos pensionales que se reconozcan por vía judicial.

2.2. Militan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- ✓ Copia auténtica de la resolución No. 1281 del 12 de noviembre de 2004, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación. (fls. 21-22)

- ✓ Copia auténtica de la Resolución No. 1490 del 09 de diciembre de 2008, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una sustitución pensional. (fls. 23-26)
- ✓ Certificado de Factores Salariales y devengados No. 2865. (fls. 27-30)
- ✓ Copia del expediente administrativo del señor (q.e.p.d.) JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA. (fls. 89-152)
- ✓ Extractos de pagos de la pensión. (fls. 172-175)
- ✓ Respuesta de FIDUPREVISORA, en la cual se indica que: JOSÉ LEONARDO ÁLVAREZ FONSECA y YESENIA CAROLINA ÁLVAREZ FONSECA, ya no se encuentran percibiendo la pensión de sustitución. (fls. 177-178)

2.3. Alegatos de conclusión.

Transcurrido el término concedido por el despacho para que presentaran sus alegatos de conclusión, únicamente la parte demandante presentó escrito de alegatos en los siguientes términos:

2.3.1. Apoderada de la parte actora:

La apoderada de la parte accionante manifiesta que tal y como se encuentra probado en el proceso, la entidad demandada al momento de reconocer la pensión no se incluyó en la base pensional la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, lo cual se encuentra demostrado con el certificado de salarios obrante en el proceso, indica que el acto administrativo demandado pone en desventaja a la parte demandante frente a los derechos que le asisten, así mismo solicita se tenga en cuenta además de lo expuesto en la demanda, el acervo probatorio, la jurisprudencia, los lineamientos procesales y jurisprudenciales conforme lo ha venido regulando la Ley, la jurisprudencia de unificación, la progresividad de las normas y la aplicación de las fuentes de derecho accediendo así a las pretensiones de la demanda.

Indica que conforme lo ha dispuesto en varias oportunidades el Consejo de Estado, por aplicación analógica, el derecho a la igualdad y la unificación. Así mismo refiere que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

Finalmente solicita que al momento de tomar decisión judicial, se tenga en cuenta además de los argumentos esbozados en la demanda y en los alegatos, la valoración jurídica que el despacho tenga a bien acoger, con el fin de que sea proferida sentencia favorable, y se restablezca el derecho que le asiste a la parte accionante.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

3.1. Cuestiones previas.-

3.1.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas al expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la Ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹.

3.2. Excepciones.

Debe decirse que en el *sub lite*, se propusieron las excepciones denominadas: **(i)** Prescripción y, **(ii)** Genérica. (Fl. 61 Vto.)

¹ Ver el artículo 626

Sin embargo, desde la misma audiencia inicial se indicó que la excepción de prescripción sería resuelta con el fondo del asunto, lo anterior atendiendo a la naturaleza accesoria que ostenta en razón a que depende de la prosperidad o no de las pretensiones.

Frente a la excepción denominada "*Genérica*", se manifestó que el despacho no encontró excepciones previas que debieran ser declaradas de oficio, como tampoco las previstas en el numeral 6 del artículo 180 del C.P.A.C.A.

Aclarado lo anterior, el Despacho se adentra a resolver los problemas jurídicos planteados, para lo cual se exponen los siguientes:

3.3. Problemas Jurídicos a resolver:

En primer lugar, el Despacho debe determinar si las **Resoluciones N° 1281 de fecha 12 de noviembre de 2004 y N° 1490 del 09 de diciembre de 2008**, proferidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación, se encuentran incursas en alguna causal de nulidad, también se debe establecer si **ROSA ESTHER FONSECA CIFUENTES y GISELL ANGÉLICA ÁLVAREZ FONSECA** tienen derecho a que se les reliquide la sustitución pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento de estatus de pensionado del señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**

Para resolver lo anterior, esta instancia abordará los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Qué régimen pensional le era aplicable a la pensión de jubilación del señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, teniendo en cuenta su edad y tiempo de servicio?;

(ii) ¿El accionante era beneficiario de las excepciones previstas el artículo 1º de la Ley 33 de 1985? y;

(iii) ¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la ley 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?

3.4. Argumentos y sub argumentos para resolver los problemas jurídicos planteados:

El despacho comenzará por analizar el régimen pensional de los docentes, revisará la normatividad y jurisprudencia para establecer si gozan de un régimen especial de pensiones y finalizará el estudio verificando que fue probado en el proceso y si es posible ordenar que se reliquide la pensión del señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el año anterior de adquisición de estatus de pensionado.

3.4.1. Régimen Pensional de los Docentes

En orden a resolver el presente asunto, es preciso remitirse al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes oficiales. Dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran: La Ley 6 de 1945 que en principio rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968, el cual se aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria que se inició con la Ley 43 de 1975 y culminó en 1980, los docentes que prestaban servicios al Departamento se convirtieron en docentes nacionalizados. A estos docentes, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les respetó las leyes que en materia prestacional los gobernaba, que era la Ley 6ª de 1945.

Posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, -la cual rige a partir del 13 de febrero de 1985-, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes², en su artículo 1º consagró las siguientes excepciones para la aplicación a sus disposiciones:

² Ver Sentencia del 17 de febrero de dos mil once (2011), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación número: 4001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Taja
 Validad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235

Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

i) Quiénes a la fecha de la promulgación de la ley -empleado público o trabajador oficial- acrediten el cumplimiento de alguno de los siguientes requisitos:

✓ Haber cumplido 15 años de servicio continuos o discontinuos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, 13 de febrero de 1985.

✓ Haber cumplido 20 años de servicio continuos o discontinuos y encontrarse retirado del servicio a la fecha de entrada en vigencia de la ley 33 de 1985. Acreditar este requisito implica que la pensión de jubilación se liquide con base en las normas vigentes al momento del retiro del servicio del empleado público o trabajador oficial.

✓ Haber cumplido todos los requisitos para obtener la pensión de jubilación a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. En este caso el empleado público o trabajador oficial tiene derecho a regirse por las normas anteriores a la referida Ley.

ii) Quiénes trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, o

iii) Quiénes por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Como resultado del proceso de implantación de la nacionalización de la educación se expidió la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en esta Ley se diferenció entre los docentes de carácter nacional y nacionalizados, en donde los primeros se identificaron por tener un nombramiento del gobierno Nacional, y los segundos se definieron como el grupo de "(...) *docentes vinculados a partir de esa, de conformidad con la Ley 43 de 1975*", y en su artículo 2 se dispuso:

Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1.- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Taja
 Validez y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235
 Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca
 Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

2.- *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.*

3.- *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.*

4.- *Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.*

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.

5.- *Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.*

Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal. Ver Decreto Nacional 3135 de 1968 Decreto Nacional 1848 de 1969 Decreto Nacional 1045 de 1978*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

De acuerdo con la **Ley 91 de 1989** las prestaciones sociales de los **docentes nacionales causados hasta la fecha de promulgación de esta Ley y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990** para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y las prestaciones sociales de los docentes vinculados **hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, el cual es el contenido en la**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Nullidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15007-33-33-006-2014-0235

Demandante: Rosa Estívar Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 33 de 1985, pues esta se encontraba vigente al momento de la expedición de la Ley 91 de 1989.

Ahora, la **Ley 60 de 1993**, dispuso en su artículo 6 que:

“(...) 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 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 (...)” (Negrillas y subrayas del Despacho).

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social³, en consecuencia sus prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

Finalmente la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

Debe resaltarse que **en el artículo 81 de la ley 812⁴ de 2003**, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales, de la siguiente manera:

“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”.

³Se exceptúan 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.

⁴ Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece tomando como referencia la fecha de vinculación al servicio educativo estatal, de la siguiente manera: *i)* Si el ingreso al servicio es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular; *ii)* Si la vinculación ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

3.4.2. ¿Los docentes gozan de un régimen especial de pensiones?

No, pues, aunque el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, dispuso que los educadores son empleados oficiales de régimen especial, esta disposición no regula las pensiones de jubilación ordinarias de los docentes; la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal (ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro), y a algunos temas salariales y prestacionales, tales como recibir simultáneamente pensión y sueldo (Art. 5 del Decreto 224 de 1972), gozar de pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), e incluso de pensión gracia y pensión de invalidez. Las prerrogativas antes enunciadas se reiteran mediante las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, art. 279, 60 de 1993, art. 6, y 115 de 1994, pero de ninguna manera, lo relativo al régimen pensional.

Así, al revisar las normas anteriormente citadas, **en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen "especial". Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.** Lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales".

Con el libelo de la demanda se solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en el presente caso.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235
Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Entonces, **los docentes, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones sino del derecho pensional de régimen general⁵, de modo que hay que remitirse a la Ley 33 de 1985**, pues las normas de su especialidad no fijan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general de pensiones.

3.4.3. Régimen Pensional aplicable al caso concreto:

Con el libelo de la demanda **la parte actora** pretende se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se de paso a ordenar la reliquidación de la sustitución de la pensión vitalicia de jubilación reconocida, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición de status pensional del señor JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.

Por su parte, **la apoderada de la entidad accionada** solicita se denieguen las pretensiones o se acceda parcialmente siempre y cuando los factores que se solicita se tengan en cuenta para determinar el IBL, sea de los efectivamente cotizados y que estén contenidos en el Decreto 1158/1994, pues de lo contrario se perjudicarían las reservas de la entidad y por tanto el erario público, quebrantando el principio de solidaridad y equidad, pues las personas que jamás accederán a una pensión deberán vía impuestos contribuir al pago del pasivo pensional que cada día crece más, pues el Estado debe responder por los derechos pensionales que se reconozcan por vía judicial.

De lo allegado al proceso se establece la situación fáctica en el presente caso de la siguiente manera, el señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**

- ⊕ Nació el día doce (12) de abril de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) (Fl. 21).
- ⊕ Laboró desde el ocho (08) de mayo de mil novecientos ochenta (1980) (Fls. 21, 89)

⁵ Ver sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, CONSEJERO PONENTE DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

- ⊕ El señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, adquirió el estatus jurídico de pensionado el día doce (12) de abril de dos mil cuatro (2004). (Fl. 21)
- ⊕ El señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, a la fecha de adquisición de su status pensional, se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fl. 21)
- ⊕ Al trece (13) de febrero de 1985, fecha en la cual fue publicada la Ley 33 de 1985 en el Diario Oficial N° 36856, **el accionante q.e.p.d., no contabilizaba quince años de servicios, tal y como se encuentra acreditado en el sub lite a folio 21.**
- ⊕ Prestó sus servicios como docente Nacionalizado (Fl. 21).
- ⊕ Al señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, se le reconoció y liquidó su pensión de jubilación mediante Resolución N° 1281 del doce (12) de noviembre de dos mil cuatro (2004); teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio anterior al status, teniéndole en cuenta para la liquidación la **Asignación básica y rectoría.** (Fls. 21-22).
- ⊕ Según Certificado de Factores salariales del año de adquisición de estatus obrante a folios 27-30, el señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, devengó como factores salariales: **Asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo rectores 30%, prima de vacaciones y prima de navidad.**
- ⊕ Mediante Resolución N° 1490 del 09 de diciembre de 2008, se reconoció y ordena una sustitución pensional a favor de: **ROSA ESTHER FONSECA CIFUENTES**, en su calidad de conyugue supérstite, **YESENIA CAROLINA ÁLVAREZ FONSECA, JOSÉ LEONARDO ÁLVAREZ FONSECA y GISELL ANGÉLICA ÁLVAREZ FONSECA**, en calidad de hijos del causante. (Fls. 23-26).
- ⊕ Que **JOSÉ LEONARDO ÁLVAREZ FONSECA** se le pagó la pensión de sustitución hasta el 28 de febrero de 2011 y a **YESENIA CAROLINA ÁLVAREZ FONSECA**, se le cancelaron las mesadas correspondientes a esa prestación hasta el 31 de enero de 2011, por cuanto cumplieron los 25 años en las fechas antes mencionadas. (fls. 174-175 y 177)

En conclusión tenemos que:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tarma

Validad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235

Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

| FACTORES SALARIALES | | | |
|-----------------------------------|--------------------------------|--|---|
| Reconocidos por el demandado | | Solicitados por la parte accionante | Certificado de Factores salariales del año anterior a la adquisición de estatus (13 de abril de 2003 a 12 de abril de 2004) (Fls. 27-30) |
| Resolución # | Factores reconocidos | | |
| 1281 del 12 de noviembre de 2004. | Asignación básica. - Rector | - Prima de alimentación, - Prima de grado, - Prima de vacaciones - Prima de navidad | - Asignación básica - Prima de alimentación, - Prima de grado - Sobresueldo Rectores 30%, - Prima de Vacaciones - Prima de Navidad |

Para el caso en estudio, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, queda plenamente demostrado que el señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, ostentó la calidad de **Docente de vinculación Nacionalizado** del orden Municipal y prestó sus servicios desde el **ocho (08) de mayo de mil novecientos ochenta (1980) (Fls. 21 y 89)** razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1° de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales (entre ellas la pensión de jubilación) se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional y los nacionalizados mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, así no hay duda de que en materia de pensión de jubilación **a la parte actora le es aplicable la Ley 33 de 1985**

Ahora, frente al régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, es del caso concluir que el señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, no disfrutó de un régimen especial de pensiones, no obstante su condición de docente oficial y **no tenía 15 años de servicios** a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, ya que inicio sus labores el día 08 de mayo de 1980.

En conclusión, la normatividad aplicable en este caso son las leyes 33 y 62 de 1985, pues se reitera, que:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Toluca
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235
 Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca
 Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

- ✓ El señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, no fue beneficiario de las excepciones previstas por el artículo 1 de la ley 33 de 1985, **EN CONSECUENCIA LA LEY 33 DE 1985 SE LE APLICA EN SU TOTALIDAD.**

3.4.4. Factores de liquidación pensional:

El artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 que establece que "la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente"; sin embargo frente a la legalidad del mencionado artículo el H. Consejo de Estado dijo:

"Si bien es cierto la correlación entre cotización y liquidación desarrollada en el artículo enjuiciado 3º del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de disposiciones de rango constitucional y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), también lo es que el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el ingreso base de cotización (Ibc) y el ingreso base de liquidación (Ibl).

(...)

El artículo controvertido 3º del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.⁶ (Negrilla y subraya del Despacho)"

Así mismo, acerca de la posibilidad de ajustar las pensiones de los docentes que fueron causadas y reconocidas durante la vigencia del artículo 3º del decreto reglamentario 3752 de 2003, esto es, el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2003 y el 24 de julio de 2007, la señora Ministra de Educación Nacional realizó consulta al H. Consejo de Estado, la cual se respondió el día diez (10) de agosto del 2011 así:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sels (6) de abril de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00220-01(4582-04) y 11001-03-25-000-2005-00234-00(9906-05) acumulados

*“El ajuste de las pensiones causadas y liquidadas durante la vigencia del decreto 3752 de 2003, con la fórmula en él establecida, sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, de las que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley.”*⁷

De lo anteriormente expuesto el Despacho logra colegir que al señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, no le era aplicable el artículo 3º del Decreto N° 3752 del 22 de diciembre de 2003, pues aunque su pensión se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, esto es el doce (12) de noviembre de dos mil cuatro (2004), su vinculación al servicio educativo estatal fue anterior a dicha ley; así consta en la Resolución N° 01281 de 2004 y el certificado de tiempo de servicios obrantes a folios 21-22 y 89 respectivamente en donde se observa que el docente tuvo como fecha de vinculación el día ocho (08) de mayo de mil novecientos ochenta (1980); aunado al hecho de que el mencionado artículo fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007.

Ahora, respecto de los **factores salariales** que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 llega a la conclusión que **la ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**⁸. En tal sentido, después de hacer un estudio de las diferentes posiciones históricas asumidas por dicha Corporación, se concluyó finalmente, que **se deben tener en cuenta todos los factores salariales que recibe el trabajador en forma habitual**, garantizando así los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral; en ese caso tuvo en cuenta factores salariales distintos de los que taxativamente menciona la Ley 62 de 1985. Por tanto, según la posición sostenida por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación a la que se hace mención, ya no pueden ser tenidos en cuenta únicamente los factores que sirvieron de base para calcular los aportes, ni los factores taxativamente señalados en algunas normas, o tan solo aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes,

⁷ Consejo De Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, diez (10) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Cuatro (4) de agosto de 2010. Radicación No 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), Actor: Luis Mario Velandia.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Validez y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235
Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

porque existen principios y razones de mayor peso que impiden llegar a esta conclusión, como lo señaló el Consejo de Estado.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional en reciente sentencia de unificación SU-230 del día 29 de abril de 2015⁹ estableció una interpretación sobre la aplicación del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones, lo cierto es que dicho pronunciamiento no afecta en modo alguno la forma de liquidación de la pensión del caso aquí analizado, pues en ella se hace referencia únicamente al IBL de los regímenes sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100, la cual -como se expuso anteriormente- excluyó de su aplicación en su artículo 279 a los docentes, razón por la cual -y de conformidad con el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989-, sus prestaciones económicas y sociales (entre ellas la pensión de jubilación) siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985.

Por otro lado, también debe anotarse que, revisado el texto de dicha sentencia de unificación, la H. Corte Constitucional nada consideró, ni efectuó ningún pronunciamiento respecto de los factores salariales establecidos en la ley 33 de 1985 y, por tanto, lo cierto es que tal aspecto aún deben seguirse interpretando de acuerdo con los parámetros de la ya citada Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por el H. Consejo de Estado.

De manera posterior se reitera el mismo criterio en providencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - proferida el 25 de febrero de 2016 - Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE – dentro del Expediente: 25000234200020130154101¹⁰ en la cual se establece que "(...) *el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley*

⁹ Referencia: Expediente T- 3.558.256. Acción de tutela instaurada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

¹⁰ Referencia: Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE - Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) - Expediente: 25000234200020130154101 - Referencia: 4683-2013 - Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCON - Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Contribución Social -UGPP-

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuxtla
Natalidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235

Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angélica Álvarez Fonseca

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutoria de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

Así las cosas, siguiendo las directrices trazadas por la jurisprudencia, **para liquidar la pensión se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé, incluyendo las primas de navidad y vacaciones, a las cuales a pesar de tener la naturaleza de prestaciones sociales, el legislador les dio la connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978¹¹.

Lo anterior, además tiene respaldo en la jurisprudencia reciente del H. Consejo de Estado, esto es del 14 de abril de 2016¹², en la que han reiterado que para la liquidación de la pensión debe incluirse la totalidad de los factores devengados.

De lo anterior se concluye entonces, que **ROSA ESTHER FONSECA CIFUENTES y GISELL ANGÉLICA ÁLVAREZ FONSECA** tienen derecho a la reliquidación de la sustitución de la pensión, incluyendo los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de estatus de pensionado del causante. Así, de conformidad con la certificación que obra a folios 27 a 30 del expediente, en el año anterior a adquisición de estatus, el señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, percibió como factores salariales los siguientes: **Asignación Básica, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo rectores 30%, prima de vacaciones y prima de navidad**; por ende, los mismos deben tenerse en cuenta para reliquidar la sustitución de la pensión. Pues de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión del causante sólo se tuvo en cuenta la asignación básica, y el sobresueldo de rectores 30%.

¹¹ Ver concepto No 1393 de 18 de julio de 2002, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. C. P. Dr. Flavio Rodríguez Arce.
¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), EXPEDIENTE No. 11001 - 03 - 25 - 000 - 2014 - 00528 - 00, NUMERO INTERNO: 1669 - 2014

4. De la prescripción:

La normatividad (artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 del Decreto 3135 de 1968) determina que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres (3) años atrás de la solicitud relevante, en consecuencia las mesadas ocasionadas con anterioridad al diecinueve (19) de diciembre de 2011¹³ quedan prescritas. Lo anterior dado que la parte actora presentó el medio de control que hoy nos ocupa el día 19 de diciembre de 2014 (fl. 1), situación que se tendrá en cuenta para contabilizar el fenómeno de la prescripción atendiendo a que la petición en lo que antes se denominaba vía gubernativa- *hoy procedimiento administrativo*- se formuló y radicó por la parte demandante ante la entidad accionada el día 8 de febrero de 2008 (Fl. 23), fecha que sobrepasa el termino de prescripción trienal.

5. Las diferencias a pagar:

Aclara el despacho que en el presente caso no se ordenará hacer los descuentos sobre el factor que se ordena incluir en la presente providencia, conforme lo establece el acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política y la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹⁴, toda vez que dentro del expediente se encuentra acreditado que el Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, como empleador de la demandante realizó los descuentos sobre los factores salariales que se certificó en el documento obrante a folios 18-20 del expediente, dentro del cual está **la prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad;**

6. El ajuste al valor:

La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

¹³ Al respecto manifestó la H. Corte Constitucional en Sentencia C-198 del 07 de abril de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero: "... dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho"

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13)

ÍNDICE FINAL

$$R = RH \times \text{-----}$$

ÍNDICE INICIAL

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

7. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

8. El cumplimiento de la decisión judicial:

La administración, en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en vía gubernativa, para resolver en cuanto sea posible en sede administrativa, las diferencias que puedan resultar.

9. Costas:

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero.- Declarar probada la excepción de prescripción de mesadas, propuesta por la apoderada de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, frente a los derechos causados con anterioridad al día diecinueve (19) de diciembre de dos mil once (2011), de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 1281 del 12 de noviembre de 2004, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación del señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES MORA q.e.p.d.**, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 1490 del 09 de diciembre de 2008, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una sustitución pensional, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

Cuarto.- Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reliquidar la sustitución de la pensión de **ROSA ESTHER FONSECA CIFUENTES**, identificada con cédula de ciudadanía N° 40'019.860 de Tunja y **GISSELL ANGÉLICA ÁLVAREZ FONSECA**, identificada con cédula de ciudadanía N°

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Validación y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235

Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Argelina Álvarez Fonseca

Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

1'049.641.351 de Tunja, conforme a las bases expuestas en la parte motiva, para lo cual se tendrá en cuenta, no sólo la **Asignación Básica, sobresueldo rectores 30%**, sino también: **prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad** percibidas en el año anterior a la adquisición de status del señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES MORA q.e.p.d.**, y pagará las diferencias en las mesadas pensionales causadas.

El periodo que debe tenerse en cuenta para efectuar la reliquidación pensional es el año anterior a la adquisición de status del señor **JOSÉ DE LOS ÁNGELES ÁLVAREZ MORA q.e.p.d.**, el cuál según consta en el expediente es el comprendido entre el trece (13) de abril de dos mil tres (2003) al doce (12) de abril de dos mil cuatro (2004)

Quinto.- Del valor total liquidado a favor del demandante, la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** descontará las sumas canceladas por concepto de pensión de jubilación; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Sexto.- Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad aplicará el reajuste de valores contemplado en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Séptimo.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

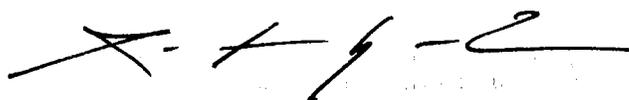
Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuzja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2014-0235
Demandante: Rosa Esther Fonseca Cifuentes y Gisell Angelica Alvarez Fonseca
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Octavo.- El presente fallo se cumplirá en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Noveno.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Décimo.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Notifíquese y cúmplase



MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez

En fe de lo cual, se expide la presente providencia en el despacho de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuzja, a las 10:00 horas del día 15 de mayo de 2014.

En cumplimiento de lo anterior, se notifica a la parte demandante, a las 10:00 horas del día 15 de mayo de 2014.

En fe de lo cual, se expide la presente providencia en el despacho de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuzja, a las 10:00 horas del día 15 de mayo de 2014.

Notifíquese y cúmplase

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN

15/05/14

