



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, dieciocho (18) de junio de dos mil trece (2013)

Ref. Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación N°: 70-001-33-33-003-2012-00099-00
Demandante: GENOVEVA ESTHER ZUÑIGA ANAYA
Demandado: LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL- DEPARTAMENTO DE SUCRE

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: **Genoveva Esther Zúñiga Anaya**, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 33.190.977, y actuó a través de apoderado judicial (fl.11).
- Demandado: **Nación- Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Departamental de Sucre- Departamento de Sucre.**

1.1.2. Pretensiones.

- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0238 de fecha 03 de junio de 2004, proferida por el señor Secretario de Educación del Departamento de Sucre, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a favor de la demandante.
- 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 Departamental de Sucre, incluir como base de liquidación de la pensión de Jubilación el promedio de todos los factores salariales devengados por la accionante en el año anterior al status de pensionado.
- Que se condene 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 189 del C.P.A.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 189 y 192 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.

1. Que la señora Genoveva Zúñiga es docente del servicio público de Educación del DEPARTAMENTO DE SUCRE, financiado con el Sistema General de Participaciones.

2. Que por haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos establecido en la ley, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a través de la Resolución No. 0238 del 03 de junio de 2004.

3. Que en la liquidación de la pensión de la actora no le incluyeron los factores salariales devengados conforme al año base de su liquidación, violando los derechos adquiridos.

4. Que la señora Genoveva Zúñiga ingresó al Servicio Público de Educación antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 y que la Entidad demandada negó la inclusión de todos los factores salariales para su liquidación de pensión basándose en art. 3 del Decreto 3752 de 2003.

5. Que la demandante durante el año anterior al status de pensionado percibió los siguientes salariales: sobresueldo, prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional docente, prima de navidad, los cuales deben tenerse en cuenta al momento de calcular el valor de la mesada pensional reconocida.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

Normas violadas. Constitución Política. Artículos 29, 85 y 229 relacionados con el debido proceso y derecho de acceso a la administración de justicia; Ley 91 de 1989; artículo 38 de la Ley 715 de 2001. Ley 33 de 1985

Concepto de la violación. Considera la parte actora que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio aplicó el régimen pensional establecido en la Ley 813 de 2003 y sus Decretos reglamentarios, debiendo aplicar la Ley 91 de 1989, aplicando el art. 38 de la Ley 715 de 2001 y lo pertinente de la Ley 33 de 1985, como también solicita se tenga en cuenta la unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado.

Relaciona la Ley 4 de 1966 que estableció en su artículo 4o. que las pensiones de jubilación se liquidaría y pagaría tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios; que esta ley fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 precisó a cual promedio se refería la Ley 4 de 1966. Igualmente relaciona el Decreto Ley 1042 de 1978 que reitera que constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Finalmente menciona jurisprudencia que hace referencia a los hechos y derechos reclamados, en los cuales el alto tribunal en sentencia de unificación concluye que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional.

2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 16 de noviembre de 2012 (fl. 12).
- Se admitió el día 29 de noviembre de 2012 (fl. 25-26).
- El 16 de enero de 2013 se notificó el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada Nación-Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación del

Departamento de Sucre – Departamento de Sucre y a la Agencia para la Defensa del Estado (f. 30-40).

- El 18 de junio 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 no se presentaron, fijación del litigio, conciliación no se surtió por tratarse de derechos ciertos e indiscutibles, decreto de pruebas y por tratarse de un asunto de pleno derecho se dio traslado a las partes para alegar y se profirió el sentido del fallo. (CD que contiene registro de audio y video de audiencia folio 283 y acta de audiencia fls.284 a 289).

2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No contestó demanda.
- Secretaria de Educación Departamental de Sucre. No contestó demanda.
- El Departamento de Sucre (fl. 64-82), contesta en los siguientes términos:

Frente a los hechos se pronuncia así:

HECHOS PRIMERO, SEGUNDO, SEPTIMO DECIMO SEXTO. Es cierto de conformidad con documentación allegada al expediente.

HECHOS TERCERO, CUARTO, SEXTO, OCTAVO, DECIMO SEGUNDO, DECIMO TERCERO Y DECIMO QUINTO. No son hechos como tal, son apreciaciones subjetivas del apoderado de la demandante.

HECHOS QUINTO, DECIMO, DECIMO PRIMERO, DECIMO CUARTO. No son hechos, son transcripciones normativas.

HECHO NOVENO. No es cierto.

Se opone a todas las pretensiones y en su lugar solicita se absuelva de todo cargo y se condene a la demandante en costas y agencias en derecho.

Considera la entidad demandada que en la Resolución enjuiciada, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de la actora teniendo en cuenta los factores salariales sobre los cuales se aportó a la entidad.

Que según lo establecido en las leyes 33 y 32 de 1985, para el cálculo de una pensión se debe efectuar sobre los mismos factores que sirvieron de base para aportar o cotizar a la entidad de previsión.

Manifiesta el apoderado judicial del Departamento de Sucre que al no ser la entidad que expidió el acto administrativo demandado, la resolución que

ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la actora, solicita ser excluido por el fallador por no tener de calidad de legitimado en la causa por pasiva, pues no participó en la creación del acto y solicita negar las súplicas de la demanda.

2.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Parte demandante:

Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda fundamenta su petición en que el acto demandado fue sustentado en el art. 3 del Decreto 3752 de 2003, que fue derogado por la Ley 1151 de 2007. Se debe tener en cuenta que la actora ingreso como docente antes de la Ley 812 de 2003 razón por la cual se debía aplicar la Ley 91 de 1989 y la Ley 4 de 1966. Igualmente solicita tener en cuenta la jurisprudencia y unificación de criterios del Consejo de Estado para la liquidación de la pensión en la que se deben tener en cuenta los factores que constituyen salario y para el caso concreto obra certificación de salario del año 2003 y 2004 de la actora aportada con la demanda.

Parte demandada:

Manifestó que no le asiste responsabilidad al Departamento de Sucre, que está claro y dilucidado que la Secretaría de Educación Departamental actúa a través del Fondo de Prestaciones del Magisterio en representación del Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con la Ley 91 de 1989, art. 56 de Ley 962 de 2005 y 2831 de 2005, por lo cual solicita ser excluido y no se condene al Departamento en el presente asunto.

Ministerio Público:

Manifiesta que el proceso está encaminado a establecer si le asiste derecho a la parte actora a la reliquidación con inclusión de todos los factores salariales. Solicita trae a colación sentencia del Consejo de Estado del 3 de abril de 2008 expediente 1239 que estableció que " en todo cado las pensiones se liquidarán sobre todo los aportes que hayan servido de base para liquidar y si no se hicieron los descuentos a la entidad previsora se hacen los descuentos cuando se haga efectivo el pago. Igualmente trae concepto de la Procuraduría en cabeza del vice procurador en sentencia del 04 de febrero de 1998 que estableció que en las pensiones de los empleados públicos se deben incluir todos los factores según lo establecido en las leyes 33 y 32 de 1985. Manifiesta que es claro que se debe decretar la nulidad parcial por lo que se concluye que están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.

3. PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si al momento de ser liquidada la pensión

de jubilación de la demandante, la entidad demandada no incluyó la totalidad de los factores salariales. Por lo cual se hace necesario responder al interrogante:

¿Cuál es la norma que rige el salario base de liquidación de la pensión, a los docentes nacionalizados que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

4. TESIS DEL DESPACHO:

El despacho considera que para la liquidación de las pensiones de los docentes nacionalizados, que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, le son aplicables el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, por lo que hacen parte del salario base de la liquidación la 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, pero 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. Si el pago de los aportes no se realizó sobre todos los elementos del salario, estos deberán ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión y facultar a la entidad de previsión social descontar las sumas que por concepto de aportes haga falta. Lo anterior, de acuerdo a la posición del Consejo de Estado en relación con el tema¹.

5. ARGUMENTOS DEL DESPACHO:

4.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para el pronunciamiento del fondo del proceso, se pronuncia el Juzgado sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

El Juzgado considera que los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz del artículo 162 del C.P.A.C.A.

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que la accionante es la directa interesada y perjudicada con los actos administrativos que se demanda.

Con relación a la legitimación en la causa por pasiva, es menester que el despacho se detenga en su análisis, dado que la parte accionada Departamento de Sucre afirma que no es la legitimada para responder por lo pretendido en el presente caso.

La legitimación en la causa por pasiva, entendida esta como "... ser la persona que de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquella o éste existan..."², es importante en principio aclarar, que si bien en los procesos de cognición, la legitimación en la causa no es constitutiva de una excepción fondo, sino una falta de un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado³, la misma impediría la condena a la entidad demandada y por tanto la prosperidad de las pretensiones.

En este sentido la siguiente providencia del Consejo de Estado:

"La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material.

La legitimación de hecho en la causa es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Vg.: A demanda a B, cada uno de estos está legitimado de hecho.

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o hayan sido demandadas. ()

*La falta de legitimación **material** en la causa, por activa o por pasiva, **no enerva la pretensión procesal en su contenido**, como si lo hace una*

² DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Santa Fe de Bogotá Editorial ABC 1996, Tomo I Pág. 279.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 11 de marzo de 2004, Exp. 14.223, actor Abel María Muñoz; 26 de junio de 2003, Exp. 13.689, actor Álvaro de Jesús Pérez; 3 de julio de 2003, Exp. 13.658, actor Luis Hernando Núñez; 27 de noviembre de 2003, Exp. 14.347, actor Oswaldo Germán Martínez; 1 de agosto de 2002, Exp. 13.248, actor Inversiones Palmar Ltda.; 27 de noviembre de 2002, Exp. 13.65, actor Rosalina Madrid; 27 de noviembre de 2002, Exp. 14.142, actor Ana Teresa Díaz.

excepción de fondo. La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado - **modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante** - que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo. La legitimación material en la causa, activa y pasiva, **es una condición anterior y necesaria** entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado"⁴.

Tal como lo expresan el mismo acto administrativo, el Departamento de Sucre, actúa como medio para que el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, materialice la decisión administrativa relacionada con las prestaciones a su cargo. Para llegar a esta conclusión es importante analizar:

El Decreto 111 de 1996, consagra en su artículo 30 los fondos especiales en el orden nacional, definiéndolos como "... los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador".

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3⁵, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de fondo especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fin es el regulado por el artículo 4 de la misma ley, el que consiste en la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella, cuenta que se encuentra adscrita a la Nación y es representada por el Ministerio de Educación, conforme a lo dicho por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, en Concepto del 23 de mayo de 2002, con radicación número 1423 y actor el Ministro de Educación Nacional, en la que se refirió a la representación judicial y extrajudicial del fondo. Como objetivos del mismo, el artículo 5 de la misma normativa, consagra en su numeral 1 el de "Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado."

Igualmente, la norma que crea el mencionado fondo (artículo 3 transcrito a pie de página 2) en su inciso final consagra que este órgano deberá estar dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia de 20 de septiembre de 2001, expediente 10.973. Actor: Sociedad "La Muriel Mining Corporation".

⁵ "Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad."

En complemento y desarrollo de la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994⁶, reitera que las prestaciones sociales a cargo del fondo, serán reconocidas por este, a través del representante del Ministerio en la entidad territorial, norma que es reiterada y reglamentada en su operatividad práctica por el Decreto 1775 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 2234 de 1998.

Por otra parte, el legislador a través de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, “*Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.*”, estableció en su artículo 56⁷, que el representante del fondo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo es el Secretario de Educación Territorial certificada, y que este firmaría el acto administrativo que decide las solicitudes elevadas sobre el mencionado tema, previa aprobación del proyecto de acto por el administrador del fondo.

Así pues, del anterior marco normativo se puede inferir que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien tiene a su cargo las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados y por tanto es a este organismo a quien le correspondería responder por las posibles irregularidades existentes en su liquidación. Igualmente, es claro que el Secretario de Educación territorial, solo actúa como medio regional de atención a los afiliados al fondo, pero no es la voluntad del ente territorial la que se refleja en el acto, sino la voluntad misma del fondo. Quedará por definir, quién representa legalmente al mencionado fondo, para efectos procesales, dado que como lo indica la norma de creación del mismo, no posee personería jurídica, a fin de determinar claramente que es a este órgano y no al Departamento de Sucre.

Para resolver la anterior inquietud, el despacho trae a colación la interpretación Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del que me permito transcribir el aparte de la respuesta:

“2. LA SALA RESPONDE:

En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.

⁶ **“Artículo 180.-** Reconocimiento de prestaciones sociales. *Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente.*

El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.”

⁷ **“Artículo 56.** *Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”*

A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”⁸

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta claro para el despacho, que no obstante que los actos administrativos son expedidos formalmente por parte del DEPARTAMENTO de Sucre a través de su Secretario de Educación, ellos no manifiestan su voluntad, como elemento de existencia del acto, sino que manifiestan la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así las cosas, en caso de demandarse la nulidad de los actos administrativos que definen las prestaciones a cargo de dicho fondo, debe dirigirse la demanda no contra la entidad territorial que expidió el acto, sino contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Por lo anterior, es la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien tiene legitimación en la causa material por pasiva, por lo que se declarará la de Falta de legitimación por pasiva, propuesta por el Departamento de Sucre.

Con relación a la caducidad, la demanda fue presentada dentro del término correspondiente, tendiendo que se demandan actos que reconocen prestaciones periódicas como es la pensión (Artículo 164 numeral 1 literal c del C.P.A.C.A.).

Por lo anterior, pasa el despacho a decidir de fondo el asunto:

4.2. DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO:

La demandante ataca el acto administrativo contenido en la Resolución No.0238 del 03 de junio de 2004, proferidos por la Secretaría de Educación Departamental en nombre y representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través del cual se le reconoció la pensión de jubilación para que se tengan en cuenta el factor salarial de prima de navidad y prima de vacaciones.

Para abordar el asunto bajo debate, como ya se anunció al plantear el problema jurídico y la tesis del despacho, en primer lugar se estudiará cuál es la normativa aplicable al actor.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Concepto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 1423. Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Referencia: fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. representación judicial y extrajudicial del fondo.

-RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES

Con el propósito de ilustrar el régimen jurídico que ha gobernado la pensión ordinaria de los docentes, el Despacho trae a colación la 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 6ª 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. 2º 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. 3º 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 rigiendo 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. 1° 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 2° 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 1° /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 1° /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”

Armonizando el marco normativo descrito, con las circunstancias concretas del sub júdice, tenemos que:

Está acreditado y no es objeto de discusión, que el actor era docente nacionalizado⁹, por lo cual siguiendo los lineamientos de la Ley 60 de 1993, 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 Departamental, siendo este la ley 33 de 1985.

De donde se sigue que, la situación pensional del actor se rige por la ley 33 de 1985, por ser la norma vigente, se reitera, para el ente Departamental, tal cual, lo reconoce la entidad demandada en el mismo acto cuya legalidad se juzga, lo cual nos indica que sobre dicho tema no existe controversia alguna.

⁹ Ver folio 8 del expediente

- FACTORES SALARIALES.

Recordemos que la actora, 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.

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, 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 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.”¹⁰

Postura que fue acogida por la Sección Segunda Subsección B, en providencia del 27 de enero de 2011, donde 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, se concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario.

Expuso la Subsección¹¹:

¹⁰ 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

¹¹ 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.

"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.

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, precisó¹²:

*"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, 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.

¹² 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.

Retomando el asunto fáctico, conforme al Formato Único para Expedición de certificado de salarios, expedida por el Asesor de Recursos Humanos¹³, la demandante, durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, devengó los siguientes factores salariales: Prima de Vacaciones y Prima de Navidad y cualquier otro factor, los cuales no fueron tenidos en cuenta como base de liquidación de su pensión de jubilación, reconocida mediante Resolución No. 0238 de 3 de junio de 2004, que incluyó únicamente como factor salarial la asignación básica mensual, lo cual creó una situación totalmente desfavorable para el derecho pensional de la actora.

Así las cosas, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado y 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. 0238 de 3 de junio de 2008 (asignación básica mensual) y los nuevos factores: Prima de Vacaciones y Prima de Navidad y demás prestaciones, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, a partir del 3 de junio de 2004. Igualmente arguye el despacho que dentro de los antecedentes administrativos aportados estos se encuentran incompletos y en desorden.

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 lugar¹⁴.

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:

¹³ Ver folio 16. El Despacho le da valor probatorio.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

ÍNDICE FINAL
R= RH X -----
INDICE INICIAL

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° 0238 de 3 de junio de 2004, y la demanda fue presentada el 16 de noviembre de 2012. En consecuencia, al demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de noviembre de 2009.

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.

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

Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el Art. 195 del C.P.A.C.A¹⁵.

3. DECISIÓN.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P: Tarsicio Cáceres Toro. Providencia del 2 de febrero de 2006. actor: Nieves Luna de Mosquera. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo 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 acto administrativo contenido en la **Resolución No.0238 de Junio 3 de 2004**, proferida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados por la actora, durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, **se ordena** la entidad demandada que realice una nueva liquidación a partir del 16 de noviembre de 2009 de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a la señora **Genoveva Esther Zúñiga Anaya**, 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: CONDENASE, a la entidad demandada a reconocer y pagar a la señora **Genoveva Esther Zúñiga Anaya**, previa comparación con las mesadas pagadas, en valor no pagado en las diferentes épocas, según lo dicho en la parte motiva.

CUARTO: DECLARASE de oficio probada la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 16 de noviembre de 2009.

QUINTO: DECLARASE la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Sucre, por cuanto, dicho ente territorial no ostenta la calidad de parte dentro del presente asunto.

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

SÉPTIMO: Dichas sumas 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.

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

NOVENO: Por secretaría, désele cumplimiento a los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

DECIMO: 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 y para su cumplimiento, expídase copia con destino a la partes, con las precisiones del artículo 115 del C.P.C.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA LEONOR MEDELLIN DE PRIETO
Jueza