



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- 2015-0060-00
Demandante:	Gladys Judith Sanjuán Pacheco.
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: 14

OBJETO DE LA DECISIÓN:

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

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: **GLADIS JUDITH SANJUÁN PACHECO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.172.658, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

¹ Folio 19.del Expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 0151 del 25 de Agosto de 2006, emanada del Secretario de Educación del Departamento de Sucre, que en nombre de la Nación, Ministerio de Educación y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió el acto precitado.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Nación, Ministerio de Educación y el fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague a la parte accionante la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año al status de pensionado.

TERCERO: implicar por inconstitucional el decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003, artículo 3, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2, literal b.

CUARTO: Que sobre las mesadas resultante, se haga los reajuste pensionales de ley, conforme a la ley 71 de 1998.

QUINTO: Condenar igualmente a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar los interés de mora, sobre las sumas adeudadas conforme a lo dispone el artículo 195 de CCA.

SEXTO: Condenar igualmente a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional de Municipio de Sincelejo, a que dé estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 195 de CCA (LEY 1437 DE 2011).

SÉPTIMO: Se condene en costa a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de CCA.

1.1.3. HECHOS.

Indica que, la señora GLADYS JUDITH SANJUÁN PACHECO, prestó sus servicios como docente nacionalizado durante más de 20 años y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución N° 0151 del 25 de agosto de 2006, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación por una valor de \$1.408.913.

Señala que, la pensión es pagada por intermedio de la Fiduprevisora S.A, que es la encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Menciona que, para la liquidación de la pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociéndoles los demás factores salariales devengados en el último año de servicios, tales como: prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral y prima de alimentación.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Legales y constitucionales: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228, 336 de la Constitución Política de Colombia; ley 812 de 2003; Ley 91 de 1989; decretos 2277 de 1979, 2277 de 1979, ley 115 de 1994; ley 33 de 1985; Ley 4ta de 1976; ley 6 de 1945; decreto 1743 de 1966, art 5; decreto 1045 de 1978 , art 45; ley 91 de 1989 , art 15.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Argumenta que, con la expedición del acto acusado se violan parcialmente disposiciones de orden legal y de rango constitucional en la siguiente medida.

El Artículo 1 de la Constitución Nacional, indica que el Estado está organizado como un estado social de derecho y obliga a todas las autoridades que todas sus actuaciones sean dentro de los parámetros legales, por tanto al negar la inclusión de factores salariales en el reconocimiento de la una pensión de jubilación, vulnera los principios fundamentales, generando de esta forma un detrimento a la seguridad jurídica de los educadores.

El Artículo 2 de la carta magna, le fue desconocido por parte de la entidad demandada, toda vez que uno de los fines esenciales del estado es garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la constitución y uno de ellos es la seguridad social.

Argumenta que, el derecho a incluirle todos los factores salariales en la pensión de jubilación está consagrado en las normas legales y que debió haber sido protegido por el Ministerio de Educación Nacional, tal como lo ordena el artículo 2 de la Constitución Nacional.

Indica que los artículos 46 y 48 de la Carta Nacional, son claros en la definición, las garantías, la protección, dirección y control de la seguridad social, como derechos irrenunciable y una obligación de estado.

Señala que, al aplicar el decreto 3752 de 2003, en la Resolución que le reconoció la pensión de jubilación a la accionante, desconoció la ley 4 de 1992, artículo 2 literal a) y los mandatos de la Constitución Política de Colombia contemplado en artículo 53, por cuanto desmejoró la situación laboral y prestacional del demandante, menoscabado el derecho de los docente

al determinar que el ingreso base de cotización y liquidación de la pensión de jubilación, es que se cause con posterioridad a la ley 812 de 2003 o plan nacional de desarrollo y desconociendo el ingreso base de cotización y liquidación de su pensión de jubilación hecho con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003.

Así mismo se desconoció lo estipulado en la ley 812 de 2003, por cuanto en su artículo 81, determinó que el régimen prestacional de los docentes nacionalizado como es la demandante “es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad” a la entrada en vigencia del plan nacional de desarrollo, por lo cual tanto el decreto 3752 de 2003 como la resolución demandada contrariaron el espíritu de la norma, al desconocer el régimen prestacional de los docentes consagrado en normas anteriores.

Agrega que los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre 1989, para efecto de prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Por último, añade que se le vulneró su derecho a la seguridad jurídica, al expedir la resolución en cuestión, toda vez que la ley 91 de 1989, dispuso que cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá una pensión de jubilación, aplicando el régimen vigente en el 1989, para los pensionados del sector público nacional, la cual no se hizo, a pesar de haber cumplido los requisitos señalado en dicha norma, no se le liquidó su pensión teniendo en cuenta el salario promedio del último año en servicio, sino únicamente con la asignación básica mensual.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 16 de abril de 2015 fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 28 de abril de 2015³.
- El auto admisorio fue notificada a las partes a través de correo electrónico número 040 de fecha 29 de abril de 2015.⁴
- La demanda se notificó personalmente a todas las partes el día 3 de junio de 2015.
- La entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó extemporánea la demanda el día 26 de octubre de 2015.
- A través de auto de fecha 28 de octubre de 2015, se fijó fecha a audiencia inicial⁵ para el día 21 de abril de 2016.

² Folio 47 del expediente.

³ Folio 49 del expediente.

⁴ Folios 50 del expediente.

⁵ Folio 78 del expediente.

1.3. 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.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA:

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

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad parcial de la resolución No. 0151 de fecha 25 de agosto de 2006, 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 18 de abril de 2006.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si al 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:

¿ Si a la demandante le asiste el derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante resolución N° 0151 del 25 de agosto de 2006, teniendo en cuenta todos los factores salariales a los que por ley tiene derecho, devengados durante el año anterior al estatus de pensionada?

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.

2.4. QUIEN TIENE A CARGO LAS PRESTACIONES SOCIALES DE LOS DOCENTES.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3⁶, 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.

En complemento y desarrollo de la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994⁷, 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 56⁸, que el representante del fondo para

⁶ “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.”

⁷ “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.”

⁸ “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.”

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, es 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, se 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.

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.”⁹

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.

⁹ 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.

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.

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 1993”¹⁰ 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...”¹¹.*

- *La ley 812 de 2003 aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹². 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 137¹³.

- *La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”¹⁴, 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:

¹⁰ 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.

¹¹ Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

¹² Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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

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

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

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

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

*"**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 2010¹⁵, 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*

¹⁵ "**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).

vinculados o que se vinculen a partir del 27 de junio de 2003, quedan sujetos el régimen pensional del sistema general.

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

.....

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

.....

Atendiendo los antecedentes del párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial”¹⁶ (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.”

Toda vez que la discusión dentro del caso sub-examine no radica en el régimen pensional aplicable, sino en los factores salariales a tener en cuenta, es por lo cual este estrado no entrara a realizar un análisis mayor al respecto, por cuanto incluso dentro de la resolución que reconoció la pensión de jubilación se indica con claridad, que el actor cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, y que en virtud de esta le fue reconocida la misma. Por lo anterior, se proseguirá el tema que se encuentra en discusión, así:

2.6. FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

En lo que hace a este ítem, el artículo 1 de 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”.

¹⁶ Concepto de 10 de septiembre de 2009, radicado 1857 Aclaración, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

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 si 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 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. (Negrillas fuera del texto)*

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

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre

las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.”¹⁷

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, se concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario. Expuso la Subsección¹⁸:

“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.

¹⁷ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No.

¹⁸ 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.

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, precisó¹⁹:

“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.

¹⁹ 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.

3. CASO CONCRETO:

Se encuentra debidamente probado que la señora GLADYS JUDYS SANJUÁN PACHECO, nació el 17 de Abril de 1951, que para efectos del reconocimiento de pensión de jubilación, prestó sus servicios como docente nacionalizado, desde el 5 de marzo de 1975 hasta el 30 de Julio de 2003, para un total de 30 años, 12 meses y 45 días, razones por las cuales la accionante goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como fue argumentado en la resolución Nro. 0151 del 25 de agosto de 2006, 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 18 de Abril de 2006²⁰, 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 de la accionante²¹, esto es PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE SEMESTRAL, 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, 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.

²⁰ Folios 21 del expediente.

²¹ Folio 22 del expediente.

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 la señora Gladys Judith Sanjuán Pacheco.

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 a la señora GLADYS JUDITH SANJUÁN PACHECO, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, es decir un año antes del 17 de abril de 2006.

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

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:

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

4.1. 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

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

Resolución N° 0151 del 25 de agosto de 2006, y la demanda fue presentada el **16 de abril 2015**. En consecuencia, al demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **16 de abril de 2012**.

5. CONCLUSIÓN:

El interrogante inicial es positivo, puesto que la señora GLADYS JUDITH SANJUÁN PACHECO, al momento de reconocer su pensión vitalicia de jubilación, se debió reliquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio, como así no sucedió, se tendrá que decretar la nulidad parcial de la resolución N° 0151 DE 2006

6. CONDENA EN COSTAS:

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

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

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,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la PRESCRIPCIÓN de la reliquidación de las mesadas pensionales anteriores al **3 de abril de 2012**, por lo argumentado previamente.

SEGUNDO: DECLÁRASE LA NULIDAD PARCIAL de acto administrativo contenido en la **Resolución No. 0151 del 25 de agosto de 2006**, proferida por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados por la señora GLADYS JUDITH SANJUÁN PACHECO, durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **ORDENA** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a la señora GLADYS JUDITH SANJUÁN PACHECO, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo la

ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD.

CUARTO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación de la demandante, 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 artículo 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 artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: 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