



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

SENTENCIA No. 072 / 16

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO EL DERECHO
RADICACION	13-001-33-33-012-2015-00181-00
DEMANDANTE	IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ
DEMANDADO	NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
ASUNTO	RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION POR INCLUSION DE NUEVOS FACTORES SALARIALES

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por el señor IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ contra la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1- LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que se declare la nulidad parcial de la resolución No. 074 del 6 de septiembre del 2.005, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Distrital de Cartagena por la cual se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación a IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ, con cedula de ciudadanía No 9.071.963

Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se declare que la Nación - Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengo durante el año anterior al status de pensionado.

Que se inaplique por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y I Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b y que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de ley, conforma a la Ley 71 de 1988.

Que se condene igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A. y a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone al artículo 195 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

Por ultimo pretende que se condene en costas a la Demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011)



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

2

1.2 HECHOS

Los hechos narrados en el escrito de demanda pueden resumirse de la siguiente manera:

Que el señor IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ, con cedula de ciudadanía No.9.071.963, nació el 2 de abril de 1950 y que por sus servicios prestados como Docente Nacionalizado durante más de veinte (20) años, y que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional del Distrito de Cartagena, le reconoció pensión vitalicia de jubilación.

Que mediante Resolución N° 074 del 6 de septiembre del 2.005, se reconoció al demandante la pensión de jubilación efectiva a partir del 3 de abril de 2.005, en cuantía de \$1.152.268,00, la cual es pagada por intermedio de Fiduprevisora S.A., entidad fiduciaria encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforma al contrato de fiducia suscrito el 21 de junio de 1990 con el Ministerio de Educación Nacional.

Que para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente tuvo en cuenta, la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales como son, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de alimentación.

Que la Resolución No 074 del 6 de septiembre del 2.005 se notificó de manera personal y se indicó como procedente, únicamente el recurso de reposición, dentro de los (5) cinco días hábiles siguientes a la fecha de notificación, ante el Secretario de Educación Distrital de Cartagena y que como quiera que dicho recurso de reposición, no es obligatorio para agotar vía gubernativa, el demandante, no presento ningún recurso escrito.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Los fundamentos en que se basa el demandante para enmarcar las normas violadas y el concepto de la violación, pueden resumirse de la siguiente manera:

Como normas violadas tenemos: Constitución Política de Colombia, artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 13°, 23°, 25°, 46°, 48°, 53°, 58°, 228° y 336°, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003.

Manifiesta la parte demandante que según el artículo 1° de la Carta Fundamental, el país está organizado como un Estado Social de Derecho que obliga a las autoridades a adelantar sus actuaciones dentro de los términos establecidos en la Constitución y la Ley, por lo tanto al negar la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante, viola estos principios, porque el acto atacado desconoce los derechos que le corresponden al docente generándose un detrimento profundo en la seguridad jurídica de los educadores.

Aduce también que el artículo 2° de la C. P. fue desconocido por la entidad demandada porque 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. El derecho a incluirle todos los factores salariales en la pensión



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

3

jubilación al demandante está claramente consagrado en normas legales, derecho patrimonial que igualmente debió ser protegido por el Ministerio de Educación Nacional o su delegado, como lo ordena al artículo 2º de la C. P. en comentario.

Los funcionarios públicos deben tratar a toda persona sin discriminación alguna, porque ello constituye la razón de ser de un Estado; en este sentido el respeto de los derechos inalienables debe inspirar todas las actuaciones del Estado conforme al artículo 5º de la C. P., el cual también se violentó con el desconocimiento de los factores salariales en la pensión de jubilación.

La seguridad social implica la prestación de asistencia y protección, elemento de un Estado Social de Derecho que debe establecer una forma de organización política que conlleve la construcción de unas condiciones indispensables, que permitan a todos los habitantes una vida digna y un mínimo de situaciones que le otorguen su seguridad material.

Argumenta que al aplicar el Decreto 3752 de 2003, en la resolución que acá se impugna, desconoció tanto la Ley 4 de 1992, artículo 2, literal a) y los mandatos de la Constitución Política de Colombia contemplados en el artículo 53, por cuanto desmejoró la situación laboral y prestacional del demandante, menoscabando el derecho de los docentes al determinar, que el Ingreso Base de Cotización y Liquidación de su pensión de jubilación, es el 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 citada Ley 812.

Manifiesta también que se desconoció lo dispuesto en la Ley 812 de 2003, por cuanto esta ley en su artículo 81, claramente determinó que el régimen prestacional de los docentes nacionalizados como el 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 acá demandada, contrariaron el espíritu de la norma, al desconocer el régimen prestacional de los docentes consagrado en normas anteriores, conforme al régimen de cada entidad como lo establece el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Que la Ley 91 de 1989, derogó lo dispuesto en la normatividad anterior, en relación con lo que en seguridad social se ha denominado Salario o Ingreso Base de Liquidación para los docentes (En cuanto a edad y tiempo de servicio remitió a otras normas y sobre el monto lo reitero en el 75% Art. 15, numeral 2, literal b).

También manifiesta que el Decreto 3752 del 22 de Diciembre de 2003, artículo 3º, es inconstitucional y se debe inaplicar, porque viola la Constitución Política de Colombia artículo 53, al modificar de manera ilegal, el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finaliza exponiendo que a la parte demandante, se le debe reconocer la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales (asignación básica, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de alimentación), aplicando la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

4

Magisterio, que se pensionaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fopremag no presentó contestación de la demanda dentro del término legal para hacerlo, por lo que se tendrá por no contestada.

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

4. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público presentó concepto dentro del presente trámite procesal, en el que manifestó lo siguiente:

Manifiesta que de acuerdo con las recientes sentencias de unificación del Honorable Consejo de Estado los factores salariales que trae la ley 33 del 1985 no se tienen en cuenta de manera taxativa, pues los mismos están enlistados de manera enunciativa, por lo tanto todo lo que devengó el trabajador durante el último año de manera permanente, se debe tener en cuenta para liquidar el IBL para su pensión definitiva.

Sostiene además que esta tesis la comparte plenamente el Ministerio Público, por lo cual sugiere que las pretensiones de la parte demandante prosperen, ya que aquellas personas que les sea aplicable la ley 33 de 1985, se deben tener en cuenta todas aquellas sumas que habitual y periódicamente recibió el servidor o empleado como contraprestación por sus servicios, a menos que se trate de algunos factores que expresamente hayan sido excluidos por la ley.

5. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 11 de marzo de 2015 (fl. 1) y sometida a reparto el mismo día (fl. 49), correspondiéndole el negocio al Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, la cual fue admitida mediante auto de fecha 21 de mayo de 2015 (fls. 51-51).

El auto admisorio de la demanda fue notificado el día 6 de agosto de 2015 (fl. 56-61). Mediante auto de fecha 1 de diciembre de 2015 se fijó el día 3 de marzo de 2016 a las 9:00 a.m., (fls. 86) para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA.

El día 21 de abril de 2016 se celebró la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, diligencia durante la cual se corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 155).



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

5

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar y siendo este despacho el competente en virtud del numeral 2º del artículo 155 del CPACA y habiéndose verificado en el sub judice, el cumplimiento de los presupuestos procesales para dictar sentencia estimatoria, esto es, demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal, los cuales vienen cumplidos, pasa el despacho a pronunciarse sobre el fondo del presente asunto, toda vez que sobre las excepciones previas planteadas por la demandada Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio hubo pronunciamiento en la correspondiente audiencia inicial.

COMPETENCIA

Atendiendo las voces del numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), este despacho es competente para dirimir el asunto puesto a su conocimiento.

EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico radica en establecer si el demandante tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su pensión de jubilación sobre el 75% del promedio de lo devengado durante el año inmediatamente anterior al que adquirió el status pensional, con la inclusión de todos los factores salariales.

TESIS DEL DESPACHO

Encuentra el despacho que el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, sobre el 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, incluyendo todos los factores salariales por el devengados, por encontrarse vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a 31 de diciembre de 1989, y como consecuencia de ello, las pretensiones planteadas en la demanda están llamadas a prosperar.

MARCO NORMATIVO

Constitución Política de Colombia

“Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

(...)

“La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Artículo 53. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

6

Del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

En orden a resolver el presente asunto, es preciso remitirse al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

Dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran:

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

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

...

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

En principio esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, disponía:

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

Tanto el **Decreto Ley 3135 de 1968**, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidieron y aplicaron para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

El **Decreto Ley No. 2277 de 1979**, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

La **Ley 33 de 1985**, establece:

“Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

7

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.

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

La Ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

De su aplicación se exceptúan tres casos:

1- Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2- Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.

3- Y, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad, a la Ley 33 de 1985, se expidió la Ley 91 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema dispuso lo siguiente:

“Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal Nacional. *Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

8

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

...

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 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán 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.”

La **Ley 60 de 1993**, dispone en su artículo 6 que:

“...

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

La **Ley 115 de 1994**, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”. Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

9

En efecto, lo que hizo la **Ley 115 de 1994**, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

Finalmente se expide la **Ley 812 de 2003** que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006 reglamentada por el decreto 3752 del mismo año, dispuso que los docentes de todos los órdenes gozarían del régimen prestacional establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia. Así mismo, recopilando la disposición contenida en la Ley 33 de 1985¹, ordenó que las prestaciones sociales que se causaran a partir de la vigencia y que estuvieran a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se calcularían teniendo en cuenta la base de la cotización sobre la cual se aporta, así:

LEY 812 DE 2003

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

El artículo anterior fue reglamentado por el Decreto 3752 de 2003, por el cual de dispuso:

"ARTICULO 3.- Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. *La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.*

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8° y 9° del decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización".

De lo anterior se colige que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al año 1989, se rigen por las normas vigentes hasta antes de ese momento (Leyes 33 y 62 de 1985), y por lo tanto su pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse teniendo como base todos los factores devengados durante el último año de prestación de servicios, y si sobre algunos de ellos no se hicieron los aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al momento de reliquidarse la mesada los mismos deberán ser descontados.

¹ Parágrafo del artículo 3°.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

10

SOBRE LOS FACTORES SALARIALES A TENER EN CUENTA PARA EL IBL

Por ende la base para liquidar las pensiones, correspondiente a los factores que sirvieron de base para calcular los aportes, fueron definidos en el artículo 3 por la ley antes descrita, sin embargo fue modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, señala que:

“Artículo 1°. 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 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”. Negrilla nuestra.

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación², al fijar el alcance e interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa; por lo tanto, cuando se trata de liquidar la pensión de jubilación ordinaria o de derecho de los servidores públicos amparados por la mentada Ley, deben tenerse en cuenta todos los factores percibidos por éstos durante el último año de servicios a la adquisición del status pensional, aunque ellos, o alguno de ellos, no estén señalados en la Ley 62 de 1985. Así dijo:

“PENSION DE JUBILACION – Factores. Inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios. Interpretación taxativa vulnera el principio de progresividad. Principio de igualdad. Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (Sentencia de unificación)

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

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

11

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”.

Se hace preciso señalar que el Honorable Consejo de Estado, en providencia del C.E. Sección Segunda, Sentencia del 30/06/2011, Rad. 15001-23-31-000-2007-00902-01(2031-09) señaló que la prima de clima no tienen el carácter de factores salariales, sino que constituyen prestaciones sociales.

LO PROBADO EN EL PROCESO

A folios 20 al 22 del expediente obra copia de la Resolución No. 074 del 6 de septiembre de 2005, emanada de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor Ignacio Luis Herrera Domínguez. De este acto se extrae que el demandante adquirió el status pensional el 2 de abril de 2005 y que el valor de la mesada pensional fue calculado sobre el 75% del promedio de factores salariales devengados en el último año anterior al status, sin embargo solo se tuvo en cuenta el sueldo básico promedio.

Según certificación visible a folio 23 del expediente, de fecha 5 de febrero de 2015 emanada de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, el demandante devengó durante el año de servicios anterior al cumplimiento del status pensional es decir, del 2 de abril de 2004 hasta el 2 de abril de 2005, además del sueldo básico: prima de alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones.

A folio 24-25 del expediente milita copia auténtica de la certificación de tiempos de servicios del actor Ignacio Luis Herrera Domínguez de fecha 5 de febrero de 2015, emanada de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, donde se hace constar que se vinculó como docente desde el 3 de marzo de 1970 en la Institución Educativa Mixta José Antonio Galán.



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

12

EL CASO CONCRETO

De acuerdo al material probatorio aportado al expediente, se tiene que mediante Resolución 074 del 6 de septiembre de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Distrito de Cartagena de Indias, reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación al demandante Ignacio Luis Herrera Domínguez³, señalando que adquirió el status de jubilada el 2 de abril de 2005, fecha en la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bolívar.

Del acto administrativo antes descrito, se colige que el factor que sirvió como base para la liquidación de la pensión del actor fue únicamente la asignación básica promedio, en aplicación de las Leyes 91 de 1989, Ley 6ª de 1945 y Ley 33 de 1985.

Se encuentra probado que el señor Ignacio Luis Herrera Domínguez, se vinculó al sector público educativo, como docente nacionalizado, prestando sus servicios en la Institución Educativa Mixta José Antonio Galán, desde el 3 de marzo de 1970 (fl. 24-25). También se acreditó que el actor nació el 2 de abril de 1950, de acuerdo con la copia de la cédula obrante a folio 27 del expediente.

Queda demostrado también, por la certificación de salarios expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, de fecha 5 de febrero de 2015, visible a folios 23 y 24 del expediente, que el demandante devengó durante el año anterior al cumplimiento del status pensional, esto es, entre el 2 de abril de 2004 y 2 de abril de 2005, los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima de alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones.

Conforme a lo establecido en las disposiciones antes referenciadas, por encontrarse vinculado el actor al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a 31 de diciembre de 1989, fecha determinada por la Ley 91 de 1989, el régimen aplicable para el reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación era el consagrado por la Ley 33 de 1985 y sus respectivas modificaciones, al ser este el único requisito consagrado legalmente para acceder a la inclusión de los factores solicitados.

De manera que, para calcular la base de la liquidación pensional del demandante, no debió tenerse en cuenta solamente el salario, concebido como la asignación básica mensual fijada por la ley, sino también todas las sumas que habitual y periódicamente recibía como retribución por sus servicios pues admitir una interpretación contraria, implicaría desconocer los derechos, garantías laborales del actor y el principio de progresividad, si se tiene en cuenta que antes de adquirir el status de pensionado recibía los demás factores salariales como retribución permanente por sus servicios.

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, que como se mencionó anteriormente fue el 2 de abril de 2005, haciendo la salvedad, que deberán efectuarse los

³ Se encuentra demostrado con la copia de la citada Resolución a folios 20 al 22 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

13

respectivos descuentos con relación a los factores salariales a los cuales no se les haya realizado dicha deducción legal y que se ordenan incluir en la presente providencia, en este caso, sobre los factores denominados prima de alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones.

Sea la oportunidad para mencionar, que en relación a los factores salariales correspondientes a la prima de navidad y prima de vacaciones se reconocen y pagan al empleado cada vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual⁴.

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

Ahora bien, frente a la prescripción de algunas mesadas frutos del mayor valor, observa este despacho que el acto acusado fue expedido el día 6 de septiembre de 2005 y la demanda fue presentada el día 11 de marzo de 2015, luego es de inferir que la prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda, de allí hacia atrás corren tres años, luego lo que está por fuera de esos tres años, ha prescrito, es decir, que a partir del 11 de marzo de 2012 ha operado la prescripción trienal de las mesadas causadas antes de esa fecha.

Así las cosas, se ordenará a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconocer y pagar al demandante las diferencias entre lo que se ha pagado en virtud de la Resolución No. 074 del 6 de septiembre de 2005 y la mesada pensional reliquidada en esta sentencia, pero con efectos fiscales a partir del 11 de marzo de 2012.

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, el despacho procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de la liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso. En este orden de ideas, se estipula que en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandada.

Es preciso señalar que las costas están integradas por dos clases de gastos: las expensas que son erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, talos como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, es decir, son aquellos que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo; mientras que las agencias en derecho, corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 4º del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 8 de febrero de 2007, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06486-01(1306-06), Actor: Gema Neila Acevedo González.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

14

abogado, es decir, es la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Por lo tanto, se reconocen expensas a la parte demandante en tanto aparezcan en el expediente los gastos causados. Igualmente, teniendo en cuenta el numeral 3.1.2 del capítulo III del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el numeral 1° del artículo 1° del Acuerdo 2222 de 2003 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho condenará a la parte vencida en agencias en derecho las cuales corresponderán al 7% del valor de la cuantía estimada de la demanda⁵, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto objeto de estudio, la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte demandante y la cuantía de las pretensiones.

SOBRE EL REMANENTE DE LOS GASTOS ORDINARIOS DEL PROCESO

En consideración a que la parte demandante ha consignado la suma de Cuarenta Mil Pesos M/Cte. (\$ 40.000.00) m/Cte⁶, a fin de cubrir todos los gastos procesales que se generaran a lo largo del trámite procesal, se tiene que a la fecha de la presente providencia, se generaron gastos en el presente proceso solo por la suma de Dieciséis Mil Doscientos Pesos M/Cte. (\$ 16.200.00), por lo que previa solicitud del demandante, se ordenará la devolución de dichos remanentes los cuales equivalen a la suma de Veintitrés mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte.

CONCLUSIONES

De lo probado en el proceso, se concluye que el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, sobre el 75% del promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, incluyendo todos los factores salariales por ella devengados, y como consecuencia de ello, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 074 del 6 de septiembre de 2005, mediante la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación al demandante Ignacio Luis Herrera Domínguez, emanada de la entidad demandada NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL –

⁵ La cuantía de la demanda se estimó en \$ 9.722.367.00 (fl. 17)

⁶ Ver folios 54-55 del expediente.



REPUBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

15

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión del señor IGNACIO LUIS HERRERA DOMÍNGUEZ, identificado con la C.C. No. 9.071.936, sobre el setenta y cinco (75%) por ciento del promedio de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al del cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, de conformidad con la certificación de fecha 5 de febrero de 2015 expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, en la cual se incluirán, además del sueldo básico, los siguientes factores: prima de alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones, pero con efectos fiscales a partir del 11 de marzo de 2012 por prescripción trienal.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente formula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante una vez se haya liquidado y actualizado la base de liquidación de la pensión de jubilación cuando ésta se reconoció, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, entre el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

TERCERO: Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los nuevos factores señalados anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar al pensionado, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y que fueron devengados durante el año inmediatamente anterior al del cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, en caso que ello no se hubiere hecho.

CUARTO: Se declara la prescripción del derecho al pago de las sumas de dinero a que hubiere tenido derecho el actor, por concepto de diferencias entre la pensión de jubilación recibida y la que habría recibido si se hubieran incluido la totalidad de los factores salariales, sobre las mesadas anteriores al 11 de marzo de 2012.

QUINTO: Condenar en costas a la parte vencida, con inclusión de agencias en derecho por el equivalente al 7% del valor de la cuantía estimada en la demanda. Su liquidación se efectuará por Secretaría.

SEXTO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del CPACA.

SEPTIMO: Previa solicitud, devuélvase al señor IGNACIO LUIS HERRERA DOMÍNGUEZ, identificado con la C.C. No. 9.071.936, el remanente de los gastos ordinarios del proceso los cuales corresponden a la suma de Veintitrés mil Ochocientos Pesos M/Cte. (\$ 23.800.00) m/Cte.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
IGNACIO LUIS HERRERA DOMINGUEZ vs NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RAD: 13-001-33-33-012-2015-00181-00

16

OCTAVO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, expídase copia para su cumplimiento con su correspondiente constancia de ejecutoria y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Leidy Espinosa v.
LEIDYS LILIANA ESPINOSA VALEST
Jueza