



Rama Judicial

República de Colombia

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL
CIRCUITO DE IBAGUÉ - TOLIMA**

RADICACIÓN:	73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	RUBIELA IDROBO CAMPO
DEMANDADO	NACIÓN- MINEDUCACIÓN- FOMAG y OTRO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE

Ibagué, diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Procede el Despacho a resolver el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por la docente **RUBIELA IDROBO CAMPO**, contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **MUNICIPIO DE IBAGUÉ**, mediante el cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

1. PRETENSIONES

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto ficto o presunto del silencio administrativo negativo derivado de las peticiones presentadas al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación de Ibagué, el 1 de marzo de 2016. A título de restablecimiento del derecho se condene a las entidades demandadas a reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta para ello el 75% de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios.

SEGUNDO: Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, tomando como base para ello el IPC.

TERCERO: Se reconozca y pague el retroactivo desde su fecha de su causación.

CUARTO: Condenar en costas a la entidad demandada.

El anterior petitum lo fundamenta el apoderado de la demandante en los siguientes,

2. HECHOS

PRIMERO: El 1° de marzo de 2016 se radicaron peticiones ante el Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Ibagué- Secretaría de Educación de Ibagué; con el fin de que se reliquidara la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales en el último año de servicios.

SEGUNDO: La Secretaría de Educación Municipal de Ibagué le manifestó a la demandante a través del Oficio N° 20153-2016EE5388 del 1° de junio de 2016, que la solicitud había sido remitida a la Fidupervisora S.A. para que procediera a su estudio. En igual sentido se pronunció el Ministerio de Educación Nacional a través del Oficio N° 2016EE028740 del 11 de marzo de 2016, remitiendo la solicitud de la demandante a la Fidupervisora.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG y OTRO

6. CONSIDERACIONES

Conforme al planteamiento del problema jurídico a resolver fijado en audiencia inicial, corresponde a esta oficina judicial establecer si la docente **RUBIELA IDROBO CAMPO** tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada teniendo en cuenta la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año anterior a la adquisición del status pensional, en cuantía del 75%.

Previamente a resolver el fondo del asunto, considera el Despacho pertinente resolver la excepción interpuesta por la entidad demandada denominada "Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional", en la cual expone, que la entidad no es la administradora ni representante legal del fondo, por lo cual en varios procesos es condenado bajo el argumento de que el FOMAG no tiene personería jurídica, por lo cual carece de capacidad para ser demandado y responder en el proceso, desconociendo las características de este tipo de patrimonios y la facultad con que cuenta la Fiduprevisora S.A como vocera y administradora de las obligaciones del fondo.

Frente a lo expuesto por la entidad, sea lo primero indicar que el legislador mediante Ley 91 de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes tal y como lo dispone el numeral 1º del artículo 5º de la citada ley.

Respecto al trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispone:

"ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial." (Negrilla y subraya fuera del texto original).

De la anterior relación normativa se puede concluir que las prestaciones sociales del personal docente nacional o nacionalizado están a cargo de la Nación; y que para dar cumplimiento a dichas obligaciones, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

No obstante lo anterior, las Secretarías de Educación Territorial son quienes elaboran los actos administrativos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes vinculados al Fondo dentro del marco de *"la descentralización sin afectar el principio de unidad administrativa"*¹, remitiéndolo posteriormente a la entidad que administra los recursos (fiducia), para que ésta efectúe la revisión y de ser procedente imparta su aprobación.

En este sentido, la fiduciaria delegada por la entidad del orden nacional realiza una simple operación de verificación y pago, pero no cuenta con poder de decisión frente a las prestaciones sociales de los docentes, toda vez que la misma radica, se itera, en la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejerciendo la entidad territorial una labor de colaboración en dicho proceso administrativo.

¹ Corte Constitucional en Auto 167 de 2005.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

Así las cosas, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto el reconocimiento como el pago la reliquidación pensional de la accionante, deberá denegarse la excepción propuesta por la entidad demandada.

Resuelto lo anterior, debe manifestarse que frente al derecho Constitucional de la Seguridad Social contemplado en la misma Carta Política, la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha considerado que este derecho goza de un especial tratamiento y protección en virtud de la entidad jurídica que representa. Así, el artículo 48 de la Carta, consagra particularmente este derecho como inalienable e irrenunciable por parte de las personas, cuya garantía y eficacia compromete directamente al Estado, en tanto permite el desarrollo de conceptos que constituyen pilares esenciales del mismo como lo son el respeto a la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales del individuo como expresión obligatoria de la trascendencia de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico.

Corolario de lo anterior, y en aras de dar solución al problema jurídico planteado, el Despacho considera que es necesario citar las normas aplicables al caso específico de la demandante, para lo cual se precisa que al respecto, se tiene lo siguiente frente al régimen pensional de los docentes:

Debe mencionarse en principio que la Ley 6 de 1945² contempló en su artículo 17 una pensión vitalicia de jubilación así:

“ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...).

b. Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión. (...).”

Posteriormente la Ley 4 de 1966³ determinó frente a esta prestación lo siguiente:

“ARTICULO 4. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

De igual forma, frente a los factores salariales que debían ser reconocidos en las pensiones de jubilación, el Decreto 1045 de 1978⁴ estableció en su artículo 45 los siguientes:

² Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo.

³ Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones.

⁴ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

"ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

Ahora bien, en relación con los **DOCENTES**, se tiene entonces que a través del Decreto Ley 2277 de 1979 *"Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, se estableció en principio un régimen especial de educadores, el cual a pesar de tratar diferentes temas de la carrera docente, no reguló de forma específica y concreta las pensiones de jubilación de aquellos trabajadores de la educación. Para mayor ilustración se trae de presente el artículo 1° que contempla:

"Artículo 1. Definición. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales."

De igual forma, si bien esta normativa reiteró en su artículo 3 la especialidad del régimen de los educadores, nada se dijo sobre las pensiones ordinarias de este grupo de trabajadores del Estado. Así se estableció:

"Artículo 3. Educadores oficiales. Los educadores que presten sus servicios a entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto."

Posteriormente fue expedida la Ley 91 de 1989⁵ *"Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, la cual se refirió al régimen pensional de los educadores de carácter **Nacional** (docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional), **Nacionalizados** (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975), y **Territoriales** (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, teniendo en cuenta la fecha de su vinculación al servicio educativo), contemplando en su artículo 15 lo siguiente:

⁵ En desarrollo del proceso de nacionalización de la educación básica primaria y secundaria ordenado en la Ley 43 de 1975.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

“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:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones: A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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 1o. 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. (...).”

En este punto debe aclararse que el régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, excluyó de forma concreta a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación, en virtud de lo señalado en el artículo 279⁶, por lo cual se reitera, que este tipo de prestación sigue sometida al régimen legal anterior, que no es otro que la Ley 33 de 1985 la cual a su vez contempla un régimen de transición para quienes al momento de entrada en vigencia (13 de febrero de 1985), llevaran más de 15 años de servicios al Estado.

En efecto, la Ley 33 de 1985⁷ consagró la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, contempló unas excepciones y determinó la forma de liquidación conforme a los factores así:

“ARTÍCULO 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

⁶ ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

⁷ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

(...).

ARTÍCULO 3. "Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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."

"En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Este último artículo fue modificado por la Ley 62 de 1985⁸ que dispuso:

"ARTÍCULO 1. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (...)"

Como puede advertirse del anterior recuento normativo, a partir de la vigencia de la Ley 33 de 1985, las pensiones de jubilación de los servidores públicos de cualquier orden se liquidaban en el equivalente del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, teniendo en cuenta como factores salariales, aquellos dispuestos por la Ley 62 de 1985.

Debe mencionarse que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 "*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*" dispuso lo siguiente:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, **es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.**" (Negrilla fuera de texto).

La disposición anterior fue ratificada por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 que al tenor literal dispuso:

"Párrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en

⁸ "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985".

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

Expuesto lo anterior, es claro entonces que el personal educador no cuenta con un régimen propio, pues las disposiciones que los gobiernan no regularon de manera concreta condiciones que tuvieren relación con la edad, el tiempo de servicios y la cuantía de las mesadas, por lo cual cabe concluir que la situación de los mismos se rige por las reglas generales en materia pensional.

6.1 ACTO FICTO

Frente a esta figura, el artículo 83 del C.P.A.C.A define lo siguiente:

“Artículo 83. Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

De igual forma, el Alto Tribunal Administrativo se ha pronunciado frente a la ocurrencia del silencio administrativo así⁹:

“Con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de Petición (artículo 23, C.P.), y, principalmente, de Acceso a la Administración de Justicia (artículo 229, C.P.), la normatividad nacional ha previsto, como instituto que opera como una garantía, exclusivamente en favor de los peticionarios, que una vez transcurra el término consagrado en la ley para que las autoridades respondan las peticiones que les sean formuladas, sin que el solicitante hubiere obtenido decisión que la resuelva, opere el silencio administrativo, en virtud del cual se entiende, para los efectos jurídicos a que haya lugar, que la Administración adoptó la decisión correspondiente con la cual decide de fondo la petición que le ha sido elevada, decisión que estará contenida en lo que se ha convenido en denominar como acto administrativo ficto o presunto, el cual bien puede ser negativo o positivo.”

Es claro que para que se configure la existencia de un acto ficto o presunto, se hace necesario que en primer lugar la administración no se pronuncie dentro del término contemplado en el artículo 83 del C.P.A.C.A; en segundo lugar, dicha contestación debe ser ambigua, es decir que no resuelva de fondo la petición del actor y finalmente que la respuesta aun siendo proferida, no sea notificada en debida forma.

Entendido lo anterior, tenemos que dentro del plenario a pesar de que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, dio respuesta a la solicitud de la demandante, tal contestación no resuelve de fondo la misma, por cuanto la entidad solo se limitó a redirigir las peticiones a la FIDUPREVISORA alegando incompetencia para resolver, sin tener en cuenta que tal

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007. Radicado No. 25000-23-26-000-1995-01143-01(14850) C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

y como se dejó consignado al inicio de la parte considerativa, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente nacional o nacionalizado están a cargo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que constituye razón suficiente para considerar por parte de este Despacho, que el acto ficto negativo, se ve consolidado con el no pronunciamiento de la entidad frente a la solicitud de reliquidación pensional de la demandante.

Ahora bien, no sucede lo mismo con el acto ficto negativo que según la parte actora se configura como producto del silencio administrativo negativo emanado del Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación a la petición presentada el día 1 de marzo de 2016, como quiera que la entidad territorial no resulta competente para efectuar el reconocimiento y pago las prestaciones sociales de los docentes; únicamente se encarga de elaborar y remitir el acto administrativo de reconocimiento, expresando en el la voluntad del FOMAG conforme lo establece la Ley 91 de 1989, la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 del mismo año.

Así las cosas, para este juzgador resulta pertinente, clara y ajustada a la competencia legal, la respuesta dada por el Municipio de Ibagué a la demandante ante la solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, razón por la cual no se configura el acto ficto demandado por la accionante.

6.2 HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

1. A través de la Resolución N° 71001582 del 5 de julio de 2012 la Secretaría Municipal de Ibagué actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación por consulta de cuotas partes a la docente nacional Rubiela Idrobo Ocampo a partir del 22 de noviembre de 2011 (Fls. 16-17).

2. El día 1 de marzo de 2016 la demandante a través de apoderado judicial radicó ante el Ministerio de Educación Nacional y el FOMAG- Regional Ibagué, solicitud de reliquidación de su pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios (Fls. 5-8).

3. Con oficio N° 2016 ER-038828 del 11 de marzo de 2016 el Ministerio de Educación da respuesta a la solicitud de la demandante, indicándole que la misma fue remitida a la Fiduprevisora S.A y a la Secretaría de Educación de Ibagué por ser de su competencia (Fl. 9).

4. Por medio del oficio N° 1053-2016EE5388 del 1 de junio de 2016 el Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal da respuesta a la solicitud de la demandante, indicándole que la misma fue remitida a la Fiduprevisora S.A por ser de su competencia (Fl. 10).

5. La FiduperivSORA, a través del oficio N° 20160170409721 del 22 de abril de 2016, le informa a la demandante, que como consecuencia de los oficios remitidos por las entidades demandadas, la entidad no es la competente para aclarar y/o modificar las resoluciones expedidas por los Secretarios de Educación a nivel nacional (Fls. 11-12).

6. Conforme a la certificación de salarios expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la docente Rubiela Idrobo Ocampo ostenta el cargo de Docente Nacional nivel primaria en propiedad, desde el 23 de diciembre de 1991. De igual forma fue certificado que durante el último año laborado, percibió como emolumentos los denominados: asignación básica, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones y bonificación mensual DC. 1566 (Fl. 22-23).

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

Teniendo claro el régimen aplicable a los docentes, es preciso destacar que la Ley 33 de 1985 previó el régimen pensional general, señalando en su artículo primero, que “el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

Del contenido del artículo 1º de esta ley, el Consejo de Estado¹⁰ dedujo que la misma le es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los niveles (nacional, local, etc.) y que de su aplicación se exceptúan solamente a los siguientes servidores:

“(i) los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones, (ii) los empleados oficiales que a la fecha de la ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esa ley, (iii) quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro, y (iv) los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán sometidos a las normas anteriores a la misma.

A su vez, recordó que el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 señala que todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión **deben pagar los aportes** que prevean las normas de dicha caja. Regula para los efectos allí previstos, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, la cual estará constituida por los **factores** que se señalan en el mencionado artículo, cuando se trata de empleados del orden nacional; y dispone que, en todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Frente al tema de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado venía adoptando una posición jurisprudencial incluida en la sentencia del 4 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en el proceso radicado con el No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 en la cual se consideró textualmente:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en material laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba 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.”

En este punto, resulta necesario precisar que aunque este Despacho en pronunciamientos anteriores venía dando aplicación al precedente jurisprudencial de unificación del 4 de agosto de 2010 en procesos adelantados por docentes oficiales beneficiarios de la Ley 33 de

¹⁰ Consejo De Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de noviembre de 2004. Radicado No. 25000-23-25-000-1999-5763-01(3204-02) C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

1985, con ocasión de los pronunciamientos que frente al tema al desarrollado no solo la Corte Constitucional, sino también el propio Consejo de Estado en sentencia reciente de unificación, la posición del Despacho deberá acompasarse con los mismos y en tal sentido se efectuarán las siguientes consideraciones.

La H. Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, fijó el precedente que debe ser aplicado a todos los beneficiarios de regímenes especiales, en cuanto a la interpretación otorgada sobre el monto y el IBL en el marco del régimen de transición así:

“... por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”

Posteriormente, en la sentencia de unificación SU- 230 de 2015, la misma Corte reiteró lo afirmado en providencia del año 2013 de la siguiente manera:

“La Sala Plena al conocer dicha solicitud, mediante Auto 326 de 2014 decidió denegar la petición de nulidad, por cuanto consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente toda vez que no existía, antes de la Sentencia C-258 de 2013, un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición. En efecto advirtió que al no existir esta interpretación, se entendía que estaba permitida aquella que a la luz de la Constitución y la ley, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada. Aclaró que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013.

(...).

De esta forma, la Sala Plena mediante el estudio de la solicitud de la nulidad de la tutela T-078, reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos”.

Seguidamente, en pronunciamiento emitido en sentencia SU- 023 de 2018, se consolidó la posición que frente al IBL ha estructurado la guardiana de la carta, en donde determinó:

“En la jurisprudencia constitucional pueden diferenciarse dos etapas. Una, antes de la expedición de las sentencias C-253 de 2013 y SU-230 de 2015 (periodo en el cual se profirió la Sentencia T-022 de 2010 y el Auto 144 de 2012) y otra después de estas decisiones. En la primera etapa, de la que son ejemplo las sentencias T-1122 de 2000, T-1000 de 2002, T-830 de 2004, T-1087 de 2006, T-143 de 2008 y T-610 de 2009, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional señalaron que se vulneraban los derechos pensionales cuando no se aplicaba en su integridad el régimen especial en el que se encontraban amparados los beneficiarios del régimen de transición. Lo anterior, con fundamento en el principio de favorabilidad en material laboral y la interpretación constitucional que del mismo, hasta ese momento, había hecho la Sala Plena, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, en especial, en las sentencias C-168 de 1995 y C-279 de 1996.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

86. La segunda etapa inició con la expedición de la Sentencia C-258 de 2013, la cual se ha consolidado hasta la actualidad. En dicha sentencia, la Corte estableció unos parámetros de interpretación del régimen especial que se contenía en la Ley 4ª de 1992. Estableció, entre otras cosas, que no había fundamento alguno para extender un tratamiento diferenciado y ventajoso en materia de IBL a los beneficiarios del régimen especial que consagraba dicha normativa, pues ello daría lugar a la concesión de una ventaja que, según se indicó, no había sido prevista originalmente por el legislador al expedir la Ley 100 de 1993. Frente a este aspecto, la Sala resaltó que, “el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 [228], tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas”. Con fundamento en esta consideración concluyó, primero, que el régimen de transición autorizaba la aplicación ultractiva de reglas relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo y, segundo, que el “Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36” de la Ley 100 de 1993.

87. En la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015, la Sala Plena unificó su jurisprudencia en la materia. Consideró que, “aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, (...), **ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición** y, por tanto, son las reglas contenidas en estas las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca” (Negrillas propias).

88. Con fundamento en esta postura unificada, y en virtud de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, las Salas de Revisión han reiterado que el régimen de transición en comento únicamente ampara las reglas relacionadas con la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo; **en otras palabras, que los aspectos referentes al cálculo del IBL deben regirse por las normas que se encuentren vigentes.** (Negrillas fuera de texto).

Entendido lo anterior, para el Despacho resulta claro que la Corte Constitucional realizó algunas consideraciones generales, y por ende, fijó una interpretación en abstracto frente al tema del IBL en el sentido de establecer que el mismo no corresponde a un aspecto de la transición, lo que conlleva a que sean las reglas contenidas en el régimen general, las que deban observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que pertenezca.

Tan criterio se apartó de la interpretación que había efectuado el Consejo de Estado en sentencia de unificación del año 2010, la cual como se indicó, venía siendo aplicada por los juzgados administrativos de todo el país, y en consecuencia, la misiva que indicaba que el cálculo del IBL debía regirse por las normas que se encontraban vigentes, conllevaría a tener presente los Decretos 691 y 1158 de 1994.

Recientemente, con la expedición de la sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado el veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018), con ponencia del Dr. Cesar Palomino Cortes, se acogieron los argumentos que frente al tema venía exponiendo la Corte Constitucional, de la siguiente manera:

“Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

(...).

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la

transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional **es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. **Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.**

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. **La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.**

102. **La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.**

103. **Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. (...).**

109. La aplicación del régimen de transición para la actora, conforme con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, significa que la liquidación de su pensión, efectuada por la entidad demandada, **aplicando la tasa de reemplazo equivalente al 75% sobre el IBL señalado en el párrafo anterior se ajustó a derecho; razón por la cual no procedía la**

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

reliquidación pensional con el fin de tomar como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó los aportes al Sistema.

110. Para responder el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, **la Sala establece que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados, como lo pretende la actora.**

111. Bajo estas consideraciones se deben negar las pretensiones de la demanda, previa revocatoria de la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad parcial del acto administrativo que negó la reliquidación de la pensión de la actora y ordenó a la UGPP efectuar dicha reliquidación con la inclusión de los factores salariales sobre los que realizó aportes durante el último año de servicios.” (Subrayado en negrilla por el Despacho).

Con fundamento en lo anterior, es dable reiterar que el Despacho comparte la posición que frente al tema han desarrollado no solo la Corte Constitucional sino también recientemente el Consejo de Estado, para lo cual se precisa que quien si bien la demandante no es beneficiaria de las estipulaciones contenidas en la Ley 100 de 1993, por estar exceptuada de su aplicación, a la misma le resulta aplicable las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, por lo cual se concluye que la misma tendrá derecho a que se le apliquen tal normatividad en cuanto a la edad, monto y semanas de cotización, no siendo así lo relacionado al IBL, pues para el mismo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se haya cotizado, con el fin de asegurar la viabilidad financiera del sistema, aplicando entonces el espíritu de las sentencias que ha venido emitiendo la H. Corte Constitucional.

En tema similar al sub examine, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima en reciente pronunciamiento¹¹, precisó frente a la inclusión de factores salariales devengados por los decentes lo siguiente:

“Ahora bien, y aun cuando, ciertamente lo indicó el a quo en la providencia apelada, la certificación salarial allegada al expediente, al igual que la Resolución No. 5831 de 9 de septiembre de 2015, por medio de la cual, el señor Mario Calle Cadavid, adquirió su pensión, tan sólo tuvo en cuenta como factor salarial el sueldo, con el cual la liquidó, no es menos cierto que los docentes no sólo perciben como salario la asignación básica mensual sino que también, y por disposición de la ley, reciben como factores salariales, entre otras, la prima de navidad y la prima de vacaciones, lo cual ha sido acuñado y acogido de manera reiterada y unificada por el Consejo de Estado, en donde se ha dicho¹².

De lo anterior, es fácil concluir que la certificación de salarios¹³, se toma indispensable para demostrar aquellas prestaciones que constituyen salario y que no están contempladas en la ley, mas no así, con los factores salariales que están determinadas en una norma legal, pues en el primero de los casos, no podría el juez reconocerlas sin tener elementos de juicio o de convicción que lo lleven a determinar de manera inequívoca que una persona devenga una prestación determinada, verbo y gratia, gastos de representación o prestaciones convencionales etc. contrario sensu aquellos emolumentos, se repite, tienen su fuente en la ley, como lo que se reclama en el sub iudice, no es estrictamente necesaria la referida certificación salarial, como se dijo en la primera instancia, (a efectos de saber lo que la demandante devengaba y que le constituye salario), pues, ante la existencia de norma expresa que regule o trate de manera específica la materia, dicha “certificación” se convierte en subsidiaria o complementaria, por no decirlo menos, innecesaria, dado que la fuente de la prestación sería la norma; así las cosas, como lo reclamado por el demandante no tiene

¹¹ Sentencia del 25 de octubre de 2018 Rad. 73001-33-33-004-2016-00291-01

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 09 de febrero de 2012. Radicación No. 05001-23-31-000-2004-01043-01(1001-10) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹³ Artículos 4 y 5 del decreto 2831 de 2005. en cuanto dice “junto con la certificación de factores salariales”.

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

fundamento en la ley¹⁴, se revocará la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda.

Efectivamente, el señor Mario Calle Cadavid, adquirió su status pensional el 5 de enero de 2015, al momento de cumplir 55 años de edad y como consta en el acto administrativo demandado.

Ahora bien, como la Ley 100 de 1993 entró en vigencia para los servidores públicos de los órdenes departamental, municipal y distrital, el 30 de junio de 1995, el demandante contaba con 45 años de edad, cumpliendo de esta manera con el requisito de la edad exigido por la norma para ser en principio beneficiaria del régimen de transición contemplado en dicha norma, por lo que el régimen aplicable, para su caso, es el contenido en la Ley 33 de 1985.

Previamente, es necesario analizar si a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, es decir, el 5 de enero de 2015, el actor contaba con más de 20 años de servicios¹⁵, a fin de establecer si le sería aplicable el régimen pensional que regía con anterioridad. En este sentido, como consta en las resoluciones que aporta el actor, el ingresó a laborar el 28 de abril de 1989, le es aplicable en su integridad el régimen contenido en la Ley 33 de 1985.

Debe tenerse en cuenta que, según el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, aplicable para el caso en concreto, la pensión de jubilación **corresponde al 75% del salario promedio percibido durante el último año de servicios**, que sirvió de base para los aportes.

Es preciso concluir que las tesis de la Sala de Unificación del consejo de Estado se aplica a los derechos pensionales de todos los ex servidores públicos.

Con base en lo anterior, se infiere que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho, conforme la jurisprudencia vigente, en cuanto negó la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de los factores sobre los cuales no se efectuó aportes a pensión.

Finalmente es procedente aclarar que en la sentencia de unificación vigente y aplicada para el caso concreto, en el numeral segundo de la parte resolutive se advirtió a la comunidad en general que las consideraciones allí expuestas en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial.

Corolario de lo anterior, el Despacho concluye que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, y en consecuencia se despacharán desfavorablemente las pretensiones, máxime cuando una vez estudiados los medios de prueba aportados, no se evidencia que frente a los factores que pretende sean incluidos se haya efectuado cotización alguna."

Así las cosas, este juzgado apoyado en la posición adoptada no solo por las altas cortes, sino también recientemente por el Tribunal Administrativo del Tolima como superior funcional, concluye que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, como quiera que una vez estudiados los medios de prueba aportados, no se evidencia que frente a los factores devengados que no fueron incluidos en la liquidación pensional, se hubiere probado la realización de cotización alguna, por lo que en consecuencia se despacharán desfavorablemente las pretensiones.

¹⁴ artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

¹⁵ Conforme lo normado en el parágrafo 2° de su artículo 1° que reza: "Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley."

EXPEDIENTE: 73001-33-40-012-2016-00334-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RUBIELA IDOBRO CAMPO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG y OTRO

7. COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se condena en costas a la parte demandante, bajo los términos de liquidación y ejecución previstas en el Código General del proceso, por Secretaría efectúese la liquidación correspondiente.

Fijese como agencias en derecho la suma de seiscientos cincuenta mil pesos moneda corriente (\$450.000), con fundamento en el Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA EXISTENCIA del acto ficto resultante del silencio administrativo, respecto de la petición incoada por la parte demandante el día 1 de marzo de 2016 ante la Nación- Ministerio de Educación – FOMAG, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción denominada “Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional” de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme lo establecido en la parte considerativa de la presente.

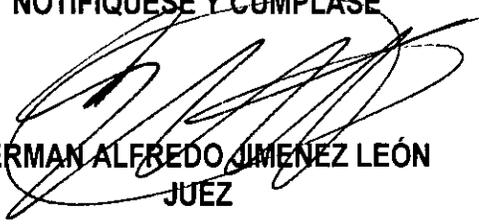
CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandante conforme las razones mencionadas en el presente proveído y fijese como agencias en derecho la suma de cuatrocientos cincuenta mil pesos moneda corriente (\$450.000).

QUINTO: Por Secretaría hágase **ENTREGA** de los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso existan a favor del accionante.

SEXTO: NOTIFÍQUESE esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 Ibídem).

SÉPTIMO: Una vez en firme, háganse las anotaciones en el programa Siglo XXI y efectuado la totalidad de los trámites acá ordenados, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GERMAN ALFREDO JIMENEZ LEÓN
JUEZ

