



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°:	70-001-33-31-003-2015-00052-00
Demandante:	Jairo José Álvarez Hernández.
Demandado:	Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Tema.	Reliquidación de pensión docente Nacionalizado-aplicación de la Ley 33 de 1985- Factores salariales aplicables a la pensión de Jubilación.

SENTENCIA: N° 19

1. ANTECEDENTES:

1.1. DEMANDA

1.1.1. PRETENSIONES.

PRIMERA: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 0222 de 18 de mayo de 2005, emanada de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, que en nombre de la Nación - Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Expido el Acto precitado.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio, reliquidar la pensión de jubilación reconocida a mi poderdante, teniendo en cuenta todos los factores salariales que por ley tiene derecho, tales como: Prima de Navidad, Prima Vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras y los demás conceptos dejados de cancelar durante el año inmediatamente anterior a la causación de su derecho.

TERCERA: Que se ordene dar cumplimiento a la Sentencia proferida en este proceso, dentro de los términos previstos en el Inciso 2do y 3ro del artículo 192 del CPACA.

CUARTA: Que la condena impuesta sea indexada, ajustando su valor al índice de precios al consumidor (IPC), Art. 187 del nuevo del CPACA.

QUINTA: Que se omita la etapa procesal del período probatorio, por tratarse de un asunto de pleno derecho.

SEXTO: Que la sentencia que se profiera en la presente demanda ordene el pago de agencias en derecho, gastos y costas procesales a los demandados, si estas llegaren a causarse.

1.2. HECHOS

Sucintamente se describen así:

Que el demandante, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución N° 0222 de 18 de mayo de 2005, emanada de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, debidamente delegada por las entidades Nación - Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin incluir los demás factores salariales que devengó durante el año anterior al cumplimiento de su status pensional.

Indica que, se debe liquidar la pensión a partir del día siguiente de la causación de su derecho, incluyendo todos los factores salariales devengados, deben ser incluidos en un monto de setecientos treinta nueve mil setecientos cuarenta pesos.

Manifiesta que, para los asuntos de reliquidación pensional por la inclusión de factores salariales, no es procedente agotar la vía gubernativa, así como tampoco debía agotarse el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría Delegada ante los Jueces Administrativos del Circuito, en virtud de la postura del Consejo de Estado.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

NORMAS VIOLADAS

La parte demandante estima como violadas las siguientes normas:

Constitucionales: Arts. 29, 48 y 53.

Legales: Art. 15 de la Ley 91 de 1989, Art. 9º de la Ley 71 de 1988 y Arts. 2º Lit. A, Art. 4º de la Ley 4ª de 1992

1.3.1. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El concepto de violación del apoderado de la parte demandante se puede sintetizar en los siguientes términos:

Aduce que, teniendo en cuenta la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados que fueron vinculados, con posterioridad al 1º de enero de 1990, mantendrían el régimen prestacional al que venían gozando en cada entidad territorial.

Agrega que, los docentes nacionales que se vincularon después del 01 de enero de 1990, las prestaciones económicas y sociales, se regirán por normas vigentes y aplicables a los empleados públicos de orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 y 1045 de 1978.

Así, estando vinculado al servicio desde mayo 25 de 1972, la norma que rige para su régimen pensional es el que se encuentra en la Ley 33 de 1985 y la cual indica que las prestaciones sociales de los empleados oficiales serán liquidadas sobre los mismos factores que sirvieron de base para calcular los aportes, determinando que este haya prestado servicio por 20 años continuos o discontinuos o llegue a la edad de 55 años, teniendo derecho que se le pague una pensión mensual equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año anterior.

Alega que, conforme a la Ley 71 de 1988, a las personas que se le hayan reconocido pensión de jubilación, tienen el derecho de presentar solicitudes de reliquidación pensional, tomando como base el promedio del último año de servicio, sobre los cuales haya portado al ente de previsión social.

1.4. TRÁMITE PROCESAL

- Presentación de la demanda en oficina judicial el 07 de abril de 2015, repartida a este despacho el mismo día¹.
- La demanda fue Admitida, mediante auto del 16 de abril de 2015², comunicada por correo electrónico el 20 de abril del 2015 el estado electrónico N° 034.
- Notificación de la demanda a las partes el día 03 de junio de 2015³.
- La demanda fue contestada por la entidad demandada por fuera del término⁴.
- Mediante auto del 28 de octubre de 2015 se señaló fecha para la celebración de la audiencia inicial⁵.

¹ Fl. 6.

² Fls. 17 - 22.

³ Fls. 25 - 31.

⁴ Fls. 42 - 60.

- El 20 de abril de 2016 se celebró Audiencia Inicial y se presentaron alegatos de conclusión⁶.

1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: contesto extemporánea la demanda, por tanto no se tendrán en cuenta sus argumentos.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

1.6.1 LA PARTE DEMANDADA:

Alega que los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta a partir del 23 de diciembre de 2003, son asignación básica y sobresueldos, reglamentándose estas por la ley 91 de 1989, de tal manera que no existe la manera de hacer los reajuste solicitados por la parte actora, igualmente alega que acceder a la petición conlleva a accederse a las atribuciones otorgada por ley, por ultimo dice que , en un eventual caso que le sea concedida las pretensiones de la demanda sea aplicada la prescripción trianal en cuanto a las mesadas pensionales.

1.6.2 MINISTERIO PÚBLICO:

La agente del Ministerio Público realizó un resumen de los antecedentes de la demanda, al igual que de la contestación de la misma, llevó a cabo un análisis probatorio; y en sus consideraciones dentro del caso concreto argumentó:

La ley 33 de 1985, será la regente para el actor, toda vez que esta inicio su labor como docente el 22 de mayo de 1972, es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afirma que se reconoció su pensión de jubilación a través de la resolución 0222 de 18 de mayo de 2005, pero no se le reconocieron las factores salariales devengado en el último año del servicio, además expresa que se debe declarar la nulidad parcial del de dicha resolución como también de las excepciones expuesta por el demandado.

Por las razones expuestas la Procuraduría Delegada es del criterio que se debe acceder a las pretensiones del actor ya que se encuentra el sustento jurídico y respaldo probatorio, razón por la cual deben de prosperar y despacharse favorablemente.

⁵ Fl. 71.

⁶ Fls. 92 - 93 y C.D. 102.

⁷ Folio 117 del expediente

2.2. COMPETENCIA:

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

2.3. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad parcial de la resolución No. 0222 de fecha 18 de mayo de 2005, expedida por el (la) REPRESENTANTE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al accionante a partir del 7 de enero de 2005.

2.4 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar ¿si el demandante le asiste el derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante resolución N° 0222 del 18 de mayo de 2005, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la causación del derecho?

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

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

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

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

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

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si bien es cierto que el Acto Legislativo 01 de 2005, disposición que elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos grupos pensionales del **artículo 81 de la ley 812 de 2003**, estableció que los regímenes especiales o exceptuados expirarían el 31 de julio de 2010¹³, también lo es que este límite temporal de fenecimiento, de acuerdo con los antecedentes que le dieron origen, no es aplicable a los docentes del servicio oficial. Así lo concluyó, recientemente, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

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

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

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

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

.....

En criterio de la Sala, las dificultades surgen de estar consagrado en una norma denominada 'transitoria' y de su redacción en cuanto no se hizo explícita su continuidad más allá del 31 de julio de 2010, pues tal continuidad se consagra

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

mediante la remisión al artículo 81 de la ley 812 de 2003 por el cual se había reformado el régimen establecido desde la ley 91 de 1989.

.....

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

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

2.6. FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La ley 71 de 1988 que prevé:

“Artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social”.

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

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

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

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

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

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

*“Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la **Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios**. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista 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.”¹⁵

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

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

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su 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”.

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

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

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

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó¹⁷:

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

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

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

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

3 CASO CONCRETO:

Se encuentra debidamente probado que el señor **JAIRO JOSÉ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ**, nació el 6 de enero de 1950¹⁸, que para efectos del reconocimiento de pensión de jubilación, prestó sus servicios como docente nacionalizado, desde el 22 de mayo de 1972 hasta el 10 de febrero de 2015¹⁹, para un total de 42 años, 8 meses y 15 días, razones por las

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

¹⁸ Folio 12 del expediente.

¹⁹ Folio 7 – 8 del expediente.

cuales el accionante goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como fue argumentado en la resolución Nro. 0222 del 18 de mayo de 2005, la cual le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Así mismo, es cierto que le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en calidad de docente nacionalizado, a partir del 7 de enero de 2005²⁰, y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta en un equivalente del 75% de la asignación básica mensual devengado durante el último año de servicio; es decir, sin tener en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales, como se puede observar en el certificado de salarios del accionante²¹, esto es PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE GRADO, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD.

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

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

De esta forma, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es visible que el acto administrativo demandado transgrede las normas pretendidas por el señor **JAIRO JOSÉ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ.**

²⁰ Folios 8 -9 del expediente.

²¹ Folio 11 del expediente.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA GRADO, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado.

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 lugar²².

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:

$$\begin{array}{c} \text{ÍNDICE FINAL} \\ R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \end{array}$$

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

5 . DE LAS 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).

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

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° 0222 del 18 de mayo de 2005, y la demanda fue presentada el **7 de abril de 2015**. En consecuencia, al demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **7 de abril de 2012**.

6. CONCLUSIÓN

Se procederá a declarar la nulidad parcial **de la Resolución N° 0222 del 18 de mayo de 2005**, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación definitiva.

Al encontrarse cobijado en el Régimen de Transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, se da la aplicación de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado²³, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esta misma Corporación²⁴, consistente en que se deberá incluir todo los factores salariales devengado durante el último año de servicios, teniendo entonces derecho el actor a que se incluyan en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular. Observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación de servicios.

Como consecuencia, se ordenará a la entidad accionada a que proceda a efectuar el reajuste de la pensión de jubilación otorgada al actor mediante la Resolución arriba citada por un monto equivalente en el BLP, de los factores salariales devengado por la interesada en el año que adquirió el estatus de pensionada (2004 - 2005), **incluyendo** todos los factores salariales devengados y acreditados por la parte demandante tales como **la prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional y prima de navidad**²⁵, previa deducción de los descuentos por aportes dejados de efectuarse.

No se reconoció, lo solicitado como sobresueldos, toda vez que del formato Único de Expedición de Certificación de Salarios, no aparece como reconocida.

De igual manera y de oficio, se decretará la prescripción trienal de las anteriores al 07 de abril de 2012 para hallar las que se cancelarán con base a esta orden judicial se debe

²³ Sección Segunda. Sentencia del 10 de agosto de 2010 MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y Subsección A, Sentencia del 17 de agosto de 2011 M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁴ consejo de estado. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 16 de febrero de 2012. C.P. Dr. William Zambrano Cetina y sección segunda C.P Víctor Alvarado Ardila.

²⁵ Fls. 8 - 9 y 11. comparación entre el acto de reconocimiento de la pensión y el certificado de factores salariales.

contabilizar y aplicar a las anteriores al 07 de abril de 2012, pagando sólo como se reitera las posteriores a esta fecha.

7. DECISIÓN.

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,

F A L L A:

PRIMERO: Declarase la nulidad parcial de la Resolución N° 0222 del 18 de mayo de 2005, proferido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre en nombre y representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, donde no se realizó la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al Status Pensional del Sr. JAIRO JOSÉ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ para hallar su BLP, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO debe reajustar la Base de Liquidación Pensional de la Resolución N° 0022 del 18 de mayo de 2005 del Señor JAIRO JOSÉ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y acreditados por la parte demandante, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse según la certificación de salarios relacionados en la considerativa de esta providencia y niéguese la solicitud de pago de sobresueldos y horas extras, prima semestral, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: DECLÁRESE la PRESCRIPCIÓN de la reliquidación de las mesadas pensionales anteriores al **7 de Abril de 2012**, por lo argumentado previamente

CUARTO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación del actor, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del Arts. 365 y 366 del CGP, y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ