



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, dieciséis (16) de abril de dos mil trece (2013)

Ref. Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2012-00037-00
Demandante: **Efraín Jiménez Moreno**
Demandado: **Nación-Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo.**

Tema: Reliquidación de la pensión Ordinaria de Jubilación de docente. Factores salariales. Se acoge precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Arts. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (art. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar **sentencia de primera instancia.**

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. Partes.

- Demandante: **Efraín Jiménez Moreno**, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 18.760.015 expedida en Buenavista - Sucre, y actuó a través de apoderado judicial (fl.6).
- Demandado: **Nación- Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo.**

1.1.2. Pretensiones.

- Que se declare la nulidad del Acto administrativo SEM-PS_1.8.3.-138 de marzo 6 de 2012, expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo Sucre, mediante la cual se declaró la no procedencia del ajuste de pensión del demandante señor Efraín Jiménez Moreno.
- Que como consecuencia de la declaración anterior y a título del restablecimiento del derecho se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de educación Municipal de Sincelejo, que corrija y por ende se reajuste la pensión reconocida al demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales a que por ley, tiene derecho, que no

fueron tenidos en cuenta al momento de reconocer la pensión en la Resolución 0025 de fecha 8 de enero de 2008.

- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo-Sucre a reconocer y pagar al actor, las diferencias de las mesadas pensionales una vez se reconozca el valor de los factores salariales.
- Que la condena sea actualizada de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. aplicando los ajustes de valor (indexación), desde la fecha del cumplimiento del status de pensión, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
- Que la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo –Sucre de cumplimiento a la sentencia proferida en este proceso, en los términos previsto en el artículo 176 del C.C.A.
- Si no se efectúa el pago en forma oportuna, se liquiden intereses comerciales y moratorios como lo ordena el art. 177 del C.C.A.

1.1.3. Hechos relevantes.

- El demandante es docente cumplió el estatus de pensionado el 30 de enero de 2007 y mediante la Resolución No. 0025 de enero 8 de 2008, la demandada le reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación.
- Que la entidad demandada tomó como base para liquidar la asignación básica mensual dejando de lado todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios.
- El 11 de enero de 2011 el demandante solicitó el reajuste de su pensión, petición que le fue negada mediante Acto administrativo SEM-PS_1.8.3.138 de marzo 6 de 2012, expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, Sucre.
- Manifiesta el demandante que se sustentaron en el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003 para no tener en cuenta los factores salariales que establece que no puede ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.
- Que el artículo 81 de la ley 812 de 2003 hace referencia al régimen prestacional en cuanto a la cotización para salud y pensión por lo cual el decreto 3752 excedió la mencionada ley, por lo cual debió haberse inaplicado el decreto tal como lo manda la carta Magna en su artículo 4.
- Que la Ley 1151 de 2007 derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003. Por tanto la revisión que se pide debe hacerse desde el 24 de julio de 2007 cuando se derogó el mencionado artículo.
- Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo fundamentó la contestación de la petición sobre ajuste a la pensión en una norma derogada.
- Que se agotó la vía gubernativa.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

Normas violadas. Constitución Política. Artículos 2, 6, 25, 29, y 125; artículo 160 de la Ley 1151 de fecha 24 de julio de 2007; artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

Concepto de la violación. La autoridad nominadora, incurrió en desviación de sus atribuciones al no tener en cuenta que el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 24 de julio de 2007. Que no se puede perder de vista que los pensionados han sido reconocidos como un grupo especial, que por su misma condición merecen una protección constitucional reforzada. Que el Consejo de Estado en múltiples sentencias ha hecho referencia a los factores salariales que se deben tener en cuenta en el momento de liquidar la pensión.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 14 de agosto de 2012 (fl. 5).
- Se admitió el día 6 de septiembre de 2012 (fl. 26-27).
- El 17 de septiembre de 2012 se notificó el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada Nación-Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo y a la Agencia para la Defensa del Estado (f. 31-35).
- El 16 de abril de 2013 se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de C.P.C.A. dentro de la cual se surtieron todas sus etapas: saneamiento, excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, decreto de pruebas y por tratarse de un asunto de pleno derecho se dio traslado a las partes para alegar y se dictó el sentido del fallo. (fls. 89 y s.s.).

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no se pronunciaron. El Municipio de Sincelejo-Secretaría de Educación Municipal (fl. 50-54), contesta en los siguientes términos:

Frente a los hechos se pronuncia así:

- Hecho primero: Es cierto.
- Hecho segundo: No es un hecho es una apreciación que debe ser demostrada.
- Hechos tercero, cuarto y noveno: Son ciertos según prueba aportada.
- Hechos quinto, sexto, séptimo, octavo: No son ciertos, son apreciaciones subjetivas de la parte.

Se opone a todas las pretensiones por carecer de fundamentos de hechos y derechos por considerar que hay falta de legitimación en la causa por pasiva, pues considera que el reconocimiento de la pensión se hace mediante acto administrativo complejo en el que interviene la Secretaría de Educación Municipal

de Sincelejo y la Sociedad Fiduciaria La Previsora que la aprueba, que en el presente asunto se hizo el trámite establecido.

Considera la entidad demandada que no es autónoma para decidir sobre el reconocimiento del derecho pretendido conforme al Decreto 2831 del 2005 y el art. 14 la Ley 344 de 1996. Propone las excepciones de: Ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado la totalidad del acto administrativo complejo que se integra en este caso y falta del Litisconsorcio necesario.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Parte demandante: Reafirmó los hechos y pretensiones consignados en el libelo demandatorio, por tanto, solicita se acceda a la reliquidación pensional deprecada.

Ministerio Público: Dentro de su concepto, reseñó los antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado aplicables al caso de marras, y con base en los mismos manifestó que es procedente reliquidar la pensión del demandante. Emitió concepto solicitando se acceda a las súplicas de la demanda.

1.4. CONSIDERACIONES.

ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

En el sub júdice, se pretende la nulidad del acto administrativo SEM-PS_1.8.3.138 de marzo 6 de 2012, expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo Sucre, mediante la cual se declaró la no procedencia del ajuste de pensión del demandante señor Efraín Jiménez Moreno. (fl. 8).

Excepciones:

El **Municipio de Sincelejo**, al contestar la demanda y dentro del término legal, se opone a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de Ineptitud sustantiva de la demanda, por no haberse demandado la totalidad del acto administrativo complejo que se integra en este caso y la Falta de integración de litisconsorcio necesario, sobre la cuales el despacho se pronunció en la Audiencia Inicial, declarándolas infundadas por las razones expuestas en la diligencia.

Las demás circunstancias alegadas en sentido estrictamente procesal no constituyen excepciones, sino argumentos de defensa que serán analizados con en el transcurso de la providencia.

Cuestión de Fondo:

El demandante persigue la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación porque, al momento de ser liquidada su mesada pensional, la entidad demandada no incluyó los factores salariales que percibía, y los demás

conceptos dejados de cancelar durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional.

Para determinar la procedencia o no de la causa esgrimida, prudente es, abordar el estudio del marco normativo que regula el derecho a la pensión ordinaria de jubilación del personal docente y luego estudiar los factores salariales que gobiernan la liquidación de la mesada pensional.

- REGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES

Es reiterado por la jurisprudencia administrativa, que si bien el Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, consagraba que los docentes estaban sometidos a un régimen especial, tal especialidad no está referida a la pensión ordinaria de jubilación, pues el régimen al que están sometidos los docentes en esta materia no contemplan requisitos distintos a los estipulados en el régimen general de pensiones previstos para todos los empleados del sector público.

Con el propósito de ilustrar el régimen jurídico que ha gobernado la pensión ordinaria de los docentes, el Despacho trae a colación sentencia del 23 de febrero de 2006 (la cual por su claridad conceptual se transcribe in extenso) proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. No. 19001-23-31-000-2002-00594-01 (5198-04), en la cual se hicieron las siguientes precisiones:

"2.1 El régimen jurídico de la pensión de jubilación derecho u ordinario de los docentes oficiales

Dentro de los estatutos que se han aplicado en la materia se encuentran:

La Ley 6ª de 1945, sobre prestaciones oficiales, consagró:

"Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

...

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a ..."

La Ley 6ª de 1945 es de carácter general por cuanto aplica, en principio, a los servidores públicos nacionales, que luego se extendió a los territoriales; y no es especial porque su art. 17 no consagra un régimen de esa naturaleza para determinados servidores estatales. En principio esta Ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado. En materia pensional esta Ley rigió en el ÁMBITO NACIONAL hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Ahora, para los EMPLEADOS OFICIALES TERRITORIALES la citada Ley 6ª se aplicó teniendo en cuenta el art. 1º del Decreto 2267 de 1947 que hace extensivo a los empleados y obreros al servicio de departamentos y municipios las prestaciones consagradas en la referida Ley 6ª.

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, disponía:

"Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio" (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

El Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario, salvo algunas normas, se expidió y aplicó para SERVIDORES DE LA RAMA EJECUTIVA NACIONAL DEL PODER PÚBLICO; el cual aumentó la edad de jubilación para los hombres, quienes se pensionarían con 55 años de edad y los mismos 20 de servicio; mientras que las mujeres continuaron adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad. Aunque en algunos casos fue aplicada a SERVIDORES DE LOS ENTES TERRITORIALES, en verdad, éstos continuaron sometidos a la Ley 6° de 1945 y normas complementarias y modificatorias. Este régimen pensional se aplicó, salvo norma legal en contrario, hasta la aparición de la Ley 33 de 1985, aunque se continuó aplicando en materia de edad pensional conforme al régimen de transición que ella consagró en este aspecto.

Se anota que La ley 33 /85 en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968.

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación –derecho u ordinarias de los mismos. (...)

El Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, ésta no resulta aplicable en ese campo.

La Ley 33 de enero 29 de 1985, publicada el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial No. 36856, establece:

"Art. 1o El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento 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.

Par. 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 y 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.

Par. 3° En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán regiendo por las normas anteriores a esta ley.

Art. 25. Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que sean contrarias."

La Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos: 1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir

hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad. 3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Se destaca que esta ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; y en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 en los artículos 1º y 25 de la Ley 33 de 1985. Para obtener la pensión de jubilación, entre otros, dichos preceptos exigían: el literal b del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 tener 50 años, con 20 años de servicio y el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 tener 50 años de edad las mujeres o 55 años los hombres y 20 de servicios continuos o discontinuos.55

Y en cuanto a los FACTORES PENSIONALES éstos fueron determinados en la Ley 62 /85, que subrogó en lo pertinente la citada Ley 33.

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, publicada el 29 de diciembre en el Diario Oficial No. 39124, dispone: (...)

2. Pensiones :

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

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso : A.) En su art. 1º, entre otros, contempla los DOCENTES TERRITORIALES y señala como tales a quienes fueron nombrados antes de enero 1º de 1976 sin el cumplimiento del requisito del art. 10 de la Ley 43 de 1975, que se refiere a los designados por fuera de las plantas de personal allí determinadas, lo cual es entendible frente a la nacionalización educativa consagrada en la Ley 43 de 1975. Pero, se anota que también se han tenido como tales, inicialmente, a los educadores vinculados a los ENTES TERRITORIALES antes de la nacionalización educativa (que luego se convirtieron en nacionalizados) y, ahora, después de ésta, a quienes fueron nombrados por las autoridades territoriales por fuera de las plantas de personal aprobadas por la Nación y que pagaban con fondos de los F. E. R., por lo que las obligaciones surgidas de ellos corrieron a cargo de las entidades locales. B.- En su artículo 15, estableció NORMAS PRESTACIONALES para los docentes, así : -) Para los DOCENTES NACIONALIZADOS que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1º, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las LEGALES por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1º /90, en el párrafo 2º del num. 1º del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones

consagradas en esta Ley. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional.

(...)

-) LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO. Los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación, bajo el régimen -que se entiende "general u ordinario"- de pensionados del sector público nacional (Art. 15, Num.2, lit.b). Se indica que esta pensión estuvo regulada, entre otras, en el art. 17 de la Ley 6ª /45, el art. 27 del D. L. 3135 /68 que luego fue derogado por el artículo 25 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 y el art. 1º y concordantes de la precitada Ley 33.

En cuando a este último grupo (del art. 2-B del art. 15) se tiene que para los DOCENTES NACIONALES la Ley 91 de 1989 no varió la edad de jubilación, pues ellos continuaron adquiriendo el derecho de jubilación con 20 años de servicio y 55 de edad, en virtud de la Ley 33 de 1985, norma que mantuvo su vigencia, salvo el caso de la transición en edad pensional del párrafo 2º de su art. 1o, ó que hubieren cumplido sus requisitos pensionales bajo el imperio de la legislación anterior; ahora, los DOCENTES NACIONALIZADOS (que ingresaron a partir de enero 1º /81) la Ley 91 /89 –art.2-b- dispuso que sólo tendrán una pensión de jubilación (ya no tienen derecho a la pensión de jubilación gracia) la cual se entiende "ordinaria" por estar sometida al régimen general de los pensionados del sector público nacional que para 1989 estaba consagrado en la Ley 33 /85 en materia pensional y que determinaba su edad pensional en 55 años, salvo la transición en edad pensional ya citada; por último, los DOCENTES VINCULADOS A PARTIR DE ENERO 1º /90 su régimen pensional es el mismo de los anteriores docentes nacionalizados mencionado.

De otra parte y a contrario sensu, se entiende que ESTA CLASE DE PENSION, para los vinculados "antes" de las fechas señaladas en la ley, aparece consagrada en los regímenes pensionales generales u ordinarios ya sea de la Ley 6ª/45, D.L. 3135/68, D.L. 1045 /78 o la Ley 33/85, cuya aplicación depende de las circunstancias de cada caso".

La Ley 60 de agosto 12 de 1993, sobre FINANCIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA EDUCACIÓN ESTATAL, publicada el 12 de agosto de 1993 en el Diario Oficial No. 40987, establece:

"Art. 6

...

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, municipal y distrital, será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ..."

La Ley 60 de 1993, dispone que "El régimen prestacional aplicable a LOS 'ACTUALES' DOCENTES NACIONALES O NACIONALIZADOS que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones" será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. De otra parte, en cuanto a los DOCENTES TERRITORIALES, dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y que se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen "ordinario", como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la Ley pensional "ordinaria" pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar)

debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93".

Por su parte, la Ley 812 de 2003 "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario" establece:

"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"

El H. Consejo de Estado, en concepto del 10 de agosto de 2011, refiriéndose al régimen pensional de los docentes frente a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, señaló:

"El Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, esto es, la ley 812 de 2003, en su artículo 81 definió el régimen prestacional de los docentes según se hubieran vinculado al servicio público educativo antes o después de entrar en vigencia dicha ley, en tal sentido dispuso: (i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, el régimen pensional es el establecido por las normas que los regían para esa fecha, es decir la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes; (ii) por el contrario, el de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 -27 de junio de 2003- es el régimen de prima media establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los mismos requisitos en él exigidos, excepción hecha de la edad de pensión de vejez, que será de 57 años para mujeres y hombres. El referido artículo 81 fue reglamentado, entre otros, por el artículo 3o. del decreto 3752 de 2003, el cual estableció que para efectos del reconocimiento de las pensiones que se causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, el ingreso base de liquidación debe ser equivalente al ingreso base de cotización, modificando de esta manera los factores de liquidación consagrados para tal fin en las normas que regían, en materia prestacional, a los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003, esto es, la ley 91 de 1989 y demás disposiciones concomitantes.

... Teniendo en cuenta la modulación señalada en sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre los alcances del artículo 3o. del decreto 3752, su posterior derogatoria por la ley 1151 de 2007, lo dispuesto por la ley 812 de 2003 en su artículo 81, y en consideración al texto de la consulta formulada, se identifican 2 grupos de personas: GRUPO 1: Integrado por los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir el 27 de junio de 2003; para este grupo el régimen prestacional aplicable es el establecido en las normas que como docentes los regían para esa fecha, es decir, la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes. Por tanto, si su pensión se causó durante la vigencia del artículo 3o. del decreto 3752 de 2003 y se liquidó y pagó con la fórmula establecida en dicha norma, tienen derecho al reajuste de la misma, con el fin de incluir los factores de liquidación contemplados en las normas que se encontraban rigiendo al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003. GRUPO 2: Conformado por quienes estando vinculados a otros sistemas o sectores al entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir, el 27 de junio de ese año, ingresan por primera vez al sector público educativo oficial. En este grupo se pueden presentar dos hipótesis a saber: (i) Si dichas personas no se encontraban en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no era posible que se les hubiese causado y liquidado la pensión durante la vigencia del artículo 3o. del decreto reglamentario 3752 del

2003, por cuanto no alcanzaban a reunir los requisitos para ello. (ii) Por el contrario, a las personas amparadas por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se les tuvo que reconocer y liquidar la pensión de conformidad con la normatividad establecida para el sistema pensional al cual se encontraban afiliadas, y en consecuencia no tendrán derecho a solicitar el reajuste de su pensión, puesto que su reconocimiento se efectuó de conformidad con un régimen pensional diferente al de los docentes"¹

De donde se sigue que los docentes, tal como antes se manifestó, vinculados con anterioridad a la ley 812 de 2003, se rigen por la ley 91 de 1989, la cual sin más remite a la ley 33 de 1985; por otra parte, si la vinculación al servicio público educativo, se da con posterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es la ley 100 de 1993, con la salvedad hecha por la Sala de Consulta, que si viene beneficiado por la transición del artículo 36 de la ley, este último derecho debe respetarse.

Armonizando el marco normativo descrito, con las circunstancias concretas del sub júdice, se advierte:

Está acreditado y no es objeto de discusión, que el actor era docente nacional², vinculado al servicio educativo con anterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003 (desde el 7 de febrero de 1972), por lo cual siguiendo los lineamientos antes planteados, el régimen aplicable en materia de pensión de jubilación es el previsto en la Ley 91 de 1989, quedando sometida al régimen prestacional vigente en el Ente Municipal, que no es otro que la ley 33 de 1985. Ello es así, porque su situación particular se adecua al evento descrito en el numeral primero de la Ley 91 de 1989.

- FACTORES SALARIALES.

Recordemos que el actor, persigue la reliquidación de su derecho, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y que su reconocimiento pensional, tal como líneas antes se estableció, se rige por la ley 33 de 1985, la cual en materia de factores se definió en lo estipulado por la ley 62 de 1985.

La norma en comento 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 (subrayado del despacho).

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, expediente No.11001-03-06-000-2011-00004-00(2048), consejero ponente, Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

² Ver folio 15 del expediente

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, 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 y que este Despacho en el presente proveído acoge en su integridad dado, el imperativo de atenerse al precedente judicial dictado por la Sala Plena de la Sección II de nuestro máximo órgano colegiado, se 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 enumera 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; aún 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 aquella enumera en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.** (Negritas 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 cambiando 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.”³

Tesis reiterada en providencia del 26 de agosto de 2010, expediente No. 150012331000200502159-01, en la cual la Sección II Subsección B, reiteró:

“En los términos del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración estaría constituida así:

“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.

³ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09). CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila

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.(...)”.

Ahora bien, ante la diversidad de criterios existentes en esta materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito[2], retomó el análisis de los factores a reconocer en la base de liquidación pensional de los reconocimientos efectuados bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes normativos y jurisprudenciales, arribando a las siguientes conclusiones:

“(...)”

Entonces, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que ésta constituye una prestación producto de los aportes efectuados por el trabajador y, por lo tanto, debe otorgarse en forma óptima con el fin de no afectar sus condiciones de existencia al momento de retirarse definitivamente del servicio.

(...)”

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

(...)”

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

(...)”

(...)es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en 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.

(...)”

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda.

(...)”

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 cambiando 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 recibe 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.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales – a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.

Posición que se adopta para la solución del presente caso, con base en los argumentos expresados en dicha ocasión, en consecuencia, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios" (subrayado de la providencia)

Y, al resolver un caso de supuesto fácticos similares al que nos convoca, esto es, reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, la Sección Segunda Subsección B, en proveído del 27 de enero de 2011, acogió la tesis expuesta por la Sala Plena y, concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario.

Expuso la Subsección⁴:

“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 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.

⁴ 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.

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, precisó⁵:

*"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 y que este Despacho acoge, 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.

Retomando el asunto fáctico, conforme al Formato Único para Expedición de certificado de salarios, expedida por el Auxiliar de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo⁶ y el Certificado de Horas Extras Docentes⁷, el demandante, durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, devengó los siguientes factores salariales: Prima semestral, Prima Vacacional, Prima de Navidad y Horas Extras, los cuales no fueron tenidos en cuenta como base de liquidación de su pensión de jubilación, reconocida mediante Resolución No. 0025 del 8 de enero de 2008, que incluyó únicamente como factor salarial la asignación básica mensual, lo cual acorde con el criterio adoptado en esta providencia, viola preceptos de orden constitucional como el artículo 13, 25 y 53 de la Constitución Política, corolario de lo cual se declarará la nulidad del acto administrativo acusado.

Precisado lo anterior, para el restablecimiento del correspondiente derecho, se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta los factores reconocidos en la Resolución No. 0025 del 8 de enero de 2008 (asignación básica mensual), y los nuevos factores: Prima semestral, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad y Horas Extras, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, a partir del 30 de enero de 2007.

⁵ 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.

⁶ Ver folio 15.

⁷ Folio 16

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 efectuó descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar.

1.5. Excepción de Prescripción. La prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y sucede cuando el acreedor deja pasar cierto lapso sin ejercitar el medio de control correspondiente o pedir ante la administración el reconocimiento y/o pago del derecho; se cuenta desde que la obligación se hace exigible (art. 2535 del C.C). En materia laboral, conservando su esencia, la prescripción de los derechos de esa naturaleza 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)⁸.

En el sub examine, se probó: i) que a la demandante se le reconoció la pensión de jubilación el **08 de enero de 2008**, fecha a partir de la cual nació su derecho a pedir su reliquidación; b) que presentó la solicitud de reliquidación el **11 de enero de 2011**; por consiguiente, no hay lugar a declarar la prescripción de mesada pensional alguna, por cuanto, de conformidad con los lapsos temporales no se configuró la prescripción trienal.

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 insoluble deberá indexarla en los términos del inciso final 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:

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

Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el numeral cuarto del Art. 195 del C.P.A.C.A.

Condena en costas. Acorde con el artículo 306 del C.P.A.C.A., en los aspectos no contemplados, que sean compatibles con el proceso contencioso administrativo, se seguirá el C.P.C. Dicho Código, en su artículo 392, dispone que debe condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso.

⁸ C.E. Sección Segunda, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, providencia del 16 de junio de 2005, rad.4159-02

Por tanto, el Despacho dispondrá condenar en costas a la parte demandada, las que serán liquidadas por la Secretaría.

3. 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: DECLARASE la nulidad parcial de la Resolución No. 0025 del 8 de enero de 2008, proferida por la Secretaria Municipal de Sincelejo Sucre, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados por el actor, durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, **se ordena** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que realice una nueva liquidación a partir del 01 de febrero de 2007 de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor **Efraín Jiménez Moreno**, conforme a lo dicho en los considerandos de esta providencia. Désele cumplimiento a lo anterior en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A., acorde las motivaciones del presente proveído.

TERCERO: ORDÉNESE a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que de las sumas que resulten a favor del actor, se le descuente lo que ya fue reconocido y pagado en virtud de la resolución que inicialmente reconoció la pensión de jubilación.

CUARTO: Las sumas que resulten adeudadas serán reajustadas en los términos consignados en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARENSE no probadas las excepciones propuestas por el Municipio de Sincelejo.

SEXTO: Las sumas reconocidas devengarán intereses moratorios de conformidad con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo pertinente.

SEPTIMO: CONDENASE en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense.

OCTAVO: Por secretaría, désele cumplimiento a 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 de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA LEONOR MEDELLIN DE PRIETO
JUEZA