



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veinticinco (25) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-2015-00111-00.
Demandante: Pedro Rafael Jaraba Severiche
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tema: Reliquidación Pensión Docente Nacionalizado – Aplicación de la ley 33 de 1985 – Factores Salariales Aplicables a la Pensión de Jubilación.

SENTENCIA N° 76

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **PEDRO RAFAEL JARABA SEVERICHE**, identificado, con la cédula de ciudadanía No. 92.095.035, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo SEM-PS-1.8.3- 109 de fecha 28 de abril de 2015.

¹ Folio 7.

SEGUNDO: Que se incluya en la base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante, todos y cada uno de los factores salariales devengados el año anterior a la fecha del cumplimiento del status pensional.

TERCERO: Que se reliquide la pensión de jubilación del señor Pedro Rafael Jaraba Severiche.

CUARTO: Que la condena sea actualizada de conformidad con el artículo 192 de C.P.A.C.A

QUINTO: Que se ajuste el valor indexado desde la fecha del status de pensionado hasta la ejecutoria de la sentencia.

1.1.3. HECHOS.

Indica el actor que, alcanzó su estatus de pensionado el 15 de junio de 2007, mediante la Resolución N° 00047 del 08 de enero de 2008, expedido por el fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, tomando como base de liquidación la asignación básica mensual, dejando de lado los demás factores salariales que devengó el año anterior de haber adquirido su estatus.

Expresa que, el día 11 de marzo de 2015, presentó derecho de petición ante el fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, solicitando el reajuste pensional, el cual fue negado, por medio del acto administrativo S.E.M.-PS-1.8.3.-109 del 28 de abril de 2015.

Señala que, al momento de ser negado la solicitud, se tuvo en cuenta por parte de la entidad demandada, el decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003, dicho decreto se encuentra derogado, por la ley 1151 del 24 de julio de 2007, razón por la cual el acto demandado no tiene soporte jurídico.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

Legales y constitucionales: artículos 2, 6, 25, 29 y 125 de la Constitución Política de Colombia; Art. 160 de la Ley 1151 de 2007.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Argumenta que, la autoridad nominadora y la que expidió el acto administrativo, incurrió en una desviación de sus atribuciones al no tener en cuenta que el artículo 3 del decreto 3752 de diciembre 2003, fue derogado por el artículo 160 de la ley 1151 de 24 de julio de 2007.

Igualmente afirma que, no se puede perder de vista que los pensionados han sido reconocidos por la Corte, como un grupo especial y que por su misma condición merecen de una protección constitucional reforzada.

Menciona que el Consejo de Estados, en múltiples sentencias, ha hecho referencia a los factores salariales que debe tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Trae a colación, la sentencia de fecha 26 de marzo de 1992, proferida por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente el Doctor Humberto Mora Osejo, en donde se indica que de los estatutos legales especiales, relativo a las pensiones de jubilación toman como base para liquidar la pensión de jubilación, la última remuneración en el último año, en el último mes o en el último semestre, según la disposiciones específicas de cada uno de ellos.

Igualmente expresa que, la remuneración según la ley equivale a todo lo devengado por el empleado como consecuencia directa o indirecta, de su relación laboral. Comprende en consecuencia los sueldos, prima, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente, por causa o razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- El 18 de junio de 2015, fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 29 de julio de 2015³.
- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico número 074 de fecha 30 de julio de 2015.
- La entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con fecha 18 de noviembre de 2015, contestó la demanda dentro del término legal.⁴
- El día 29 de enero de 2016, a través de Secretaría del Despacho, se corrió traslado de las excepciones presentadas por la entidad demandada a la parte demandante, la cual guardó silencio.⁵
- A través de auto de fecha 18 de abril de 2016, se fijó fecha para audiencia inicial⁶ , el día 24 de agosto de 2016.

² Folio 15 del expediente.

³ Folio 22 del expediente.

⁴ Folios 54-73 del expediente

⁵ Folio 99 del expediente

⁶ Folio 109 del expediente.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁷.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En cuanto a los argumentos de la contestación de la demanda, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo se tiene que:

Frente a los hechos 1, 3, 8 y 9, son ciertos; en cuanto al hecho 2, este no lo es, toda vez que para la liquidación se tuvieron en cuenta los factores señalados por la ley aplicable, y que los mencionados por el demandante, no resultan viables conforme al ordenamiento jurídico pertinente; en cuanto a los hechos 5, 6 y 7, son meras apreciaciones del actor.

Por otro lado, se oponen a todas las pretensiones de la demanda, sosteniendo que, estas carecen de fundamento fáctico y jurídico necesario, teniendo en cuenta el carácter especial de la política expuesta de las prestaciones sociales de los docentes, por lo que revisada la demanda, no se encuentra ajustada a derecho -Ley 33 de 1985, de allí que no se puede realizar su reajuste teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, tales como prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, entre otros.

Señala la entidad que, si pretende la inclusión de todos los factores salariales, debe haber demostrado que a la entrada de la Ley 33 de 1985, tuviera 15 años continuos o discontinuos de servicio o en su defecto se encuentre retirado del servicio por haber prestado 20 años de labor continua o discontinua. Lo que para la fecha de vigencia de la norma en mención no cumplía con dicho requisitos, por lo que se liquidó conforme a la Ley 62 de 1985.

Por todo lo anterior, la demandada solicita que se denieguen la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Además propuso las siguientes excepciones:

- **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA.**

Se estructura este hecho exceptivo bajo el presupuesto con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales del demandante, es decir de conformidad con la ley 33 de 1985, ley 62 del 1985.

⁷ Folios 54-73.

- **COBRO DE LO NO DEBIDO:**

Indica que, se ha cancelado todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas teniendo en cuenta como base todos los factores salariales establecido en la ley 33 de 1985.

- **BUENA FE.**

La entidad demandada ha actuado con la más absoluta buena fe, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante hasta la fecha, por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la ley 33/85 al pensionado como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y en esta forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación.

- **PRESCRIPCIÓN:**

Manifiestan que, si bien el derecho a la pensión no prescribe, no ocurre lo mismo tratándose del valor de la mesada, o la mesada misma, las bases y factores sobre las que se calculó el monto o valor de la pensión, sobre los cuales si opera la figura de la prescripción, por lo que solicita que en caso de ser procedente se decrete la prescripción trienal de los derechos laborales aquí reclamados.

- **COMPENSACIÓN:**

Expresa que, en caso de que prospere los argumentos de la demandada, se declare la compensación de las sumas de dineros pagadas por el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio a la parte demandante por concepto de prestaciones sociales.

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA.**

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 282 del Código de General del Proceso, aplicable en lo contencioso administrativo de conformidad con el numeral 6 del artículo 180 del C.P.A.C.A, cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

Por último las excepciones de inepta demanda y el no agotamiento de la vía gubernativa, fueron resuelta, en la audiencia inicial declarándola no probadas.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Se reafirma en los argumentos expuestos en la demanda y nuevamente menciona la sentencia de fecha 26 de marzo de 1992, proferida por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente el Doctor Humberto Mora Osejo.

Por último anota que, en todos los casos de pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

1.4.2. LA PARTE DEMANDADA:

Hace un recuento de las normas que el accionante invoca como violada, y que a su juicio la parte demandada, expresa que son inaplicable para este asunto.

Argumenta que, teniendo en cuenta la publicación del decreto 3752 de 2003, el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta son, la asignación básica mensual (ley 91 de 1989) y los sobresueldos (decretos 3621 de 2003).

Menciona que, para este caso al momento de que el demandante adquirió el status de pensionado, se encontraba vigente el artículo 3 del decreto 3752 de 2003, por lo que se le liquidó únicamente la asignación mensual y los sobresueldos.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO:

No presentó alegación alguna.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 num. 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende en el presente medio de control, la nulidad del acto administrativo SEM-PS-1.8.3-109 de fecha 28 de abril 2015, que negó la solicitud de reajuste de pensión del señor **PEDRO RAFAEL JARABA SEVERICHE**.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si al demandante le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante resolución N° 0047 de 8 de enero de 2008, teniendo en cuenta todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicio.

Para dar respuesta al anterior interrogante, se abordara el siguiente tema: i) Régimen pensional de los docentes nacionalizados-ley 33 de 1985. ii) factores salariales aplicables a la pensión de jubilación. iii) caso concreto.

2.4. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES NACIONALIZADOS-LEY 33 DE 1985.

Con el propósito de ilustrar el régimen jurídico que ha gobernado la pensión ordinaria de los docentes, se trae a colación la sentencia del 12 de octubre de 2011 (la cual por su claridad conceptual se transcribe in extenso) proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Exp. No. 11001-03-24-000-2004-00190-01 (1650-06), en la cual se hicieron las siguientes precisiones:

- *“La ley 100 de 1993⁸ creó el “sistema de seguridad social integral” y como parte de él estructuró el “sistema general de pensiones”, pero exceptuando de su aplicación algunos sectores de pensionados, entre ellos “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”⁹.*

- *La ley 812 de 2003 aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹⁰. Esta normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales:*

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los

⁸ Ley 100 de 1993 (Diciembre 23) *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, Diario Oficial 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

⁹ Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

¹⁰ Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.

Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137¹¹.

- La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”¹², en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la ley 812, entre ellas, las contenidas en el artículo 81.

La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así:

i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;

Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (régimen de transición).

ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantienen e introducen modificaciones al régimen pensional general.

- El párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, se ocupa expresamente de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

***"Párrafo transitorio 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003" (resaltado y subrayas fuera del texto).*

*Si bien es cierto que el Acto Legislativo 01 de 2005, disposición que elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos grupos pensionales del **artículo 81 de la ley 812 de 2003**, estableció que los regímenes especiales o exceptuados expirarían el 31 de julio de 2010¹³, también lo es que este límite temporal de fenecimiento, de*

¹¹ Artículo 137 de la ley 812 de 2003. “Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga el artículo 8 de la Ley 160 de 1994, el artículo 14 de la Ley 373 de 1997 y todas las disposiciones que le sean contrarias”. La fecha de promulgación fue el 27 de junio del 2003.

¹² Ley 1151 de 2007 (julio 24), “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, Diario Oficial 46.700 de 25 de julio de 2007. Cfr. Artículo 160, vigencia y derogatorias.

¹³ **"Párrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos**, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, **la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010**" (resaltado y subrayas fuera del texto).

acuerdo con los antecedentes que le dieron origen, no es aplicable a los docentes del servicio oficial. Así lo concluyó, recientemente, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

“El Acto legislativo en estudio fue de iniciativa gubernamental contenida en los proyectos radicados en la Cámara de Representantes bajo los números 34 y 127, presentados el 23 de julio y el 19 de agosto de 2004, respectivamente, los que fueron acumulados para su trámite y en su contenido original proponían la eliminación de todos los regímenes especiales y exceptuados, dejando exclusivamente el de la Fuerza Pública y un régimen de transición que terminaría el 31 de diciembre de 2007.

Desde el primer debate en la Comisión Primera Permanente de Cámara, se introdujo el tema de los docentes como parte del ‘régimen de transición’; y como un párrafo transitorio fue conservado y ajustado en su texto a lo largo de las dos vueltas requeridas para la aprobación del acto legislativo, remitiendo al artículo 81 de la ley 812 de 2003.

*Se tiene pues que el legislador, como constituyente derivado, optó por referirse al régimen pensional de los docentes vinculados al servicio educativo estatal en un párrafo que calificó como ‘transitorio’ bajo dos supuestos: (i) **cuando se pensione el último de los docentes vinculados con antelación a la entrada en vigencia de la citada ley 812 se extinguirá el régimen que para ese momento existía;** (ii) los docentes vinculados o que se vinculen a partir del 27 de junio de 2003, quedan sujetos el régimen pensional del sistema general.*

*En esta perspectiva, la transitoriedad del régimen es predicable exclusivamente del grupo de docentes que entraron al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003. El régimen de los docentes que ingresan al servicio a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003 tiene un elemento de diferenciación o especialidad que es la edad, respecto del régimen general, y así se conserva. **En ninguno de los dos casos se estableció relación alguna con la fecha finalmente acordada para terminar el régimen de transición respecto de todos los regímenes diferentes al general.***

.....

En criterio de la Sala, las dificultades surgen de estar consagrado en una norma denominada ‘transitoria’ y de su redacción en cuanto no se hizo explícita su continuidad más allá del 31 de julio de 2010, pues tal continuidad se consagra mediante la remisión al artículo 81 de la ley 812 de 2003 por el cual se había reformado el régimen establecido desde la ley 91 de 1989.

.....

Atendiendo los antecedentes del párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial”¹⁴ (resaltado fuera del texto).

*En el sub-lite las disposiciones enjuiciadas tienen en común que son reglamentarias del varias veces mencionado **artículo 81 de la ley 812 de 26 de junio de 2003.**”*

2.6. FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La ley 71 de 1988 que prevé:

“Artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho

¹⁴ Concepto de 10 de septiembre de 2009, radicado 1857 Aclaración, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social”.

Igualmente la ley 33 de 1985, en materia de factores salariales, modificada por la ley 62 de 1985, consagró:

“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 la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, ha sido unánime en señalar que los factores salariales mencionados en la ley 62 de 1985, no son taxativos sino meramente enunciativos, de tal suerte, que la liquidación de la pensión de jubilación o vejez se debe efectuar con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social. Lo anterior en virtud del principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social y de favorabilidad en la aplicación de las normas laborales, dentro de las cuales se cuentan las normas sobre seguridad social en pensiones.

En efecto, en sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 la Sala Plena de la Sección II del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, señaló:

“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. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en₁₀ 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. (Negrillas fuera del texto)

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.

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 cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

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.”¹⁵

Postura que fue acogida por la Sección Segunda Subsección B, en providencia del 27 de enero de 2011, donde al resolver sobre la reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario. Expuso la Subsección¹⁶:

“El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 estableció los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

“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

¹⁵ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No.

¹⁶ Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09). C. de E. Sección II Subsección B. CP. Bertha Lucia Ramírez.

remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el artículo 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 liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

“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 la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

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, precisó¹⁷:

*“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..”
...”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, esto es el primero de julio de 2004”

Así, acorde con la línea jurisprudencial vigente, rectificando criterio en materia de factores salariales para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, se tiene que, la pensión de jubilación se debe reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el status pensional.

Eso sí, se deja la salvaguarda que, sobre los factores que no se hayan realizado descuentos o aportes al Sistema de Previsión, la entidad gestora podrá realizar la respectiva compensación al momento del pago de la pensión.

3. CASO CONCRETO:

Se encuentra debidamente probado que el señor PEDRO RAFAEL JARABA SEVERICHE, nació el día 15 de junio de 1952¹⁸, que prestó sus servicios como docente nacionalizado, desde el 6 de noviembre de 1980 hasta el 15 de junio de 2007, razones por las cuales, goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como fue argumentado en la resolución Nro. 0047 del 8 de enero de 2008¹⁹, la cual le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Así mismo, es cierto que le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en calidad de docente nacionalizado, a partir del 16 de junio de 2007²⁰, y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta en un equivalente del 75% de la asignación básica mensual devengados durante el último año de servicio (asignación básica), sin tener en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales, como se puede observar en el certificado del último año de salarios del accionante²¹, esto es SOBRESUELDO, PRIMA DE ALIMENTACION, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. (0208-2007). Nota de la cita.

¹⁸ Folio 98.

¹⁹ Folios 10-12.

²⁰ Folios 11.

²¹ Folio 96.

Se exceptúa la PRIMA SEMESTRAL dado que no es procedente, ya que se acoge al fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre en sentencia del 22 de mayo de 2008, proferida dentro de los expedientes acumulados N°. 2004- 00390-00 y 2005-01524-00, con efectos de cosa juzgada erga omnes y retroactivos, que declaró nula la ordenanza 08 de 1985, la cual era la fuente jurídica de dicho factor salarial, salvo en los derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas o disposiciones legales expresa dada en sentido contrario, en tal sentido, el demandante devengó la prima semestral en el último año de servicio y ello es una situación fundada en cuanto a lo devengado, pero no para que se le tenga como factor para liquidar la pensión, por cuanto este derecho se declarará en la sentencia judicial, luego no está consolidado, pues la tesis del H. Consejo de Estado no se puede extender a aquellos emolumentos que carecen de una fuente jurídica válida

Luego entonces de conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia traída a colación anteriormente, es claro que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debió al momento de realizar la liquidación de la pensión de jubilación o vejez reconocida al señor PEDRO RAFAEL JARABA SEVERICHE, efectuarla con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Así las cosas, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es visible que el actos administrativo demandado transgrede las normas pretendidas por el señor PEDRO RAFAEL JARABA SEVERICHE.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad del actos administrativos SEM-PS-1.8.3- 109 de fecha 28 de abril de 2015, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, SOBRESUELDOS, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, es decir 2006 a 2007.

El monto de la pensión, se establece en un porcentaje del 75% del promedio total de dichos factores, sin consideración si sobre ellos se hicieron aportes o no, o si la entidad territorial efectúo descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar²².

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

Por tanto, el restablecimiento del derecho se concretará así: a) la parte demandada deberá realizar la reliquidación de acuerdo con lo dicho, y la correspondiente mesada deberá reajustarla de acuerdo con la ley; b) luego de lo anterior, deberá descontar de la suma que resultare de la liquidación, las sumas de las mesadas pensionales pagadas; c) la diferencia insoluta deberá indexarla en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor y la siguiente fórmula utilizada para estos eventos por el H. Consejo de Estado que deberá aplicarse mes por mes para cada mesada:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

4.1. DE LA PRESCRIPCIÓN:

La prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y en materia laboral, opera por regla general al cabo de los tres años siguientes a la fecha en que se hace exigible el correspondiente derecho, y se interrumpe desde cuando el interesado exige su reconocimiento y pago ante la administración (Art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968).

En el sub júdice se configura la prescripción, toda vez que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, surgió a partir del reconocimiento de dicha prestación mediante la Resolución N° 0047 del 8 de enero de 2008, y la demanda fue presentada el **día 18 de junio de 2015, según se desprende del acto demandado**²³. En consecuencia, al demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **18 de junio de 2012**.

CONCLUSIÓN:

El interrogante inicial es positivo, puesto que el señor PEDRO RAFAEL JARABA SEVERICHE al momento de reconocer su pensión vitalicia de jubilación, se debió reliquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio, como así no sucedió, se tendrá que decretar la nulidad del acto administrativo SEM-PS-1.8.3- 109 de fecha 28 de abril de 2015 y reajustar la pensión que fue reconocida en su momento por la resolución N° 0047 de 8 de enero de 2008.

²³ Folio 6.

5. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P., y conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un monto del 5%

6. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE no prosperas las excepciones de **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRONEA INTERPRETACION DE LA NORMA, COBRO DE NO DEBIDO, BUENA FE, COMPENSACIÓN** ,por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, de aquellas mesadas causadas con anterioridad al 18 de junio de 2012, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DECLARASE la nulidad del acto administrativo SEM-PS-1.8.3- 109 de fecha 28 de abril de 2015 y reajustar la pensión que fue reconocida en su momento por la resolución N° 0047 de 8 de enero de 2008.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **ORDÉNASE** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor **PEDRO RAFAEL JARABA SEVERICHE, Identificado con C.C. N° 92095.035**, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo la ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD, SOBRESUELDOS.

QUINTO: CONDÉNASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación del señor **PEDRO RAFAEL JARABA SEVERICHE**, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a favor de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, en un monto de 5%

SÉPTIMO: NIÉGUESE las demás súplicas de la demanda, según lo expuesto

OCTAVO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

NOVENO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ