



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

Cartagena de Indias D. T y C, veintitrés (23) de Junio de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00043-00
Demandante	EMELBA MALANBO GOMEZ
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.
Tema	Reliquidación de Pensión – Régimen de Transición – Ley 33 de 1985.
Sentencia No	0093

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **EMELBA MALANBO GOMEZ**, a través de apoderada judicial, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**.

2. ANTECEDENTES

Por medio de escrito, el actor a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

- PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 5373 de 25 de Julio de 2013, por medio de la cual se le reconoció a la demandante la pensión vitalicia de jubilación, en lo atinente a la cuantía de la mesada pensional en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio.
2. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2015EE3617 del 19 de Octubre de 2015, a través del cual se negó la solicitud de ajuste de la resolución No. 5373 de 25 de Julio de 2013.
3. Que se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO DE CARTAGENA a reconocer una pensión ordinaria de jubilación a partir del 18 de Abril de 2012, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que el demandante adquirió el status jurídico de pensionado.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

4. Que se condene al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO DE CARTAGENA, a realizar el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del del daño.

5. Que los valores reconocidos en la sentencia sean debidamente actualizado e indexados.

6. Que sobre los valores reconocidos se paguen intereses de mora conforme el artículo 192 del CPACA.

7. Se condene al pago de costas a la demandada.

- HECHOS

Como fundamento factico de su demanda, la parte accionante, en síntesis, expuso los siguientes:

1-Manifestó, que la demandante laboró más de 20 años como docente al servicio del Estado y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por parte de la entidad demandada.

2-Señaló, que en la resolución No. 5373 del 25 de Julio de 2013, al reconocer y liquidar la pensión de jubilación de la demandante, solo se incluyó la asignación básica, sobre sueldo, prima de vacaciones y horas extras, y se omitió tener en cuenta la prima de navidad y demás factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

3-Agregó, que en razón de lo anterior, el día 15 de Abril de 2015, se solicitó a la entidad demandada realizar la reliquidación de dicha pensión de jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados por la demandante durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada, y que en respuesta a dicha solicitud, la entidad demandada mediante oficio 2015EE3617 del 19 de Octubre de 2015, negó la misma.

4-Por ultimo señaló, que la entidad llamada a restablecer el derecho de la demandante, es la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y/o DISTRITO DE CARTAGENA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL.

NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como normas violadas la parte demandante citó los artículos 15 de la Ley 91 de 1989, 1º de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978.

Y como concepto de la violación de dichas normas, expresó, en síntesis, que el acto administrativo demandado no se ajusta a derecho, ya que en este se desconoce por completo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remite al Decreto 1045

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

de 1978, conforme al cual se deben tener en cuenta al momento de liquidar tanto las cesantías como las pensiones de los empleados públicos, los factores salariales anunciados por dicho compendio normativo.

Con base en lo anterior, solicita que se decrete la nulidad parcial del acto administrativo demandado.

- CONTESTACIÓN

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, indicó, que, los actos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y la parte demandante no acreditó siquiera sumariamente que éstos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Como excepciones de mérito presentó las de "NO AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "PRESCRIPCIÓN" y "COMPENSACIÓN".

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

DISTRITO DE CARTAGENA, en concreto, señaló que no es el sujeto llamado a responder por las pretensiones del demandante, ya que no tiene pendiente por cancelar ningún tipo de acreencia laboral a la demandante, toda vez que su pensión corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 1º de Marzo del año 2016, posteriormente mediante auto de fecha 14 del mismo mes y año se admite y fue notificada a la parte demandante por estado electrónico No. 039.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 04 de Mayo de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Primeramente, en auto de fecha 22 de Agosto de 2016, se fijó como fecha para llevarse a cabo la audiencia inicial el día 2 de Noviembre de 2016; en el curso de la misma, al constatarse que se admitió la demanda contra la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, siendo que la misma iba dirigida contra la Secretaria de Educación de Cartagena, se ordenó vincular como demandada a la Secretario de Educación de Cartagena y se excluyó a la Secretaria de Educación de Bolívar, luego de lo cual mediante auto de fecha 21 de Marzo de 2017, se cita a las partes para continuar con la audiencia inicial el día 11 de Mayo de 2017, pero como en esta fecha no se pudo realizar en razón a que le fue concedida comisión al titular del Despacho para estudios, mediante auto de 09 de Mayo de 2017, se fija el día 20 de Junio para continuar con la



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

misma, en donde luego de practicar unas pruebas, se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de los alegatos finales.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Con base en los mismos argumentos presentados en la demanda, solicita que se concedan las pretensiones. (Audio)

DEMANDADO:

FOMAG: Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y por lo tanto, pide que se nieguen las pretensiones de la demanda. (Audio)

DISTRITO DE CARTAGENA: Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y por lo tanto, pide que se nieguen las pretensiones de la demanda. (Audio)

MINISTERIO PÚBLICO: Pide que se concedan las pretensiones de la demanda.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

CUESTIONES PREVIAS

Se presentaron las excepciones previas de: "NO AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "PRESCRIPCIÓN" y "COMPENSACIÓN", pero como quiera que las excepciones presentadas se centran en el debate jurídico de la presente demanda, se resolverá al momento de decidir de fondo las pretensiones deprecadas.

- PROBLEMA JURIDICO

Determinar si tiene derecho la demandante a que se le re liquide la pensión de vejez, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a que se le causó el derecho a la pensión, esto es, salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales.

- TESIS



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

La demandante, para el 23 de diciembre de 1993, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad. En tal virtud, se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición consagrado en dicha norma, es decir, se le aplica el régimen anterior en el cual se encontraba inmerso. Entonces, para el caso concreto, debe establecerse la norma anterior que regulaba su situación pensional:

Antes de la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones era el previsto en la Ley 33 de 1985.

No obstante lo anterior, es pertinente precisar, que a la demandante, le resultan aplicables no solo los factores salariales que enlistan las leyes 33 y 62 de 1985 para conformar la base de liquidación de su pensión, sino todos los factores salariales devengados durante el año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, acorde con la directriz trazada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, dentro del proceso radicado bajo el No 25000-23-25-2006-07509-01 (0112-09), zanjando la discusión presentada de tiempo atrás en lo tocante con los factores a tener en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación de las pensiones ordinarias:

En suma, la pensión de la señora EMELDA MALAMBO GOMEZ, debe ser liquidada con base en todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que recibió de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional, de tal suerte que además del salario básico, sobre sueldo, prima de vacaciones y horas extras, debe incluir, la prima de navidad, y todos estos, por valores iguales a como los recibió en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional.

Así las cosas, encuentra el Despacho que existen los fundamentos para acceder a la petición de reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados en el año de servicios anterior a la consolidación del status pensional.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

2.- RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS DOCENTES

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes, en síntesis, son:

2.1.- La Ley 6ª de 1945, aplicable a los empleados oficiales y particulares, tanto del orden nacional como territorial, en materia de prestaciones sociales 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 las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”

2.2.- La Ley 4 de 1966 incorporó el monto pensional del 75% en el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945:

“A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

2.3.- El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 27 varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

“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 servicios”.

2.4.- El Decreto 1848 de 1969 que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, en cuanto al derecho a la pensión y la cuantía de la misma, dispuso:

“Artículo 68°.- *Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.*

Artículo 73°.- *Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.”*

2.5.- El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”-aplicable a los docentes que se hallan en la circunstancia prevista en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir, en el régimen de transición que allí se consagró-, dispuso que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, eran los siguientes:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968. (Modifica Ley 62/85 Para reconocimiento de pensiones)

2.6.- La Ley 33 de enero 29 de 1985 en su artículo 25 derogó los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968; y en su artículo 1º dispuso:

“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.

(...)

Parágrafo 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.

Parágrafo 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.” (Lo resaltado fuera de texto)

Al entrar en vigencia la Ley 33 de 1985 - el 13 de febrero de 1985, quienes fueran beneficiarios de esta norma, se les debía liquidar la pensión de jubilación, con base en los siguientes factores:



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

“Artículo 3o. 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 inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y 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 liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

2.7.- Así mismo, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación:

“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, ascensorial 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.
(...)”*

Significa lo anterior que la Ley 33 de 1985 prevé las siguientes excepciones a la aplicación de sus normas: 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 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.

2.8.- La Ley 71 del 19 de diciembre de 1988 “Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 7° dispuso:

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.”

2.9.- La ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de prestaciones Sociales de Magisterio, dispone que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen prestacional del que venían gozando:

Artículo 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, 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.

2. Pensiones:

(...)

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° 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.”

2.10.- El régimen docente, dio el primer paso hacia la reforma pensional, a través del artículo 16 de la Ley 797 de 2003, mediante el cual se consagró, que el régimen del Magisterio sería definido por la Ley. Como consecuencia de este artículo se profirió la Ley 812 de 2003 el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006 “Hacia un Estado Comunitario”.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

La Ley 812 de 2003 dispone que los docentes oficiales nacionalizados y territoriales, vinculados con anterioridad al 26 de Junio de 2003, se seguirán rigiendo por la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

“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.
(...)”*

Con el fin de reforzar las medidas adoptadas por la ley 797 de 2003, se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política a través del Acto Legislativo N° 01 de 2005.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

En presente caso, en cuanto a la pensión de jubilación de la señora EMELDA MALAMBO GOMEZ, se encuentra acreditado lo siguiente:

-Laboró al servicio del Estado, como docente durante los periodos comprendidos entre 25 de junio de 1975 al 04 de Agosto de 1977 y del 27 de Junio de 1994 al 17 de Mayo de 2012, según consta en la resolución No. 533 del 25 de julio de 2013 por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora EMELDA MALAO GOMEZ, la cual especifica que hasta la última fecha se desempeña como docente en la Instituto Educativa Fe y Alegría las Gaviotas” –folio 19.

-Adquirió el status de jubilado el 17 de Abril de 2012, fecha en que se encontraba afiliada el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -folio 19.

-Como nació el 05 de Mayo de 1950, para la fecha en que hizo la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación – 17 de Agosto de 2012-, tenía más de 55 años de edad – folios 19.

-Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales, por medio de la resolución No. 533 del 25 de julio de 2013, se le reconoció una pensión vitalicia de jubilación como docente nacional, efectiva a partir del 18 de Abril de 2006; prestación que, según la motivación expuesta en dicho acto, se liquidó conforme a lo establecido en las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 812 de 2003, y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 3752 de 2003; y teniendo como factores salariales la asignación básica mensual, sobre sueldo, prima de vacaciones y horas extras–folio 19.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

-Según certificado salarial expedido por la Secretaría de Educación de Cartagena, durante el año anterior a la consolidación del status, entre el 17 de Abril de 2011 al 17 de Aril de 2012, devengó, además de asignación básica mensual (sueldo), sobre sueldo, prima de vacaciones y horas extras; la prima de navidad; y en los motos que se consignaron en dicha certificación – ver folio 23.

-La demandante, para el 23 de diciembre de 1993, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad. En tal virtud, se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición consagrado en dicha norma, es decir, se le aplica el régimen anterior en el cual se encontraba inmerso. Entonces, para el caso concreto, debe establecerse la norma anterior que regulaba su situación pensional:

Antes de la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones era el previsto en la Ley 33 de 1985.

No obstante lo anterior, es pertinente precisar, que a la demandante, le resultan aplicables no solo los factores salariales que enlistan las leyes 33 y 62 de 1985 para conformar la base de liquidación de su pensión, sino todos los factores salariales devengados durante el año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, acorde con la directriz trazada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, dentro del proceso radicado bajo el No 25000-23-25-2006-07509-01 (0112-09), zanjando la discusión presentada de tiempo atrás en lo tocante con los factores a tener en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación de las pensiones ordinarias:

“...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. (subraya la Sala)

Así las cosas, 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.”

En suma, la pensión de la señora EMLEDA MALAMBO GOMEZ, debe ser liquidada con base en todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que recibió de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional, de tal suerte que además del salario básico, sobre sueldo, prima de vacaciones y horas extras, debe incluir, la prima



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

de navidad, y todos estos, por valores iguales a como los recibió en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional.

Así las cosas, encuentra el Despacho que existen los fundamentos para acceder a la petición de reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados en el año de servicios anterior a la consolidación del status pensional.

Por tal virtud, este Despacho declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 5373 de 25 de Julio de 2013, por medio de la cual se le reconoció a la demandante la pensión vitalicia de jubilación; y declarará la nulidad total del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2015EE3617 del 19 de Octubre de 2015, a través del cual se negó la solicitud de ajuste de la resolución No. 5373 de 25 de Julio de 2013.

A título de restablecimiento del derecho, se le ordenará al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reliquide la pensión de vejez de la señora EMELDA DEL CARMEN MALAMBO GOMEZ, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales por ella devengados en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional, de tal suerte que además del salario básico, sobre sueldo, prima de vacaciones y horas extras, debe incluir, la prima de navidad, y todos estos, por sumas iguales a como los recibió en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional, en los términos de la Ley 33 de 1985. Si frente a alguna de estas sumas no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía efectuar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, y los girará a las entidades destinatarias si hay lugar a ello.

Se condenará al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a la señora EMELDA DEL CARMEN MALAMBO GOMEZ, las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de jubilación, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A.

Teniendo en cuenta que la obligación de reconocer y pagar la pensión de jubilación de la señora EMELDA DEL CARMEN MALAMBO GOMEZ, radica en cabeza del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y no del DISTRITO DE CARTAGENA, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Distrito de Cartagena.

Respecto a la prescripción de las mesadas pensionales, es preciso aclarar que al demandante se le reconoció la pensión de vejez a partir del 18 de Abril de 2012, es decir, su derecho a la reliquidación se hizo exigible a partir de esta fecha, y como quiera que la parte actora elevó derecho de petición ante la entidad demandada el día 15 de Abril de 2015 (Ver folio 17-18), solicitando la reliquidación de su pensión de vejez, momento en el que operó el fenómeno de la interrupción natural de la prescripción de las mesadas pensionales originadas a partir del 18 de Abril de 2012 y siguientes, no ha operado la prescripción de las mismas, y por lo tanto, procede el pago de las diferencias que resulten a partir del 18 de Abril de 2012, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

COSTAS



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

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 de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 5373 de 25 de Julio de 2013, por medio de la cual se le reconoció a la demandante la pensión vitalicia de jubilación, de conformidad con las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad total del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2015EE3617 del 19 de Octubre de 2015, a través del cual se negó la solicitud de ajuste de la resolución No. 5373 de 25 de Julio de 2013., de conformidad con las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reliquide la pensión de vejez de la señora EMELDA DEL CARMEN MALAMBO GOMEZ, en suma equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales por ella devengados en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional, de tal suerte que además del salario básico, sobre sueldo, prima de vacaciones y horas extras, debe incluir, la prima de navidad, y todos estos, por sumas iguales a como los recibió en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional, en los términos de la Ley 33 de 1985. Si frente a



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00043-00

alguna de estas sumas no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad realizará los descuentos que por ley le correspondía efectuar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, y los girará a las entidades destinatarias si hay lugar a ello.

CUARTO: CONDENASE al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a la señora EMELDA DEL CARMEN MALAMBO GOMEZ las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por pensión de jubilación, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Distrito de Cartagena.

SEXTO: Declárese no probada la excepción de prescripción de conformidad con lo esbozado en la parte resolutive de la sentencia.

SEPTIMO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO- Sin costas.

NOVENO- Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BEDER CAMILO CHOPERENA GARCIA
Juez (E)