



132

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL

Yopal – Casanare, trece (13) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Reliquidación Pensión de Jubilación de Docente por factores salariales no incluidos – Ley 33 de 1985 – Cambios jurisprudenciales en el tiempo en este tema. Aplicación de sentencia unificatoria del Consejo de Estado de agosto 4 de 2010.

Demandante: MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ.
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Radicación: 85001-33-33-002-2015-00329-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos; se establece además prioridad del asunto¹ en relación a la situación puesta en conocimiento por el accionante a lo cual el despacho otorga credibilidad.

OBJETO DE LA DEMANDA:

El ciudadano MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ, a través de apoderado judicial instaura demanda invocando el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, solicitando a esta jurisdicción que mediante el trámite contencioso administrativo de rigor se acceda a sus pedimentos que se contraen a la revisión de la reliquidación de su pensión de vejez, por inconformidad con los factores liquidados.

¹ Artículo 18 de la ley 446 de 1998.

PRETENSIONES:

Solicita la actora en el libelo de forma textual:

"1. Declarar la Nulidad Parcial de la Resolución No. 031 DE FECHA 18 DE FEBRERO DE 2009, proferida por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – 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 mi poderdante; 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.

2. Declarar la nulidad de la Resolución No. 600 51-02 del 26/01/15, proferida por la demandada LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se resolvió negar la revisión de pensión de jubilación mediante el cual se atiende en forma desfavorable la solicitud presentada para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados y certificados en el último año de adquisición del status pensional.

163. C. de P. A. y de lo C.A. CONDENAS

1. Se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a incluir como base de liquidación de la pensión de Jubilación el promedio de todos los factores salariales devengados por mi mandante en el año anterior al status de pensionado, tales como: auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección, 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.**

2. Que se condene a las demandas (sic) a reconocerle y pagarle a mi mandante 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 fecha de status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que por esta acción se llegare a reconocer.

3. Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, 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.**

4. 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.

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

ANTECEDENTES:

Narra la demanda en sus hechos relevantes al asunto en cuestión, que el demandante es docente del servicio público de Educación del Departamento de Casanare, financiado con el Sistema General de Participaciones.

Aduce que mediante Resolución No. 031 del 18 de Febrero de 2009, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

Sostiene que dentro de la liquidación de la pensión no se le incluyeron los factores salariales devengados conforme al año base de su liquidación, violando derechos adquiridos y la normatividad que regula la materia; igualmente, afirma que la entidad demandada está aplicando normas derogadas expresamente, pues la Ley 1151 del 24 de Julio de 2007, expedida por el Congreso de la República, más conocida como Ley del Plan Nacional de Desarrollo, al determinar las vigencias y derogatorias de normas anteriores, en su artículo 160 determinó derogar de manera expresa el artículo 3º del decreto 3752 del 22 de diciembre 2003. Seguidamente cita apartes de la sentencia de Unificación expedida por el H. Consejo de Estado el 4 de Agosto de 2010, resaltando lo que considera aplicable al presente asunto.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Cita como normas violadas las siguientes:

- Artículos 29 y 85 de la Constitución Política.
- Ley 812 de 2003.
- Ley 91 de 1989.
- Ley 715 de 2001.
- Ley 33 de 1985.

En el concepto de violación plasma su posición jurídica que se concretiza en lo siguiente:

"(...) el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la Ley 91 de 1989; mientras que el régimen pensional de los docentes Oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás normas que lo regulen a futuro, pero con el requisito de edad unificado en 57 años para hombres y mujeres.

*Por consiguiente y teniendo en cuenta que mi mandate (sic) se vinculó al servicio público oficial del sector educativo el día: **19/02/98**, fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 91 de 1989 y no el establecido en la Ley 812 y sus Decretos reglamentarios, como erróneamente lo efectuó el Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del actor.*

(...)

De manera que, para los efectos de la pensión de jubilación, existen varios regímenes: el regulado por la ley 33 de 1985, el de los empleados oficiales que, por razón de la naturaleza de las actividades que desempeñan, tienen carácter excepcional y los regulados especialmente por la ley.

(...)

En lo que hace referencia a esta ley, no resulta legal y procedente determinar que para el cálculo del ingreso base de liquidación debe tenerse en cuenta los factores salariales taxativamente descritos en la norma y sobre los cuales debe hacerse descuentos de aportes; por cuanto la misma normatividad excluye de su aplicación a los docentes denominados nacionalizados y territoriales.

(...)

Nótese como la norma – Ley 33 de 1985 – excluye de la base de liquidación de los aportes a los funcionarios de origen territorial como son los docentes "nacionalizados". Ahora bien, mi poderdante es docente nacionalizado y por consiguiente sus aportes no son calculados sobre los factores salariales descritos en el artículo 3º de la ley 33 de 1985, en consecuencia no es procedente que el ingreso base de liquidación para calcular la mesada pensional se haga sobre los factores salariales enunciados en la Ley 33 de 1985.

Quiere decir, entonces que a efectos de calcular el valor de la pensión de jubilación de mi mandante nos debemos remitir a lo estipulado en la Ley 4ª de 1966 (...)

(...)

Esta ley, fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 y allí se dijo que para liquidar la pensión se tomaría como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional. Es decir que se precisó a cuál promedio mensual se refería la Ley 4 de 1966."

Seguidamente hace alusión a la sentencia de Unificación de fecha 4 de Agosto de 2010 (C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila), expedida por el Consejo de Estado, y solicita que al momento de emitir el correspondiente fallo se dé estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 10 (Deber de Aplicación Uniforme de las Normas y la Jurisprudencia) y 102

(Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado a Terceros por Parte de las Autoridades) de la Ley 1437 de 2011.

ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda que dio origen al proceso contencioso fue presentada por el apoderado de la parte actora ante la Oficina de Servicios Judiciales de Yopal, el 3 de Julio de 2015, como consta a folio 12 del cuaderno principal.
- Sometida a reparto en la misma fecha, correspondió por sorteo a este Juzgado y fue entregado en la Secretaría el 7 de Julio de 2015 (fl. 32 c.1.), para luego ser ingresada al Despacho el 8 de Julio del mismo año (fl. 33 c.1.).
- Este Despacho a través de auto del 6 de Agosto de 2015 (fls. 34 y 35 c.1.), al considerar que se reunían los requisitos mínimos exigido en los artículos 161 y ss., de la ley 1437 de 2011, **ADMITIÓ** la demanda y ordenó proceder conforme al articulado previsto en el estatuto procesal administrativo.
- Dentro del término legal otorgado por el Despacho con base en lo normado en el CPACA, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – “FNPSM”, constituyó apoderado, contestó el libelo, manifestándose respecto a los hechos, las pretensiones y proponiendo excepciones, de las cuales, el Secretario del Despacho corrió el respectivo traslado (fl. 90 c.1), obteniendo el respectivo pronunciamiento de la parte actora (fls. 91 a 96 c.1.), quedando trabada la Litis.

Contestación del Ministerio de Educación Nacional: (fls. 79 - 82 y 85 - 89 c.1).

A través de apoderado judicial dicha entidad concurre a esta etapa procesal, señalando como argumentación principal de su defensa, lo siguiente:

"El acto administrativo demandado no fue expedido por mi representada LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. El acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la secretaría de educación territorial y no la de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda.

*Quiere decir, que la demandada **MEN** en el presente proceso no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación ni es un ente pagador de los recursos del fondo.*

El Despacho debe diferenciar los sujetos procesales que tienen vocación procesal para ser parte pues uno es el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL -MEN- quien tiene capacidad procesal para ser parte en representación de La Nación, y por eso se le suele demandar como Nación Ministerio de Educación Nacional, y otro EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, (FOMAG) que como cuenta especial de la Nación, constituida bajo la modalidad de un contrato fiduciario forma un PATRIMONIO AUTONOMO no tiene capacidad para ser parte procesal sino solo a través de la entidad fiduciaria que lo administra, que en este caso es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Debe tenerse en cuenta que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como patrimonio autónomo, los recursos que lo conforman tienen destinación y propósito especial cual es el de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto en (sic) MEN no tienen responsabilidad en tal pago.

También, hay que advertir que el administrador del FOMAG, como sociedad fiduciaria no es tampoco el sujeto procesal mismo que puede ser demandado en relación con las obligaciones que corresponden al patrimonio autónomo del contrato fiduciario constituido con el nombre de FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, sino solo bajo esa particular y especial condición que se ha denominado en los tribunales como "vocero del patrimonio autónomo" y en razón de llevar la personería del patrimonio autónomo para la protección y defensa de los bienes fideicometidos, pero ello no convierte a la sociedad fiduciaria en sujeto directo de la demanda.

Luego no es correcto considerar, como equivocadamente lo hizo el demandante, al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL como un solo ente y por tanto como un solo sujeto procesal. De manera que si se ha querido, por la demandante, demandar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha debido hacerlo a través de la Fiduciaria La Previsora S.A. pero solo, única y exclusivamente, como vocera o administradora de los recursos del FOMAG, porque una es la sociedad fiduciaria y otra el Fideicomiso, que forma el patrimonio autónomo pero que no es parte del patrimonio o haber social de la sociedad fiduciaria."

Igualmente, solicita que en el evento de que se profiera un fallo condenatorio ordenando la inclusión de nuevos factores salariales para la liquidación de la pensión de jubilación, solicita que se efectúen los respectivos descuentos por concepto de cotización al sistema de seguridad social respecto de aquellos factores que no se tuvieron en cuenta, con el adicional de que dichas sumas a su juicio deben ser indexadas con el fin de que se respete el principio de

208-61

igualdad y se garantice la estabilidad financiera del sistema pensional.

En cuanto al caso en concreto, sostuvo:

*"El señor **MIGUEL IGNACIO RAIGOSA CRUZ**, le fue reconocida el pago de una pensión de jubilación mediante 031 (sic) del 18 de Febrero de 2009, en la cual se tomaron como factores salariales únicamente la ASIGNACIÓN BÁSICA, es decir no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales.*

Conforme a lo expuesto para el caso que nos ocupa, para el 29 de enero de 1985, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el actor no cumplía con los requisitos del régimen de transición para que le fueran aplicables las normas del régimen pensional anterior en materia de edad, pues, en primer término, no gozaba de un régimen prestacional de carácter especial y, en segundo lugar, no tenía 15 años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la Ley 33. En consecuencia, el régimen aplicable al actor para efectos de la edad, monto y factores salariales para determinar su pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985. (...)

(...)

*De la normativa transcrita, se encuentra que las **primas de navidad y vacacional** reclamadas en la demanda, no se encuentran en el listado taxativo del régimen de la Ley 33 como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación. Por consiguiente, dichas primas no podían ser objeto de la base de liquidación del actor, tal como lo expresaron los actos acusados.*

En ese orden, los actos que negaron al actor la reliquidación de su pensión con inclusión de las primas de navidad y vacacional se ajustaron a derecho."

- Auto fechado 17 de junio de 2016 (fls. 98 - 99 c.1.), mediante el cual se tuvo por contestada la demanda por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FNPSM, reconociendo personería para actuar a su respectivo apoderado; en igual forma, se convocó a las partes y al Ministerio Público a diligencia de *Audiencia Inicial*.
- Proveído del 16 de septiembre de 2016 (fl. 105 c.1.), a través del cual se reprogramó la fecha de la Audiencia Inicial.
- El día 27 de septiembre de 2016 (fls. 108 al 113 c.1.), se realizó **Audiencia Inicial** en la cual se trataron los temas de: saneamiento del proceso, resolución de excepciones previas, procedencia de la conciliación, luego, fijación del litigio, decreto de pruebas y fijación de fecha y hora para Audiencia de Pruebas.

El día 4 de noviembre de 2016 (fls. 115 a 118 c.1.), se llevó a cabo **Audiencia de Pruebas** que básicamente giró alrededor de recaudo e incorporación de pruebas documentales decretadas a petición de la parte actora y fijación de fecha y hora para realización de Audiencia de alegatos y juzgamiento. Con base en el inciso final del artículo 181 del CPACA se consideró innecesaria la práctica de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y en consecuencia, ordena a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiendo a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

RESUMEN DE ALEGATOS:

De la parte actora: (fls. 119 – 120 c.1).

A través de su apoderada judicial se hace presente en esta oportunidad procesal, reiterando su posición jurídica esgrimida en la demanda, trayendo a colación una Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, que a su juicio desvirtúa la presunción de legalidad de los actos acusados y que como consecuencia conlleva a que se deba reliquidar la pensión del demandante con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales.

Concepto del señor Agente del Ministerio Público: (fls. 121 – 129 c.1).

El señor Procurador 182 Judicial I Administrativo adscrito a este Despacho como Agente del Ministerio Público, allega su respectivo concepto, efectuando un resumen de la demanda y de la posición de la entidad demandada, llegando a las siguientes conclusiones:

“Se encuentra debidamente comprobado dentro del expediente en referencia la condición de docente pensionado del demandante señor MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ, tanto así que desde la formulación misma del problema jurídico el Despacho determinó que, dentro del plenario se debate de manera

exclusiva el derecho al posible reajuste de las mesadas pensionales para incluir dentro del ingreso base de liquidación los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

(...)

Ahora bien, es necesario precisar que para determinar el régimen aplicable al actor se hace necesario establecer si, para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se cumplían los requisitos del régimen de transición, con lo cual al demandante le sería aplicable la Ley 33 de 1985. Para el efecto tenemos que señalar que el régimen de pensiones previsto en dicha norma entró en vigencia para los Municipios y Departamentos a partir del 30 de junio de 1995, fecha para la cual se debían cumplir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, tener cuarenta años para el caso de los hombres o haber cotizado durante quince (15) años o más.

(...)

En el caso bajo análisis el demandante cumple el requisito de la edad y tiempo de servicios, por lo tanto, le era predicable el régimen de transición, con lo cual se sitúa en la regulación contenida en la Ley 33 de 1985, el cual al ser aplicado siguiendo las previsiones de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, determina de manera clara que deben incluirse dentro del monto de su pensión todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

En la sentencia reseñada de 2016, el Consejo de Estado hace referencia al criterio de interpretación de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en torno a la forma de liquidar la pensión, pues para la jurisdicción ordinaria y para la jurisdicción constitucional no se debe incluir dentro del régimen de transición el ingreso base de liquidación, sin embargo, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa mantuvo inalterado su criterio interpretativo y, acudiendo a la sentencia de unificación, la sección segunda concluyó que el régimen de transición pensional para el sector oficial comprende la base de liquidación.

(...)

De esta forma se acude a los principios mínimos fundamentales previstos en el artículo 55 de la Constitución Política, concretamente en lo que tiene que ver con el IN DUBIO PRO OPERARIO, o también conocido como principio de favorabilidad para el trabajador. En concepto de esta agencia del Ministerio Público resulta procedente dar aplicación a las sentencias de unificación proferidas por el Honorable Consejo de Estado, sobre las de otras jurisdicciones, en virtud de lo plasmado en los artículos 102 y 269 del CPACA que consagran el deber de aplicación uniforme de las sentencias de unificación proferidas por la jurisdicción contencioso administrativa, con lo cual estas se erigen como precedentes jurisprudenciales que deben ser acatados no solo por los jueces de instancia sino también por la generalidad de autoridades en ejercicio de sus funciones.

(...)

De manera respetuosa señor Juez, dentro del presente caso, solicito se despachen favorablemente las súplicas de la demanda, en consecuencia se acceda a la nulidad parcial de los actos administrativos enjuiciados y se declare el incremento del monto de la pensión, incluyendo dentro del cálculo los emolumentos laborales recibidos durante el último año de servicios efectivos prestados por el actor, ordenando igualmente la prescripción trienal de las mesadas pensionales, siendo necesario de igual manera efectuar los descuentos respectivos destinados al Sistema General de Seguridad Social.

La parte demandada guardó silencio en esta especial etapa, previa a la definición del litigio.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de la noble labor de administrar justicia.

Competencia y otros aspectos procesales:

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 ibídem), teniendo en cuenta que las excepciones previas propuestas fueron debidamente resueltas y las decisiones allí adoptadas se encuentran debidamente ejecutoriadas y en firme; respecto de las excepciones denominadas de fondo o merito, son medios de defensa que buscan que el acto controvertido permanezca incólume en el ordenamiento jurídico, por lo cual en el decurso de esta providencia expresa o tácitamente se decantará al aspecto.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

Problema Jurídico planteado:

Se trata de determinar si efectivamente los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 031 del 18 de Febrero de 2009 (por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación por

cuotas partes), expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Casanare, actuando en nombre y representación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se encuentra parcialmente viciada de nulidad, en lo concerniente a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación; y en segundo término el acto contenido en el Oficio No. 600-51-02 del 28 de Enero de 2015, suscrito igualmente por la Secretaría de Educación Departamental de Casanare, mediante la cual se negó el ajuste o reliquidación de la pensión de jubilación que fuera otorgada mediante el acto primeramente mencionado, poseen visos de nulidad; o si por el contrario dichos actos administrativos se encuentra acorde con la normatividad vigente que regula dicha materia.

Probanzas arrimadas al expediente que constituyen la verdad procesal:

- Copia del derecho de petición sin fecha, ni radicado, suscrito por el apoderado judicial del señor Miguel Ignacio Núñez y dirigido a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual solicita la revisión de la pensión de jubilación, con el fin de que se tenga en cuenta en la base de liquidación, la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al status de pensionado (fls. 14 a 18 c.1.).
- Copia del oficio No. 600 51-02 del 26 de enero de 2015, suscrito por la Secretaría de Educación de Casanare y dirigido al apoderado judicial del señor Miguel Ignacio Núñez Cruz (fl. 13 c.1.), mediante el cual le da contestación a una solicitud de Reconocimiento y Pago de un Ajuste a su pensión de jubilación, en los siguientes términos:

"(...) me permito comunicarle que la entidad Fiduciaria la Previsora devolvió su solicitud con las siguientes observaciones: no procede el Ajuste a la Pensión de Jubilación, toda vez que el docente cumplió status el 06-05-2007, en vigencia del Artículo 3 del Decreto 3752 del 2003, por consiguiente se tiene en cuenta únicamente como factor salarial de liquidación la asignación básica."

- Copia de formato único para la expedición de certificado de salarios (establecido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), correspondiente al señor Miguel Ignacio Núñez Cruz, en el cual se identifica los factores salariales devengados durante su vínculo laboral, en los siguientes periodos: a) Del 1º de Enero de 2006 al 30 de Diciembre del mismo año; y b) Del 1º de Enero de 2007 al 30 de Abril del mismo año (fl. 19 c.1.).
- Copia de la Resolución No. 031 del 18 de Febrero de 2009, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Casanare (actuando en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO), por medio del cual reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ (fls. 20 a 22 c.1. y 147 a 149 c.p.).
- Copia de la constancia de fecha 15 de Junio de 2015, expedida por la Procuraduría 53 Judicial II Para Asuntos Administrativos, mediante el cual se da fe del agotamiento del requisito de procedibilidad para este asunto (fls. 23 y 24 c.1.).
- Copia del expediente administrativo u hoja de vida del señor Miguel Ignacio Núñez Cruz (fls. 3 al 286 c.1.), del cual se destaca el siguiente documento:
 - Copia de la Resolución No. 0471 del 4 de Marzo de 2008, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura de Casanare, mediante la cual se aceptó la renuncia del señor Miguel Ignacio Núñez Cruz del cargo de docente, a partir del 28 de Febrero de 2008 (fls. 276 y 277 c.p.).

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si el demandante tiene derecho a que la demandada le reliquide su pensión de jubilación que reclama, con factores diferentes a los que se le incluyó en el acto administrativo que le concedió la pensión.

Aplicación de normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto

Esta decantado de acuerdo a la demanda que el motivo de inconformidad alegado por la demandante a lo largo de este proceso, versa sobre los **factores salariales** que han debido tenerse en cuenta para liquidar su **pensión de jubilación** reconocida a través del acto que acusa de forma parcial, por lo cual, se impone para este estrado judicial el estudio de las normas que gobiernan su reconocimiento y liquidación.

Eso sí, desde ahora se advierte que - como se ha reiterado en precedentes definiciones - los docentes tienen la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (art. 5 del Decreto 224 de 1972), pueden gozar de pensión gracia (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso de pensión gracia y pensión de invalidez, y tales prerrogativas las confirman las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, art. 279, 60 de 1993, art. 6, y 115 de 1994, art. 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

No sucede lo mismo en materia de **pensión ordinaria de jubilación**, pues no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones.

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso:

"ARTICULO 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.
(Negrilla del Despacho)

Es preciso advertir que la Ley 91 de 1989 fue expedida el 29 de diciembre, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, de suerte que, según la norma transcrita, los docentes indicados en el inciso primero están sometidos a las normas vigentes para esa época (29 de diciembre de 1989) o, las que se expidan en el futuro, según el caso, atendiendo por ejemplo a la antigüedad, o al régimen de transición.

Entonces, para resolver el conflicto planteado, necesariamente debe hacerse alusión a las leyes vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, entre ellas la Ley 33 de 1985.

El Congreso de la República expidió la Ley 33/85 que comenzó a regir el 29 de enero de 1985 y la cual derogó los Arts. 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135/68 y demás disposiciones que le fueran contrarias.

La mencionada Ley determinó que los empleados oficiales tendrían derecho a que por la Caja de Previsión respectiva, se les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, si laboran o laboraron veinte (20) años continuos o discontinuos y llegaron a la edad de cincuenta y cinco (55) años de edad.

La Ley 60 de 1993, que adoptó el *sistema de recursos y competencias* (situado fiscal); en lo pertinente a la pensión de los docentes, estableció:

"ARTÍCULO 6o. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. [...]

*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.
[...]*

A su turno la ley 115 de 1994 en su artículo 115 dispone lo siguiente:

"Artículo 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 en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores."

El Estatuto General de la Educación, ha dispuesto que el régimen prestacional de los educadores estatales, es el establecido en la ley 91 de 1989, la ley 60 de 1993 y el mismo Estatuto; de tal forma se puede inferir que para el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación al personal docente y su reliquidación, no existe algún régimen especial, pues aun cuando la norma aparece titulada como el "régimen especial de los educadores estatales", en verdad no consagra un régimen de tal calidad para los mismos.

Conforme a lo expuesto, es que al comenzar a regir la ley 91 de 1989 la normatividad vigente aplicable en materia de pensiones de jubilación y su liquidación para el sector educativo era la ley 33 de 1985, la cual de igual forma se aplica a los servidores públicos de todos los niveles que no fueran exceptuados de ella, por lo que se infiere que los docentes siguieron adquiriendo su derecho a pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

Hasta aquí el análisis normativo de la primera parte del problema jurídico planteado, que confirma que el ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión *ordinaria* de un docente nacionalizado, vinculado al servicio público de la educación antes de la expedición de la Ley 91 de 1989, está regido por la Ley 33 de 1985, subrogada por la Ley 62 de 1985.

Ingreso Base de Cotización e Ingreso Base de Liquidación:

La ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas por el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicios como se mencionó anteriormente, y enumeró en su artículo 3º los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, así:

"ARTICULO 3º. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deberán 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 trata de empleados del orden nacional:

- *Asignación básica*
- *Gastos de representación*
- *Prima técnica*
- *Dominicales y feriados*
- *Horas Extras*
- *Bonificación por servicios prestados*
- *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."

La anterior disposición fue modificada por el artículo 1º inciso 2º de la Ley 62 de 1985:

"Artículo 1º .- *"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 de orden Nacional:

- Asignación Básica.
- Gastos de Representación.
- Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación.
- Dominicales y Feriados.
- Horas Extras.
- Bonificación por Servicios Prestados.
- 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." (Subraya y Negrilla del Despacho).

Para el análisis de los factores salariales a tener en cuenta a la hora de la liquidación de la pensión ordinaria, debe rememorarse lo acaecido en el transcurso de los últimos años; localmente en el 2007 y comienzos del 2008, al proferir fallos en situaciones análogas y del estudio de las leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, este Despacho se inclinó más por una interpretación **enunciativa** de la normatividad precitada²; sin embargo en sentencias de segunda instancia el superior funcional al realizar un juicioso análisis jurídico estableció motivos fundados y convincentes para inclinar la balanza hacia la otra tesis (**taxativa**), lo que ocasionó la modificación y/o revocación de las providencias proferidas en tal sentido. Ante dicho precedente se optó por rectificar la línea y analizar de manera taxativa los factores devengados por cada demandante y tener en cuenta los factores sobre los cuales había aportado y que se encontraran en dicha normatividad.

No obstante lo anterior, dicha temática es nuevamente abordada por la Sección Segunda del Consejo de Estado como máximo organismo de lo contencioso administrativo del país, la cual en fallo³ unificadorio, consideró lo siguiente:

² Por ejemplo ver fallos estimatorios del año 2007 y principios de 2008, en los expedientes 2005-00067, 2005-00583, 2005-00667, 2006-00022, 2006-00024, 2006-00055, 2006-00077, 2006-00089, 2006-000133 y 2006-00141.

³ Consejo de Estado – Sección Segunda – sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 250002325000-2006-07509-01, actor LUÍS MARIO VELANDIA, respecto a factores salariales y Exp. No. 2015-00329 Nulidad y Restablecimiento de Miguel Ignacio Núñez Cruz Vs. Mineducación – “FNPSM”.

"Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual "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". Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003⁴, concluyendo que "en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) "en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes".

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006⁵, se expresó:

"La ley 33 de 1985 en el artículo 1° dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente."

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma⁶:

reconociendo el criterio oscilante de aplicación del artículo 3° de la ley 33 de 1985, unificó tesis en este fallo..

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Florez Anibal.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Amulfo Gómez.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.

"En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron 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", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.

(...)

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones."

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 materia 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.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978,

⁷ "Artículo 45. "De los factores de salario para la liquidación de cesantía 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;

norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó8:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.⁹".

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

(...)

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

(...)

CAJANAL, de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión de jubilación tuvo en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados; horas

m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del art. 38 del decreto 3130 de 1968."

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

⁹ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

"(...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...).

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones.

(...)

extras; bonificación por servicios prestados; y, diferencia de horario, factores que fueron devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 2002.

En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo.

No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional.”

Así las cosas, de acuerdo a la nueva jurisprudencia del máximo ente de lo contencioso administrativo, se establece un giro de 180 grados en este tema respecto a lo que se venía aplicando, por lo tanto, se rectifica la línea seguida por este Despacho desde mediados del año 2008 y se vuelve a la tesis anterior de carácter **enunciativo** para tener en cuenta a la hora de la liquidación de la pensión todos los factores que constituyan salario -conforme a las probanzas que suministre cada caso-, con la salvedad que si el ente correspondiente no hubiere realizado los descuentos por aportes sobre los factores que no hayan sido objeto de la deducción legal, deberá realizarlo ahora.

Decisión al caso concreto:

Con el material probatorio allegado, a la luz de la normatividad en cita, se concluye lo siguiente:

- a) El actor se desempeñó como docente territorial, por lapso superior a los 20 años.
- b) El docente demandante adquirió el status de pensionado el 6 de Mayo de 2007 (con 55 años de edad), según se desprende del acto que le reconoció la pensión de jubilación.

- c) Al cumplir los requisitos para su pensión ordinaria de jubilación el docente MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- d) De conformidad con el acto acusado El FPSM tomó en cuenta como IBL, exclusivamente la asignación básica, lo cual aplicándole el 75%, arroja una suma de \$1.296.529 como mesada pensional.

En este estado de cosas, hay que precisar que de conformidad a lo normado en la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, cuyo proceso decisorio se tramita a través de una delegación de funciones en las entidades territoriales; en consecuencia de lo anterior, se infiere que como tal quien tiene la obligación legal de responder por dichas prestaciones de los docentes, es la Nación - Ministerio de Educación Nacional, independientemente de que se haya contratado a una entidad fiduciaria para ejercer la administración de los recursos del FOMAG, razón por la cual en el evento de encontrarse vulnerado el ordenamiento jurídico y constitucional, deberá ser sujeto de las respectivas ordenes de restablecimiento del derecho.

En consecuencia de todo lo anterior, se reitera que la normatividad aplicable al caso estudiado es la ley 33 de 1985 modificado por la ley 62 del mismo año y sus decretos reglamentarios, entonces, resulta del caso verificar si la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FPSM"**, al realizar la liquidación de la pensión de jubilación del docente MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ verdaderamente omitió la inclusión de los factores devengados y que constituyan salario para efectos de la conformación del ingreso base de cotización y liquidación, conforme a la disertación realizada por el Honorable Consejo de Estado en la

jurisprudencia reciente transcrita atrás en donde advierte nuevamente que la pensión de vejez no es una dádiva del Estado, sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

Con base en lo anotado y al confrontar que durante el último año de prestación de servicios, previo a adquirir el status de pensionado (6 de Mayo de 2006 al 6 de Mayo de 2007), el señor MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica (Sueldo), **auxilio de movilización, prima de navidad, prima de vacaciones** (fls. 19 c.1. y 282 c.p.); y que la entidad demandada en el acto administrativo contenido en la Resolución No. 031 del 18 de Febrero de 2009 expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento de Casanare, en nombre y representación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que le reconoció la pensión de jubilación, sólo tuvo en cuenta la **ASIGNACIÓN BÁSICA**. Entonces, tenemos que el criterio aplicado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “**FNPSM**” es equivocado y contrario a derecho; pues al actor se le debe liquidar el beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo todos los factores pensionales devengados durante el último año de prestación de servicios y en el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación faltó incluir los factores de: **Auxilio de Movilización, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones**, conforme a su periodicidad, a lo que tiene derecho, por lo cual, se dispondrá que tales conceptos se computen a la pensión de jubilación que percibe.

Finalmente, cabe anotar que la entidad demandada podrá descontar de lo que debe pagarle al actor, la suma que a ella corresponda en el porcentaje del empleado, respecto de los factores nuevos sobre los cuales no se le descontó o no haya aportado para pensión.

Sobre este punto en particular, se considera necesario traer a colación la posición adoptada por el H. Tribunal Administrativo de Casanare¹⁰, en un caso de similares características, lineamientos que este Estrado Judicial comparte y aplicará al caso en concreto, al constituir precedente judicial sobre este tema, resaltando lo siguiente:

"5.- DESCUENTOS DE APORTES

5.1.- Acorde con la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, la pensión de los agentes de los empleados del DAS, entre otros, deben liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de prestación de servicio, con las precisiones que se hicieron en precedencia.

Este precedente judicial vertical es de obligatorio acatamiento según lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001.

5.2.- La Ley 100 en sus artículos 20, 25, siguientes y concordantes establecen unos porcentajes sobre el salario que deben ser cotizados obligatoriamente por el trabajador por concepto de pensiones y fondo de solidaridad pensional, si es del caso; parte corresponde pagarlos al empleador y parte al trabajador.

5.3.- Si bien es cierto que los factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de la demandante en esta sentencia deben incluirse como factores salariales para liquidar pensiones, correlativamente se deben cancelar los respectivos aportes, pero esa exigencia no se la podemos hacer por el monto total al trabajador, sino solo respecto de la cuota parte que le correspondía cubrir. (Subraya del Despacho)

Por lo tanto, sobre los aportes que la UGPP podrá descontar a la señora Alicia Flórez debe precisarse además que:

- a) El periodo durante el cual deben descontarse esos aportes será por todo el tiempo en que se debían realizar cotizaciones, es decir, para el presente caso, durante el tiempo en que laboró como auxiliar de servicios del DAS. (Subraya del Despacho)*
- b) No hay lugar a su prescripción porque la obligación de pagarlos solo surge con la ejecutoria de esta sentencia; porque el pago de los mismos es condición indispensable para que el actor tenga derecho a que se le incluya como factores para liquidar su pensión; y porque no ordenar el pago de esos aportes durante todo el tiempo en que debía hacerse la cotización iría en contra del principio de sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Constitución Nacional, ampliamente analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, entre otras. (Subraya del Despacho)*
- c) Con anterioridad a la Ley 100 de 1993, el monto de aportes a descontar a la accionante será el porcentaje que a ella le corresponda según la norma vigente en el momento en que debía hacerse el descuento por concepto de aportes para pensiones; a partir de la vigencia de dicha ley, los descuentos serán los que corresponden al trabajador por concepto de aportes para pensiones y fondo de solidaridad pensional según los artículos 20, 25, siguientes y concordantes, y normas que los han modificado y adicionado. Esas órdenes no pueden extenderse al extinto*

¹⁰ Sentencia del 12 de Agosto de 2016; M.P.: José Antonio Figueroa Burbano; dentro del medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, identificado bajo el radicado No. 85001-3333-002-2014-00268-00 (interno 2014-00219); siendo demandante la señora Alicia Flórez Ramírez y demandado la "UGPP".

- DAS por sustracción de materia, ni a quien lo sucedió, pues no son parte en el proceso. (Subraya del Despacho)
- d) De la misma manera que las diferencias en las mesadas pensionales deben actualizarse acorde con las variaciones del IPC, también los aportes que debía hacer el trabajador y no hizo, se deben actualizar con base en la misma fórmula. (Subraya del Despacho) (...)
- e) El monto de los aportes por descontar nunca podrá ser superior a las sumas por pagar por concepto de diferencia en las asignaciones pensionales de la accionante. (Subraya del Despacho)
- f) *No se realiza la liquidación de los aportes por esta Corporación, sino que se deja ese poder - deber a cargo de la UGPP, porque ella debe contar con los documentos que acrediten el monto de lo cancelado, así como las bases sobre las cuales se hizo el pago y sobre las que debía realizarse.*

En consecuencia de lo anterior, deberá declararse la nulidad parcial de la Resolución No. 031 del 18 de Febrero de 2009, expedida por Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Casanare (en nombre y representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), y la nulidad total del Oficio No. 600 51-02 del 26 de Enero de 2015, proferido por la misma dependencia departamental, y se ordenará a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, dictar nuevo acto en el que se reliquide la *Pensión de Jubilación* de MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ con base en el salario promedio devengado en el último año de prestación de servicios, conformado por la asignación básica, y adicionando como factores salariales nuevos los siguientes: **Auxilio de Movilización, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones.**

Prescripción:

De conformidad con los parámetros establecidos en el Decreto 1848 de 1969, respecto de la prescripción trienal, se declarará procedente la aplicación de dicha figura jurídica en el presente caso, si se tiene en cuenta que la pensión de jubilación reconocida al accionante se hizo efectiva a partir del 7 de Mayo de 2007, mientras que la solicitud de Reliquidación fue impetrada el 01 de Septiembre de 2014 (como se desprende del folio 254 del c.p.); es decir, que a partir de esa fecha se debe tener en cuenta que interrumpió la prescripción sobre dicha prestación, pero no del **derecho que tiene al reajuste**, por tanto,

Exp. No. 2015-00329 Nulidad y Restablecimiento de Miguel Ignacio Núñez Cruz Vs. Mineducación -- "FNPSM".

se debe aplicar la prescripción trienal ya aludida, por derechos no reclamados a tiempo respecto al reajuste de mesadas, pero no del derecho al reajuste de su pensión desde que fue efectiva.

Los reajustes pensionales. Teniendo en cuenta el valor de la mesada pensional inicial, la administración hará los reajustes de ley que correspondan, incluyendo en su liquidación como factores salariales adicionales a los ya reconocidos, los siguientes: Auxilio de Movilización, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones, conforme a su periodicidad.

Las diferencias pensionales. Establecido el valor de las mesadas pensionales en los diferentes años (a partir del 7 de Mayo de 2007 – fecha en que se hizo efectiva el reconocimiento de la pensión de jubilación), se determinará, previa comparación con las mesadas pagadas, el valor pensional no pagado a la parte actora en sus diferentes épocas, siendo procedente **exclusivamente** el pago de las diferencias pensionales, causadas con posterioridad al 1º de Septiembre de 2011 (de conformidad con la prescripción trienal).

Ajuste al valor. El valor de las diferencias de mesadas pensionales adeudadas, conforme al punto anterior analizado, serán objeto del ajuste al valor, de establecer un monto superior, en los términos del Art. 187 del CPACA y dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$$

De donde:

Vp = Valor presente o actualizado

Vh = Valor histórico o la cifra que se actualiza

Ind. Final = el que se certifique a la fecha de la ejecutoria del fallo

Ind. Inicial = el existente al 1º de Septiembre de 2011.

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. Por lo tanto, la entidad demandada deberá aplicar la fórmula dada, de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el más reciente una menor.

Intereses y Cumplimiento de la Sentencia. Se realizarán de acuerdo a las estipulaciones de los artículos 189 y 192 del CPACA.

Finalmente, como era obligación hacer los aportes necesarios por los factores que se irán a tener en cuenta de aquí en adelante, la entidad demandada – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FNAPSM” queda autorizada para hacer los cobros y/o descuentos respectivos para cubrir dichos aportes, acorde con los estrictos parámetros establecidos por el H. Tribunal Administrativo de Casanare en sentencia del 12 de Agosto de 2016 (que se citó de forma expresa en esta providencia), el cual constituye precedente judicial para este Despacho Judicial.

En otro aspecto, se ordenará dar cumplimiento a lo estipulado en los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Costas:

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, pues se hizo presente en el proceso y defendió su tesis jurídica; se dispondrá no condenar en costas a la parte vencida, acorde con los lineamientos consagrados en el artículo 188 del CPACA.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la Nulidad Parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 031 del 18 de Febrero de 2009 (por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de Jubilación al señor Miguel Ignacio Núñez Cruz), expedida por la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento de Casanare; igualmente la Nulidad Total del Oficio No. 600 51-02 del 26 de Enero de 2015 (mediante la cual se negó la reliquidación y/o ajuste de la pensión de jubilación del señor Miguel Ignacio Núñez Cruz, por inclusión de factores salariales), expedida por la misma Dependencia Departamental; lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento, **ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FNPSM” a reliquidar y/o reajustar la Pensión de Jubilación del señor MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.373.734 expedida en Fusagasugá (Cundinamarca) a partir del 7 de Mayo de 2007 (fecha en la cual se hizo efectiva dicha pensión), con base en el salario promedio de lo devengado por el actor en el último año de prestación del servicio (comprendido del 6 de Mayo de 2006 al 6 de Mayo de 2007); incluyendo como partidas computables, además de las ya reconocidas (asignación básica o sueldo), los siguientes: **Auxilio de Movilización, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones** conforme a su periodicidad. Igualmente se dispone el pago de las diferencias pensionales (derivadas de la reliquidación y/o reajuste) causadas con posterioridad al 1º de Septiembre de 2011 (de conformidad con la prescripción trienal); todo lo anterior, acorde con los lineamientos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR la prescripción trienal de las diferencias pensionales (Decreto Reglamentario 1848 de 1969), derivadas de la reliquidación y/o reajuste de la pensión de jubilación del señor MIGUEL IGNACIO NUÑEZ CRUZ, que sean anteriores al 1º de Septiembre de 2011.

CUARTO.- AUTORIZAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FNPSM” para hacer los cobros y descuentos de los aportes pensionales insolutos si los hubiere, como se explicó en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término y reglas señaladas en los artículos 189 y 192 del CPACA.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: No condenar en costas a la demandada.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, expídase primera copia con las constancias del Art. 114 del Código General del Proceso al demandante o su apoderado que ha venido actuando en el proceso. Líbrense las demás comunicaciones de ley.

NOVENO: Ordenar por Secretaría la liquidación y devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

DÉCIMO: Cumplido lo anterior y ejecutoriada esta providencia, previa acreditación de su cumplimiento, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores llevados al efecto."

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZALEZ
Juez

