



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE  
SINCELEJO**

Sincelejo, diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

**Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

**Expediente N° 70001-33-33-002-2014-00122-00**

**Demandante:** JUAN BAUTISTA AVENDAÑO CASTRO C.C. N°5.000.721

**Demandado:** Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo

**Tema:** Solicitud de Reliquidación Pensional

**I. ANTECEDENTES.**

El señor Juan Bautista Avendaño Castro con C.C. N° 5.000.721, a través de apoderado judicial en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demanda a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, para que, con audiencia y citación del representante legal de las entidades demandadas y también del Agente del Ministerio Público, se hagan por este Despacho las siguientes declaraciones y condenas, **en primera instancia, las cuales se resumen conforme al Art. 187 de la Ley 1437 de 2011:**

***i. Breve descripción de la Demanda***

<b>PRETENSIONES<sup>1</sup></b>	<b>HECHOS: Para dichas pretensiones, se basa en los hechos en síntesis expuestos así:<sup>2</sup></b>
<p><b>NULIDAD:</b> Se declare la nulidad parcial de las siguientes resoluciones, proferidas por el señor secretario de educación del Municipio de Sincelejo:</p> <p>* Resolución No. 0286 del 30 de julio de 2008, mediante la cual se ordena el pago de un ajuste de pensión ordinaria de jubilación al actor y la,</p> <p>* Resolución No. 0361 del 13 de julio de 1998, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación al actor</p>	<p>* El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo, ordenó el pago de la pensión de jubilación mediante Resolución No. 0361 del 13 de julio de 1998 y así mismo la misma entidad mediante Resolución No. 0286 del 30 de julio de 2008, ordenó el pago de ajuste de la pensión.</p> <p>* Que dentro de la resolución de revisión de la pensión al actor, no le incluyeron la totalidad de los factores salariales devengados conforme al año base de</p>

<sup>1</sup> Fl. 1-2 Cuaderno Principal

<sup>2</sup> Fl. 2-4 Cuaderno Principal

R

<p><b>RESTABLECIMIENTO:</b> <i>Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a las entidades accionadas a incluir como base de liquidación de la pensión, todos los factores salariales devengados por el actor en el año inmediatamente anterior al status de pensionado.</i></p> <p><i>Que se condene al pago de las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión, desde la fecha de status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina de pensionados.</i></p> <p><i>Que se condene, al pago de intereses moratorios y la indexación a que haya lugar.</i></p> <p><i>Que se condene a la parte demandada al pago de costas y gastos del proceso.</i></p> <p><b>EFFECTOS DEL FALLO:</b> <i>Que se dé cumplimiento del fallo de acuerdo a lo dispuesto en los Artículos 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011.</i></p>	<p><i>liquidación, tal como la prima de navidad.</i></p> <p><i>* Que el actor ingresó al servicio de la educación antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, por consiguiente las normas prestacionales aplicables son: Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985 y ley 4ta de 1966.</i></p> <p><i>* Que el actor durante el año anterior al status de pensionado, percibió los siguientes factores salariales: Prima de Navidad, el cual debe tenerse en cuenta al momento de calcular el valor de la mesada pensional reconocida.</i></p>
--	---

### FUNDAMENTOS DE DERECHO y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>3</sup>

#### Constitucionales:

Artículos 29, 85 y 229 de la Constitución Política de Colombia.

#### Legales:

Ley 812 de 2003, Ley 91 de 1989 Art. 15; Ley 715 de 2001 Art. 38; Ley 33 de 1985 Art. 1º y 4º.

#### Concepto de Violación:

Manifiesta que la Ley 812 de 2003, en el Art. 81 se refirió al régimen prestacional de los docentes oficiales, para establecer que el de los nacionales, nacionalizados y territoriales, ~~continuaría~~ siendo el anterior a la vigencia de esta Ley y el pensional de los docentes que ingresen al servicio a partir de la vigencia de la misma ley sería el de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Que quiere decir entonces, que a partir del 27 de junio de 2003, fecha en la cual entró a regir la Ley 812 de 2003, existen dos regímenes pensionales de los docentes, cuya aplicación se determina por la fecha de ingreso del docente al servicio público educativo.

<sup>3</sup> Fl. 2-4 Cuaderno Principal

Que por consiguiente y teniendo en cuenta que el actor se vinculó al servicio de la educación el día 19 de febrero de 1974, 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 como erróneamente lo efectuó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al momento de reconocer la pensión de jubilación del actor.

Que 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 norma excluye de su aplicación a los docentes nacionalizados y territoriales.

Que para efectos de calcular el valor de la pensión de jubilación del actor, se debe remitir a lo estipulado en la Ley 4ª de 1966, es decir, que las pensiones de jubilación o de invalidez se liquidaran y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional.

Por ultimo expone la unificación de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado sobre el tema de la reliquidación de la pensión, por factores salariales.

## ii. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 13 de mayo de 2014<sup>4</sup>, se admitió el día 22 de julio de 2014 y notificada por estado electrónico N° 046 del 24 de julio de esa anualidad<sup>5</sup>, el 1° de agosto de ese año se pagaron los gastos procesales<sup>6</sup> y el día 12 de febrero de 2015 se notificó del presente medio de control la parte demandada,<sup>7</sup> se corrió el traslado de los 25 días del 12 de febrero hasta el 18 de marzo de 2015<sup>8</sup> y el traslado de los 30 días desde el 19 de marzo al 8 de mayo de 2015<sup>9</sup>, la parte demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag contestó la demanda el 15 de abril de 2015<sup>10</sup>, se dio traslado de excepciones el día 9 de junio de 2015<sup>11</sup> y mediante auto del 25 de septiembre de 2015<sup>12</sup> se fijó fecha para audiencia inicial a celebrarse el 01 de diciembre de 2015<sup>13</sup>.

## iii. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

<sup>4</sup> Fls. 13 Cuaderno Principal

<sup>5</sup> Fls. 27 Cuaderno Principal

<sup>6</sup> Fl. 31-32 Cuaderno Principal

<sup>7</sup> Fls. 35-41 Cuaderno Principal, también se notificó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público.

<sup>8</sup> Fl. 42 Cuaderno Principal

<sup>9</sup> Fl. 71 Cuaderno Principal

<sup>10</sup> Fl. 54-71 Cuaderno Principal

<sup>11</sup> Fl. 89 Cuaderno principal

<sup>12</sup> Fl. 96-98 Cuaderno Principal

<sup>13</sup> Fl. 115-129 Cuaderno Principal

Las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

<i>PARTE DEMANDADA</i>	<i>MINISTERIO PÚBLICO</i>
<p><b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG:</b></p> <p>Se opone a todas las pretensiones formuladas en la demanda, por carecer de sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad.; habida cuenta que la entidad actuó conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para estos casos. Que del análisis de los documentos anexados en la demanda, se verifica que la pretensión del actor no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se reajuste su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año status de pensión.</p> <p>Que la liquidación de la pensión se efectuó de conformidad con la ley 33 de 1985, y que para la aplicación de un precepto distinto, se hace necesario que el empleado oficial acredite que a la fecha de entrada en vigencia de la citada Ley, esto es, al 29 de enero de 1985, contaba con 15 años continuos o discontinuos de servicio, o en su defecto estar retirado del servicio y haber prestado 20 años de labor continua o discontinua, presupuestos inexistentes en el sub lite.</p>	<p>En esta oportunidad no emitió concepto.</p>

<p>Que en esas condiciones, la pensión de jubilación del señor Juan Bautista Avendaño debía ser liquidada con los factores establecidos en el Art. 1° de la Ley 62 de 1985, tal como lo hizo la entidad en la Resolución de reconocimiento de la pensión, al incluir la asignación básica y excluir lo devengado por primas de alimentación especial, vacaciones y navidad, al no estar contempladas en el listado del artículo anterior.</p> <p>Luego, realiza un recuento normativo sobre la legalidad de los actos administrativos demandados.</p> <p>Concluye que los actos administrativos demandados no violan las disposiciones invocadas por el actor, y están estrictamente ceñidas a las disposiciones en que debería fundarse, toda vez que la docente para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 no tenía 15 años o más de tiempo de servicio, por tanto no se beneficia con la excepción consagrada en la disposición legal.</p> <p>Propone las excepciones Inexistencia del derecho por errónea interpretación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación.</p>	
--	--

**iv. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES**

PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
Min: DVD, se ratifica en lo solicitado en la demanda.	Min: DVD, Corrobora lo manifestado en la contestación.  <b>MINISTERIO PÚBLICO:</b> No asistió a la audiencia.

## II. PARTE CONSIDERATIVA

### ii.i MENCIÓN Y ANALISIS PROBATORIA AL CASO VENTILADO.

#### CASO PARTICULAR TEÓRICO

El caso que hoy es motivo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es la procedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, pues según sus argumentos no le fueron incluidos todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios a la adquisición del status pensional, para así obtener de manera correcta el Ingreso Base de Liquidación y proceder con la liquidación de la misma.

Para ello, se allegaron al plenario,

**LAS SIGUIENTES PRUEBAS**, de legal forma y constitucionalizadas bajo el principio de la tutela efectiva de los derechos en litigio, por los argumentos expuestos en el Decreto de Pruebas:

- Copia de la Resolución 0361 del 13 de julio de 1998, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al actor<sup>14</sup>
- Copia de la Resolución 0286 del 30 de julio de 2008, por medio de la cual se revisa y ordena el pago de un reajuste de pensión de jubilación al actor<sup>15</sup>
- Certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, al actor del periodo comprendido del 01/01/1997 hasta el 30/12/1998<sup>16</sup>
- Certificado de historia laboral de actor, expedido por la Secretaría de Educación de Sincelejo<sup>17</sup>.

**CONCLUSION DE LO PROBADO:** Es coherente y unívoco el acervo para afirmarse que, da por probado:

Que el actor nació el 23 de mayo de 1943, teniendo 50 años de edad para el 1º de abril de 1994.

Que el actor estuvo vinculado últimamente como docente nacional en el Instituto Educativo Simón Araujo en el Municipio de Sincelejo, en el grado de escalafón 13 según la certificación expedida por la Secretaria de Educación de Sincelejo.

<sup>14</sup> Fl. 16-18 cuaderno principal

<sup>15</sup> Fl. 19-21 cuaderno principal

<sup>16</sup> Fl. 22 Cuaderno Principal

<sup>17</sup> Fl. 23 Cuaderno Principal

Que adquirió su status pensional el día 23 de mayo de 1998, conforme a la Resolución No. 0361 del 13 de julio de 1998, en la cual se tomó como base de liquidación además del **sueldo básico, las horas extras y la prima de alimentación.**

Así mismo se observa que la pensión de jubilación del actor fue ajusta mediante Resolución No. 0286 del 30 de julio de 2008, en la cual se incluyó además de la **asignación básica mensual, las horas extras y la prima de vacaciones.**

Que teniendo en cuenta el certificado de salarios, otorgado por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, el actor devengaba entre el periodo del año 1997 al 1998, los siguientes factores salariales:

CONCEPTOS	01/01/1997 al 30/12/1997	01/01/1998 al 30/12/1998
Asignación Básica	\$810.472	\$1.004.986
Horas extras	\$ 104.216	\$ 120.904
Prima vacacional	\$324.188.80	\$502.493
Prima de navidad	\$837.487.73	\$1.046.860.42

Que según la anterior certificación de salarios expedida por la Secretaria de Educación de Sucre<sup>18</sup>, el demandante devengaba otros factores salariales no solamente los asignados en la Resolución de pensión y de reajuste, sino también la Prima de Navidad.

Del material probatorio referenciado se tiene que el actor al encontrarse cobijado en el Régimen de Transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, se da la aplicación de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado<sup>19</sup>, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esa misma Corporación<sup>20</sup>, consistente en que se deberá incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, teniendo entonces derecho a que se incluyan en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular, observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades (Art. 53 de la C.P.), entre otros permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación de servicios, ante el concepto de salario definido en normas internacionales suscrita por Colombia como los de la OIT, en el que se debe incluir en la B.L.P. (Base de Liquidación

<sup>18</sup> Fl. 22 Cuaderno Principal

<sup>19</sup> Sección Segunda. Sentencia del 10 de agosto de 2010 C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y Subsección A, Sentencia del 17 de agosto de 2011 C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 16 de febrero de 2012. C.P. Dr. William Zambrano Cetina y Sección Segunda C.P. Dr. Víctor Alvarado Ardila.

Pensional), todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y cuando la pensión sea compatible con otro ingreso sería al momento de adquirir el status pensional.

Que en el caso particular, el Despacho seguirá la tesis expuesta por el Consejo de Estado, anteriormente reseñada, apartándose del criterio expuesto por la H. Corte Constitucional en SU 258 de 2013 reiterada en la SU 230/2015 con ponencia del Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual, se aduce que el IBL, no es un aspecto de la transición y que para establecer el monto de la pensión se deben tener en cuenta las reglas contenidas en el régimen general; por considerar que la misma posee una aplicación desfavorable para el trabajador, máxime cuando La ley 100 de 1993 no le es aplicable a los docentes, al tener un régimen especial de acuerdo al Art. 279 de la normativa en mención, excluyendo a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación del Sistema integral de seguridad social - Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995, en la cual se determinó que como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio favorece a los trabajadores que los cobija.

Analizando el pronunciamiento de constitucionalidad emitido por la H. Corte Constitucional, estima el Despacho, que este no se ajusta al caso bajo estudio y por tanto resulta descontextualizada su aplicación

Es importante anotar, que los Jueces pueden separarse de los precedentes verticales siempre y cuando se expongan las razones que sirvan de sustento a su decisión, razones que pueden consistir en 1) *la sentencia anterior no se aplica al caso concreto porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción*; 2) *el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso*; 3) *por desarrollos dogmáticos posteriores que justifiquen una posición distinta*; 4) *la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior jerárquico*; o que 5) *sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico*<sup>21</sup>.

Pues bien, en el caso sub-examine sobrevienen elementos que hacen necesaria la distinción, pues debe tenerse claro que las sentencias analizadas corresponden al ingreso base de liquidación de los congresistas, esto es, un régimen especial de pensiones, que dista del adaptable al demandante, esto es la Ley 33 de 1985 (sector público). Es de anotar, que en el caso que nos ocupa, se trata de docentes nacionalizados, y no de los funcionarios que en la misma se enlistaron. La máxima Corporación precisa como argumentos para la aplicación del

---

<sup>21</sup> Sentencia Corte Constitucional; expediente T-3.813.492, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la creación de un vacío normativo producto de la declaratoria de la inconstitucionalidad de la expresión “durante el último año”

En este orden, entiende el Despacho que la H. Corte Constitucional reconoce en virtud del principio de favorabilidad, que el régimen de transición establecido en el nuevo sistema de seguridad social integral, presupone la aplicación integral de las disposiciones anteriores a la Ley 100 de 1993, y que solo en casos de vacíos normativos en los regímenes anteriores, resulte procedente la utilización de los ingresos bases de liquidación (IBL) contemplados en la misma ley 100.

Que se compartirán las razones expuestas por el Tribunal Administrativo de Sucre<sup>22</sup>, que a través de recientes jurisprudencias se ha apartado igualmente de la tesis adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia SU 230/15, al considerar que la misma posee una clara aplicación restrictiva.

Que bajo tales consideraciones, concluye esta unidad judicial, que al señor Juan Bautista Avendaño Castro, le es aplicable en su integridad las previsiones normativas de la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985, por ser el régimen vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para el sector público al que pertenece el demandante, como docente del Departamento de Sucre.

Visto lo anterior, el

#### **ii.ii. PROBLEMA JURÍDICO:**

Si bien el problema jurídico del proceso sub examine, fue fijado en la audiencia inicial, esta Unidad judicial procede a modificarlo, atendiendo los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema que se estudia, por lo que quedará así:

¿Determinar si la parte actora tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios a la adquisición de su status, así como también, que para determinar el IBL, se tenga en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el mismo término, aunque no se encuentren taxativamente expresados en las leyes 33 y 62 de 198, teniendo, adicionalmente como parámetro la sentencia SU 230 de 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL?

---

<sup>22</sup> Sentencia Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Tercera de Decisión Oral Sentencia 06 de octubre de 2015, Rad. 70-001-33-33-000-2015-00038-00, M.P. Moisés Rodríguez Pérez; Sentencia de fecha 24 de septiembre de 2015, Rad. 70-001-33-33-004-2014-00054-0, M.P. Luiz Carlos Alzate Rios.

Sosteniéndose al efecto, las siguientes **TESIS**,

<b>PARTE DEMANDANTE</b>	<b>PARTE DEMANDADA</b>
Que el actor le asiste el derecho a que le sea reliquidada, la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.	Que la pensión de jubilación del actor, fue liquidada con los factores establecidos en el Art. 1° de la Ley 62 de 1985, incluyendo la asignación básica y excluyendo lo devengado por primas de alimentación especial, vacacional y de navidad, al no estar contempladas en el listado de dicha norma.
<b>LA UNIDAD JUDICIAL</b> , sostendrá	
Si, la parte actora tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, así como también, que para determinar el IBL, se tenga en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el mismo término, aunque no se encuentren taxativamente expresados en las leyes 33 y 62 de 198, teniendo, adicionalmente como parámetro la sentencia SU 230 de 2015 de la CORTE CONSTITUCIONAL	

**Argumentándose centralmente**

Que se dan los supuestos fácticos análogos que se establecieron en la sentencia del H. Consejo de Estado, Sección Segunda, del 10 de agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, teniendo en cuenta como regla jurisprudencial, que todo lo que este cobijado por la transición será regido por una interpretación de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta, el concepto de salario establecido como todo aquello que se recibe como retribución de su labor prestada, para dar efectividad al principio de igualdad (Art. 13 C.P.) y así dar aplicación al derecho a los mínimos laborales que trata el Art. 53 de la C.P.

Que el Despacho se aparta de la tesis adoptada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 258 de 2013, reiterada en la SU 230/15, en otras palabras, porque la argumentación en ellas expuestas sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a ciertos funcionarios v. gr. Congresistas, por lo que en este aspecto esta sería la ratio decidendi de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma

claramente sería obiter dicta, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte.

Que en la sentencia SU 230 de 2015, se estudia una tutela en contra de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien interpreta de tiempo atrás que el monto consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es lo referente al porcentaje o tasa de reemplazo y no al ingreso Base de liquidación y la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia en estudio de forma clara establece que esta interpretación es acorde a la constitución, ello per se no excluye otro tipo de interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.

Que siendo así, es importante destacar que la posición de esta jurisdicción y de su órgano de cierre sobre la materia, es la de aplicar todos los elementos de régimen anterior, a quienes gozan del régimen de transición, es decir, que para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas bajo esta normatividad, se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicio en que alcanzo el status de pensionado.

**ii. Utilizando como sub-argumentos,**

## **MARCO NORMATIVO/JURISPRUDENCIAL**

### **SISTEMA GENERAL DE PENSIONES (LEY 100 DE 1993) - APLICABILIDAD DE LAS LEYES 33 Y 62 DE 1985 RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:**

El sistema general de seguridad social, incluyendo el sistema general de pensiones, empieza a consolidarse en Colombia con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones". En la mencionada normativa, y para el estudio de su aplicabilidad a fin de respetar, por una parte, los derechos adquiridos y, por otra, las expectativas legítimas de las personas que habían consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia o hubieran empezado su régimen de pensión con anterioridad a su aplicabilidad, es necesario integrar los artículos 36 y 151 de la ley en comento.

El Art. 36 de la ley 100 de 1993<sup>23</sup> fijo el régimen de transición, el cual consistía en que aquellas personas que al entrar en vigencia la ley 100 contara con 15 años de servicios o 35 años si es

<sup>23</sup> "La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

mujer o 40 si es hombre, tendrían derecho a que se le reconozcan la pensión con el régimen que venían gozando con anterioridad a la entrada en vigencia al sistema general de pensiones.

Siendo así las cosas, la demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años, teniendo en cuenta que nació el 14 de Noviembre de 1950<sup>24</sup>, por lo que la misma es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 que le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985.

- **LEY 33 DE 1985**

En dicha Ley se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión Social y con las prestaciones sociales para el sector público, en el Art. 1° se lee:

*“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.*

*En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.*

(...)

*Parágrafo 2°. 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.*

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (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 en el momento de su retiro.”*

- **Ley 62 de 1985**

En la misma se expresó:

*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*

---

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”

<sup>24</sup> Folio 15

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.**

A su vez la Ley 6ª de 1945 señala:

“Artículo 17º.- 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.

## FACTORES SALARIALES ESTABLECIDOS LEGALMENTE QUE CONFORMAN LA BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL:

Como se expuso con anterioridad, las normas aplicables para efectos de determinar el salario de liquidación son las Leyes 33 y 62 de 1985, y es en esta misma normativa donde se señalan los factores salariales que se han de tener en cuenta para conformar la base de liquidación pensional.

Al respecto el artículo 3 de la norma referenciada, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, establece la forma cómo se liquidaría la pensión de jubilación señalando los siguientes factores:

- 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.

No obstante lo anterior, se han expuesto varias interpretaciones por la jurisprudencia frente a cómo se debe efectuar la liquidación y los factores a tener en cuenta para ello, en primer lugar

se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que solo 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.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, son un principio general que busca garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otras permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación del Servicio, ante el concepto de salario definido en normas internacionales suscrita por Colombia como los de la OIT, en el que se debe incluir en la B.L.P. (Base de Liquidación Pensional), todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y cuando la pensión sea compatible con otro ingreso sería al momento de adquirir el status pensional.

Sobre el particular ha manifestado el alto tribunal:

*“El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.*

**PENSION DE JUBILACION – Factores. No taxatividad. Principio de la realidad sobre las formalidades**

*En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.*

**FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150**

**PENSION DE JUBILACION – Factores. Principio de protección del erario público**

*Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial*

*importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.*

### **PENSION DE JUBILACION – Liquidación con base en todos los factores salariales / SALARIO – Concepto**

*Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.”*

Y más adelante, reiterando la mencionada sentencia, la Sección Segunda Subsección “B” con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez se dijo:

*“En relación con la inclusión de los factores para efectos de fijar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de 4 de Agosto de 2010 Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:*

*“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, 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, precisó [1]:*

*“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..”. (Negrillas del texto original)*

*...””*

A la fecha el Consejo de Estado en su Sección segunda Subsección A<sup>25</sup> continúa sosteniendo la misma regla jurisprudencial para casos análogos incluso la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha Corporación hace un recuento desde la sentencia unificadora que data del 4 de agosto de 2010, Sección Segunda. CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila<sup>26</sup>

Como conclusión de este numeral, para esta Despacho, el salario base de liquidación de la pensión debe incluir todos aquellos pagos que conforme a su naturaleza o norma especial son salario, posición esta uniforme, reiterada y pacífica a la fecha en nuestra jurisdicción.

**Posición Jurisprudencial - Corte Constitucional (sentencia C-258 de 2013, reiterada en SU 230 de 2015.**

Es importante tener en cuenta en este punto, la posición jurisprudencial de la CORTE CONSTITUCIONAL, vertida en la sentencia C-258 de 2013, la que se reitera en la sentencia SU-230 de 2015, de la misma Corporación.

Al respecto, la Sentencia de Unificación 230 del 29 de abril de 2015, proferida por la Sala Plena de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, señaló acerca del IBL, que este no es un aspecto de la transición y que para establecer el monto de la pensión se deben tener en cuenta las reglas contenidas en el régimen general.

Al respecto señaló lo siguiente:

*“A este respecto la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de 2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en 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.”*

Para el Despacho es claro, que la tesis adoptada por la H. Corte Constitucional en la sentencia enunciada anteriormente, es restrictiva y desfavorable para el trabajador, por lo que, este Despacho se apartara de la misma, en ejercicio de su independencia y autonomía, aplicando la posición del Consejo de Estado, concluyendo que el monto incluye el ingreso base de

<sup>25</sup> Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Radicación No 76001-23-31-0002009-241. C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 16 de febrero de 2012. CP Dr. WILLIAM ZAMBRANO CEFINA, Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12)

liquidación de la pensión, que se encuentra regido por las normas anteriores, esto es, las leyes 33 y 62 de 1985.

Que tal como quedo anteriormente sentado, el Despacho desechará la tesis adoptada por la H. Corte Constitucional teniendo en cuenta, entre otras las razones expuestas por el Tribunal Administrativo de Sucre, el cual, decidió apartarse del precedente jurisprudencial expuesto en la sentencia que se viene estudiando, razones que esta Unidad Judicial comparte de manera integral.

*“Igualmente para la sala, es claro que la posición asumida por la Corte Constitucional en las sentencias en cita (C-258 de 2013 y SU-230 de 2015), posee una clara aplicación restrictiva por las siguientes razones:*

*La sentencia C-258 de 2013, estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es decir, el régimen pensional de Representantes a la Cámara y Senadores, extensivo a Magistrados de Altas Cortes (artículo 28 del Decreto 104 de 1994) y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación (artículo 25 del Decreto 65 de 1998), el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (artículo 25 del Decreto 682 de 2002). Las palabras mismas de la sentencia en estudio lo dicen en el aparte final del numeral 4.1.1., Alcance del control constitucional rogado de las leyes, que fijó el alcance del control ejercido en la misma, expresó:*

*“Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992.” (Negrillas para resaltar)*

*En otras palabras, la argumentación sobre cómo interpretar el ingreso base de liquidación de las personas que gozan de régimen de transición, se limita a estos funcionarios, por lo que en este aspecto esta sería la ratio decidendi de la sentencia, y frente a cualquier otra aplicación o argumentación que en ella se contiene en torno al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la misma claramente sería obiter dicta, dado que este no es el fondo de la situación estudiada por la Corte.*

*El sustento evidente de la sentencia C – 258 de 2013, es la sostenibilidad del sistema pensional en Colombia, en tanto, las excesivas pensiones, percibidas por los funcionarios atrás mencionados, resultaron afectándolo y quebrando la balanza que lo debe regir (homeóstasis). Si esta es la*

*consideración, en casos como el tratado, si de aplicación analógica se trata, debería acudir a efectuar un análisis similar, esto es, establecerse si pensiones como las de la parte accionante, afectan la sostenibilidad del sistema pensional, para lo cual, es evidente que ello solo sería posible, si se determinara que el pago de esta pensión es desproporcionada, lo cual exige una carga probatoria, que en este proceso no existe, por ende, no es susceptible de consideración y valoración.*

*3. En este mismo sentido, al no estar la CORTE CONSTITUCIONAL estudiando la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la sentencia ya referida, la interpretación que de esta norma hace la Corte no es ratio decidendi y por ello carece de la fuerza vinculante obligatoria que poseen sus fallos<sup>16</sup>, dicha interpretación.*

*4. En la SU-230 de 2015, se estudia una tutela en contra de la Sala Laboral de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quien interpreta de tiempo atrás que el monto consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es lo referente al porcentaje o tasa de reemplazo y no al Ingreso Base de Liquidación, y la CORTE CONSTITUCIONAL en la sentencia en estudio de forma clara establece que esta interpretación es acorde a la constitución, ello per se no excluye otro tipo de interpretaciones en torno a dicha norma, pues de lo contrario se borraría de un tajo la independencia como pilar de la función judicial.*

*5. El CONSEJO DE ESTADO, en sentencia de unificación, limitó de forma clara la aplicabilidad de la sentencia C-258 de 2013, a aquellas pensiones que sean adquiridas después de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, en el siguiente sentido:*

*“Ahora bien, como la demandante encuentra regulada su situación por el Decreto 546 de 1971 -que no por el Decreto 104 de 1994-, ello implica, que en esta oportunidad al reconocimiento pensional, no se aplican las restricciones determinadas por la Sentencia C-258 de 2013, pero sí, los condicionamientos a los que hace referencia el Acto Legislativo 1 de 2005, a partir de su vigencia -25 de julio de 2005-, en aras de la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema pensional.*

*Entonces, la Sala debe puntualizar en el mismo estándar de racionalidad seguido a lo largo de esta sentencia de unificación, que el referido Acto Legislativo 1 de 2005, modificatorio del artículo 48 de la Carta Política, precisó en el párrafo 1º que, “A partir del 31 de julio de 2010 no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública”, y justamente, es el mismo Acto Legislativo el que menciona, en su artículo 1º, que se entiende por causación del derecho pensional, al indicar que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento; elemento capital para diferenciar la fecha en que se liquida la prestación de aquella en que el derecho como tal emerge a la vida jurídica.”*

El Consejo de Estado, órgano de cierre de esta jurisdicción, ha unificado la interpretación en torno a la aplicación de la sentencia C-258 de 2013, manifestando que las limitaciones e interpretaciones en ella contenidas, solo serían aplicables a aquellas personas que gozando del régimen de transición, se les aplica el régimen especial de pensiones y a su vez adquiere su derecho a la pensión (estatus pensional, lo que se adquiere con edad y tiempo de servicios) con posterioridad al 05 de julio de 2005 o 31 de julio de 2010, según el caso.

Ahora bien, tal como lo indicó el Tribunal Administrativo de Sucre, en las sentencias estudiadas anteriormente, la pensión es un derecho de contenido social, esto a la luz de los diferentes instrumentos internacionales suscritos por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Convención americana de derechos humanos, la convención americana de derechos humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, “protocolo san Salvador”, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el texto de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo) y los cuales consagran la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se puede clasificar las pensiones.

Que de lo anterior, se trae a colación un principio que se infiere de la progresividad y que es aplicable a la protección de los derechos en estudio y es la prohibición de regresividad, esto es, que ninguno de los estados que hagan parte de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente, pueden existir medidas legislativas o interpretativas que vayan en contra de las conquistas de los trabajadores.

## **CASO CONCRETO**

Para el caso del demandante, es claro que, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento del señor Juan bautista Avendaño Castro<sup>27</sup>. Por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Art. 36 de la mencionada ley, por lo tanto, le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985.

Que de acuerdo con lo probado, se tiene que al actor se le reconoció pensión de jubilación incluyendo además de la asignación básica mensual, otros factores salariales tales como: Horas extras y prima de alimentación. Además que le fue ajustada la misma incluyendo las horas extras y la prima de vacaciones.

---

<sup>27</sup> Fl. 16

Que de acuerdo con el certificado de salarios aportado al expediente, el actor devengaba para los años 1997 a 1998, los siguientes factores salariales: **Horas extras, Prima Vacacional y Prima de Navidad.**

Por lo anterior, para el Despacho es claro, tal y como se dejó sentado al inicio de los considerandos, que al señor Avendaño Castro, le es aplicable en su integridad el régimen pensional contenido en la ley 33 de 1985 y no solamente en lo relativo al requisito de la edad y tiempo de servicio, como lo establece el parágrafo 2 de esa norma, sino también lo concerniente al monto de la pensión, el cual fue respetado en la Resolución demandada en cuanto al porcentaje (75%), pero no el cálculo del IBL, debiéndosele incluir para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio, contenido en el mismo estatuto y los definidos en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Sirvan las anteriores consideraciones para declarar no probadas las excepciones inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, cobro de lo no debido, buena fe y compensación, propuestas por la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional.

#### **DE OFICIO:**

El Despacho en esta oportunidad teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 187 de la Ley 1437 de 2011, declarara probada la excepción de **Falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto al Municipio de Sincelejo – Secretaria de Educación de Sincelejo**, pues los actos administrativos acusados mediante los cuales se reconoce la pensión de jubilación y el reajuste pensional, fueron expedidos por la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 115 de 1994 Art. 180, la Ley 91 de 1989, el art. 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 (f16-18 y 19-21).

Tal como se evidencia, es ese encabezado lo que le da la competencia al Secretario de Educación del Municipio de Sincelejo para que pueda expedir el acto administrativo, pero no actúa como un agente del Municipio de Sincelejo sino como agente de la Nación – Ministerio de Educación y así lo ha consagrado la Ley 962 en el artículo 56 donde se lee que *“en materia de prestaciones sociales queda a cargo el Secretario de Educación de los entes territoriales o de quien haga las neces”*, igualmente complementado por el Decreto 2831 en su art. 3, se manifiesta que *“el trámite de la solicitudes de prestaciones sociales de los docentes para ser reconocida, se lo dará el Secretario de Educación*

*territorial o quien haga sus veces, pero actúa a nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.*

En este orden de ideas, interpretando que la Ley 91 de 1989 estableció expresamente la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como organismo especial para manejar todo lo concerniente a las prestaciones sociales de los docentes, teniendo estos un régimen especial y que el Secretario de Educación del Municipio de Sincelejo quien expidió uno de los actos acusados no lo hizo como agente del Alcalde Municipal sino de la Nación, considera este Despacho que no es el Municipio de Sincelejo – Secretaria de Educación Municipal la entidad obligada al reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de jubilación reclamada, razón por la cual se declarará probada esta excepción, respecto al Municipio de Sincelejo.

#### EN SÍNTESIS:

Se concederán las pretensiones de la demanda, para lo cual se declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y como consecuencia, se ordenará a la parte demandada a que proceda a efectuar el reajuste de la pensión vitalicia de jubilación otorgada al actor, por un monto equivalente en la BLP, de los factores salariales devengado por el interesado, durante el último año de servicio y a título de restablecimiento, todas las consecuencias jurídicas a las que haya lugar, es decir, la aplicación de la indexación de conformidad con el Art. 187 y 192 de la L. 1437 de 2011 de la siguiente forma:

Frente a esa base de liquidación, dada por la resolución de reconocimiento pensional, tendrán que incluirse y adicionársele las establecidas en la certificación expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre<sup>28</sup>, En consecuencia, además de los factores incluidos, se debe tener en cuenta para calcular el IBL pensional la **prima de navidad**, pues los otros factores si fueron tenidos en cuenta en la resolución de reconocimiento pensional.

### III. PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la prescripción, conforme a el Decreto 3135 de 1968 y S.S. normas que regulan la figura en general, tenemos que los tres 3 años de prescripción a partir de la exigibilidad de dichos derechos hoy motivo en asunto, téngase en cuenta que la prescripción que aquí se ventila está relacionada con las mesadas pensionales, pues como bien se ha establecido, que el derecho pensional es conforme el Art. 1, 46, 48, 53 y siguientes de la Constitución Política, son

<sup>28</sup> Fl. 28

imprescriptibles y no se pueden transigir, en cuanto a su formación, la consecuencia económica de la misma la da es el aspecto de las mesadas pensionales, los cuales se deben establecer para cada caso particular.

En el caso bajo estudio, para el caso del señor Juan Bautista Avendaño, se le reconoció la pensión de jubilación el día 13 de julio de 1998 a través de la Resolución N° 0361, fecha a partir de la cual nació su derecho de solicitar la reliquidación de dicha acreencia. La prescripción de las mesadas pensionales se interrumpe por una sola vez, (el término de prescripción de los tres -3- años), en el caso que nos ocupa se tendrán en cuenta a partir de la solicitud radicada 2008-PENS-002264, en la fecha del 20 de febrero de 2008 (fl.19), tal como se expone en la parte considerativa de la Resolución 0286 del 30 de julio de 2008, donde se revisa y ordena el pago de un ajuste de pensión, que fue el 20 de febrero de 2008<sup>29</sup>, pero demanda solo hasta el 13 de mayo de 2014 (fl.13), por lo que se decretará la prescripción trienal con anterioridad al 13 de mayo de 2011, lo cual se declarará en decisión judicial.

Téngase en cuenta, que las mesadas pensionales son cíclicas, que vienen de un derecho causado, que es imprescriptibles, tienen que involucrarse desde el momento en que se adquirió el status pensional y que ha sido efectivo el pago de la mesada pensional o cuando adquirió el status pensional y ha sido retirado del servicio.

Es así, que tendrá que incluirse esos factores salariales desde el momento mismo en el que adquirió su derecho pensional, pero será pagadera solamente, las mesadas posteriores al 13 de mayo de 2011, eso al respecto del Sistema General de Pensiones, tanto al general como al particular del actor.

#### IV. COSTAS

En cuanto a la condena en costas para todos los procesos, el Art. 188 de la Ley 1437 de 2011 y de acuerdo a la no aplicación del Art. 10 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta la conducta desplegada por parte del apoderado demandante, esto es, de la efectividad del actuar una vez otorgado el poder y del tiempo que le llevo interponer la demanda, además la no presentación de una propuesta de conciliación por parte de los entes demandados al ser un tema que tiene un amplio precedente jurisprudencial y por último ante la prosperidad de la prescripción trienal, se tasan para el pago en costas en un 15% de lo reconocido en esta providencia, de acuerdo al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

---

<sup>29</sup> Fl. 19

## V. PARTE RESOLUTIVA.

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo - Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO:** Declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, cobro de lo no debido, buena fe y compensación, propuestas por la parte demandada.

**SEGUNDO:** Declárese probada de oficio la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva respecto al Municipio de Sincelejo, según lo expuesto.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 0361 del 13 de julio de 1998, emanada del representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Sucre, por medio del cual, se reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la parte actora y la nulidad parcial de la Resolución No. 0286 del 30 de julio de 2008, emanada del Secretario de Educación del Municipio de Sincelejo, mediante la cual se revisó y ordenó el pago de un ajuste de pensión al actor, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Para restablecer el derecho, ante la nulidad de los actos administrativos demandados, **CONDENASE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reajustar la base de liquidación pensional, para ser incluidos además de la asignación básica y los otros factores reconocidos, **la prima de navidad**, factor salarial devengado en el último año de servicio, **previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse** según la certificación de salarios relacionados en la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO: CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a pagar al demandante la suma que resulte de **RESTAR** los valores que arrojen las operaciones aritméticas después de contabilizar todos los factores que constituían salario del monto que

efectivamente ya se le hubiera cancelado al actor, así como también el valor adeudado hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, será ajustado en los términos del Inciso final del **Art. 186 de la Ley 1437 de 2011**, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

**SEXTO:** Decretar la prescripción trienal de las mesadas a reajustar causadas con anterioridad al **13 de mayo de 2011**, teniendo en cuenta que al momento de hacerse la liquidación, se tendrá que contabilizar dichos factores salariales desde el momento mismo en que se adquirió el derecho pensional y serán pagaderas, sólo las posteriores a las fechas allí enunciadas. Tal como se motivó.

**SÉPTIMO:** Dichas sumas devengarán intereses moratorios del inciso tercero Art. 192 de la Ley 1437 de 2011.

**OCTAVO:** Pago en costas en esta instancia en un 15%, conforme se expresó en la parte motiva de este proveído.

**NOVENO:** Ejecutoriada esta sentencia, si la misma no fuere apelada, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones del caso en los libros radicadores y el envío de las comunicaciones a que haya lugar.

**DECIMO:** Se aclara por parte de éste Despacho que el procedimiento notificadorio se rige por el Art. 203 de la Ley 1437 de 2011.

**NOTIFÍQUESE,**

  
**LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS**  
Juez Segunda Administrativa