REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 217

Santiago de Cali, diciembre diecinueve (19) de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76-001-33 33-005-2014-00439-00
Demandante	Eyda Italia Rangel Millan
Demandado	Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderada judicial, por la señora EYDA ITALIA RANGEL MILLAN en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo presunto de carácter negativo surgido por no haberse resuelto la solicitud de incremento pensional presentada en enero 30 de 2013.

1.2. Como restablecimiento del derecho, ordenar el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión con inclusión de nuevos factores salariales percibidos por la demandante durante el año anterior al cumplimiento del status.

1.3. Ordenar la actualización de los valores reconocidos de conformidad con el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. HECHOS

2.1. Mediante Resolución No. 2487 de abril 26 de 2006, se reconoció y ordenó pagar pensión ordinaria de jubilación a favor de la señora EYDA ITALIA RANGEL MILLAN.

2.2. El valor reconocido como cuantía de la pensión, fue el 75%, calculado sobre la asignación básica mensual, omitiendo la inclusión de todos los factores constitutivos de salario.

2.3. A través de escrito radicado ante la entidad demandada en enero 30 de 2013, se solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional por inclusión de nuevos factores salariales; sin que a la fecha de presentación de la demanda se resolviera tal petición.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera violadas la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el objetivo que asuma el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas del personal afiliado; así como las Leyes 812 de 2003 y 33 de 1985.

Refiere que la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, regula el régimen prestacional de los docentes oficiales, de lo cual se deduce la necesidad de determinar el régimen pensional existente antes de la entrada en vigencia de la misma.

Afirma que en materia de reconocimiento y pago de pensiones, desde 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aplica lo determinado en la Ley 33 de 1985.

Que el ingreso base de liquidación se encontraba determinado por la asignación básica y demás factores salariales percibidos por el educador durante el año anterior al cumplimiento del derecho.

Aduce que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación, ordenó que las mesadas pensionales causadas por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se liquidaran teniendo en cuenta todas aquellas sumas de dinero que periódica y habitualmente han sido percibidas por estos a la causación del derecho.

Advierte que la demandante al momento de causar su derecho pensional, percibía, además de la asignación básica, prima vacacional, prima de navidad, prima de servicios y bonificación por servicios prestados, acreencias estas que no se incluyeron dentro de la base de liquidación de la pensión.

Señala que la demandante acredita las condiciones exigidas por la jurisprudencia y la ley para ser acreedora a que su pensión se liquide en los términos antes indicados.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO manifiesta, que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, dado que la actora no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de factores salariales diferentes a la asignación básica y los sobresueldos, ya que su pensión se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003.

Destaca que el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la prementada ley, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen. Por ende, de los factores salariales relacionados en éste, a los docentes únicamente se aplica la asignación básica y las horas extras.

Dice que el Decreto 3752 de 2003, establece en el numeral 3º, que 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 esté obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la que realice los aportes el docente. Luego entonces, este Decreto modificó el ingreso base de liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes, sujetándolo a los factores previstos para cotización. De allí, que ese Fondo no pueda incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la referida Ley, factores diferentes a los previstos para la cotización.

Precisa que las primas de navidad, vacaciones y alimentación, no son factores salariales computables para la determinación del monto de la pensión, porque estos conceptos no están incluidos en la lista taxativa de factores que conforman

el ingreso base de liquidación de aportes. La actora adquirió el estatus de pensionada en fecha posterior a la expedición de la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, normas que no incluyen tales factores como base de liquidación de aportes.

Advierte que el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, fija los requisitos para que los empleados oficiales accedan a la pensión, determinando que el monto es el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Al mismo tiempo, establece un régimen de transición para los empleados oficiales que a la entrada en vigencia de dicha ley, hayan cumplido 15 años de servicio; pero, sólo en lo relacionado con la edad de jubilación, porque lo atinente a los factores salariales no está incluido en el mismo.

Hace referencia a la sentencia del Consejo de Estado de fecha 12 de febrero de 2009, expediente 15001233100020020116 4-01, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez Páez, en relación con el régimen pensional de los afiliados al FNPSM.

Concluye entonces, que las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión.

Propuso como excepciones de fondo: **prescripción e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley**, que se resolverán en el desarrollo de este proveído sin necesidad de ser individualizadas.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora no presentó alegatos de conclusión.

5.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada al alegar de conclusión se ratificó en los

argumentos de hecho y de derecho plasmados en su contestación de demanda, pues de una comparación de ambos escritos se puede concluir que no difieren sustancialmente, razón por la cual no se realizará un relato sucinto de dichos alegatos, más sí serán tenidos en cuenta para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

5.3. Ministerio Público

El agente del Ministerio público al rendir concepto sobre el particular solicita se acceda a las pretensiones de la demanda al considerar que en materia pensional a la demandante le es aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 junto con la modificación dispuesta por la Ley 62 del mismo año.

Refiere que los listados de factores salariales contenidos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de 1985 son meramente enunciativos y no taxativos, según la interpretación que el Consejo de Estado ha dado a dichas disposiciones a través de sentencia de unificación de agosto 4 de 2010.

Indica que la sentencia SU-230 de 2015 emanada de la Corte Constitucional no puede ser empleada en el presente asunto por cuanto la posición unificada del Conejo de Estado frente a la forma de aplicar la transición en materia pensional es mucho más favorable.

Manifiesta que no puede dejarse de lado el hecho de que las entidades territoriales y sus respectivas Corporaciones no pueden fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y por ello, los factores que se deben incluir en la liquidación pensional no pueden ser extralegales.

Por todo lo anterior, concluye que le asiste razón a la parte actora y que de suyo la referida prestación debe ser reliquidada en los términos solicitados.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación de la

demandante, tomando en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación constituido por todos los factores de salario, devengados por ésta durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

(i) Analizar el marco normativo de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

(ii) Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

(iii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;

(iv) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6.2.1. MARCO NORMATIVO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DOCENTES OFICIALES

En relación con el régimen prestacional de los docentes oficiales el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previó lo siguiente:

"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".

A su vez, el parágrafo transitorio 1° del artículo 48 de la Carta Política de 1991, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, reprodujo la anterior disposición bajo el siguiente tenor literal:

"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 qu e 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".

Se extracta de las dos normas que anteceden, que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), sigue siendo el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales que regían para esa fecha, esto es, Ley 91 de 1989, y régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (en materia pensional) y 115 de 1994, y demás normas concordantes. Contrario sensu, los docentes vinculados con posterioridad a esa fecha, tienen los derechos del régimen de prima media regulado en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, exceptuando la edad de pensión de vejez que, según el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, es de 57 años para hombres y mujeres.

Significa entonces, que respecto de los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, en materia pensional, opera de manera parcial la excepción de que trata artículo 279 de la Ley 100 de 1993, según el cual el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ese estatuto no se aplica, entre otros, *"...a 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".* Lo anterior, ya que como se vio, les aplica lo correspondiente al régimen de prima media con prestación definida, propio del Sistema General de Pensiones.

En esa medida, analizando el caso concreto bajo el anterior marco normativo, se tiene que de conformidad con lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 91 de 1989[1], la demandante tenía la categoría de docente nacionalizada, por haber sido vinculada al sector docente desde el *02/09/1985*, aspecto que se verifica en la parte considerativa de la resolución No. 2487 de abril 26 de 2006, obrante a folios 67 a 69 del cuaderno único. Por consiguiente, de acuerdo con esa fecha de vinculación, le es aplicable el régimen pensional de los docentes que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual, como se vio, se

---

[1] *"Art. 1°. 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.*
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 en el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975."*

encuentra exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993. Tema sobre el cual el Consejo de Estado arribó a la siguiente conclusión:[2]

"(...) En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente".

Siendo así, es menester remitirnos al numeral 1° del artículo 15 de la citada Ley 91 de 1989, que a la letra reza:

"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." (Se resalta).

De cara a esta preceptiva el Consejo de Estado hizo el siguiente análisis:[3]

"(...) Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

"Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985."

"Está probado en autos, que la actora en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 8 de junio de 1976, por ende, se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985.

"En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es el régimen legal general (...)"

Queda claro entonces, que en tratándose de docentes de carácter nacionalizado, que estando en servicio con anterioridad a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son afiliados a éste en atención a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, su pensión de jubilación será definida conforme

---

[2] Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 7 de abril de 2011. Rad: 05001-23-31-000-2002-01993-01(0266-2010).
[3] CONSEJO DE ESTADO -SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B., C. P.: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 12 de agosto de 2010, RAD: 76001233100020040119501.

los presupuestos de la Ley 33 de 1985 y eventualmente la transición que ella dispone.

Por lo tanto, es imperativo referirnos a la precitada Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1° se consagra:

"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 por ciento (75%) 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.

"En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

"Parágrafo 2°. 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 años (50) de edad, si son mujeres, o 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 (...)". (Se resalta).

Esta disposición contiene un régimen de transición o de excepciones para los empleados oficiales (concepto que incluye trabajadores oficiales y empleados públicos), que se encuentren en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, que por ley disfrutan de un régimen especial de pensiones.

2. Que a la entrada en vigencia de la misma (13/02/1985), hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio. Evento en el cual se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.

3. Que al momento de entrar a regir la Ley en comento, se encontraban retirados del servicio y habían cumplido 20 años de labor continua o discontinua. Estas personas al cumplir 50 años, si son mujeres, o 50 años si son varones, tienen derecho a pensionarse de acuerdo con las disposiciones que regían en la fecha de su retiro.

Para el caso concreto, el demandante no cumple ninguno de los anteriores presupuestos, dado que los docentes oficiales no se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley en comento, ni gozan de un régimen especial de pensiones. Tampoco, a la entrada en vigencia de la misma (febrero 13 de 1985), había cumplido 15 años de servicios, si en cuenta se tiene que empezó a laborar desde septiembre 2 de 1985[4], esto es, con posterioridad a la vigencia de dicha norma.

Es por ello, que a la señora RANGEL MILLAN, le cobija el régimen pensional general determinado en la Ley 33 de 1985 y las normas que la adicionaron o modificaron; en consecuencia, resulta necesario determinar cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta a efectos de establecer el monto pensional a que tiene derecho.

6.2.2. FACTORES QUE HACEN PARTE DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DOCENTES OFICIALES

En punto a este tema, pertinente es hacer mención de los alcances del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003[5], el cual dispuso:

"Artículo 3o. 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 de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente (...)".

Según esta norma, la base de liquidación de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debía ser igual a la base de cotización sobre la cual éstos realizaban los aportes respectivos. No obstante, dicha normativa fue expresamente derogada por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007[6]; empero, como la derogatoria produce efectos hacia el futuro, es obvio que la misma tuvo aplicación entre la fecha en que entró a regir el Decreto 3752 de 2003 y la de entrada en vigencia de la Ley en comento, es decir, de diciembre 23 de 2003 al 24 de julio de 2007.

En torno a la vigencia y la constitucionalidad del referido artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, el Consejo de Estado, al resolver de manera acumulada dos

---

[4] Folios 67 a 69 cuaderno único.

[5] "Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones"

[6] "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010".

acciones de nulidad simple promovidas en contra de aquél, señaló[7]:

*"(...) **Finalmente, en los dos expedientes acumulados**, se acusa al artículo 3o. del decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003 de extralimitar lo normado en los incisos primero, segundo y cuarto del **artículo 81 de la ley 812 de 2003**.*

"(...) En primer lugar es necesario señalar que como la derogación de que fue objeto el artículo cuestionado 3o. del decreto 3752 de 2003[8], sólo produce efectos hacia futuro, es válido el enjuiciamiento que de él se haga, mientras estuvo vigente.

"Los actores de los procesos acumulados consideran, en síntesis, que la normativa reglamentada no facultó al Gobierno Nacional para impartir órdenes respecto del régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 y el sistema de liquidación que les corresponde.

*"En este punto encuentra la Sala que como la normativa rectora de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 autoriza una desproporción entre el **ingreso base de cotización (Ibc)** (el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo - artículo 8º de la ley 91 de 1989) y el **ingreso base de liquidación (Ibl)** (artículo 15 de la ley 91 de 1989), no podía el artículo acusado 3o. del decreto 3752 de 2003, señalar, de forma general como lo hizo, que en las pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, debe existir una correspondencia entre los dos términos referenciados (**Ibc - Ibl**).*

*"Si bien es cierto la correlación entre **cotización** y **liquidación** desarrollada en el artículo enjuiciado 3o. del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de disposiciones de rango constitucional[9] y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), también lo es que el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes 27 de junio de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el **ingreso base de cotización (Ibc)** y el **ingreso base de liquidación (Ibl)**. Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento **'pleno'** y **'oportuno'** de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales - ley 91 de 1989).*

"No sobra precisar, en este punto, que la seguridad social en pensiones, al constituirse en derecho adquirido, debe ser respetada (con aplicación del principio de favorabilidad) y es exigible ante los jueces (artículos 48, 86, 228 y 229 CP).

"El artículo controvertido 3o. del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.

"(...) En esa medida y con la limitante de interpretación efectuada, no existe vulneración de derechos adquiridos (artículos 58 de la C.P. 11 de la ley 100 de 1993, 2.a ley 4ª de 1992) ni de previsiones que, con anterioridad a la ley 812 de 2003, pueden consolidar, en los docentes,

---

[7] Consejo de Estado -Sección Segunda, sentencia de 6 de abril de 2011, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expedientes: 11001032500020040022001 (4582-2004), actor: LIBARDO SANTIAGO LASSO y 11001032500020050023400(9906-2005), actor: LUIS ALBERTO JIMENEZ POLANCO.

[8] Disposición derogada por el artículo 160 de la ley 1151 de 24 de julio de 2007, por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

[9] - La ley 33 de 1985, señaló: "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."
- El artículo 21 de la ley 100 de 1993, indicó: *"**INGRESO BASE DE LIQUIDACION. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión**, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"* (Resaltado y subrayas fuera del texto).
- El Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, insistió: *"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".*

prerrogativas pensionales (artículo 15 de la ley 91 de 1989). (...)

*"Como la precisión y las previsiones adoptadas en los decretos enjuiciados, tendientes a darle viabilidad al sistema del que son beneficiarios los docentes, fueron proferidas dentro de la facultad reglamentaria del Presidente de la República (artículo 189-11 de la Constitución Política), queda sin sustento el motivo principal de inconformidad planteado en los dos procesos acumulados, circunstancia que impone denegar las súplicas de la demanda, **con la aclaración de que el artículo 3º del decreto 3752 de 2003 debe entenderse, mientras estuvo vigente, referido únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003 (...)**".* (Negrillas y subrayas son del texto original).

Se deduce de la cita jurisprudencial, que el Consejo de Estado declaró la legalidad del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 mientras estuvo vigente, bajo el entendido de que el **mismo se refiere únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003.** Dicho de otra manera, durante su vigencia, esa disposición no era aplicable a los docentes con vinculación anterior a esa fecha; por ende, su régimen prestacional es el previsto en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, tal como se plasmó párrafos arriba.

A manera de ilustración, y por encontrarse acorde con el criterio de este Despacho, se trae a colación la conclusión que sobre el tema tratado planteó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto emitido el 10 de agosto de 2011 a petición del Ministerio de Educación Nacional[10], en donde concluyó que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 rigió durante el lapso comprendido entre el 23 de diciembre y el 24 de julio de 2007, y con base en ello hizo la siguiente precisión:

"(...) En este orden de ideas, teniendo en cuenta la modulación señalada en sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre los alcances del artículo 3o. del decreto 3752, su posterior derogatoria por la ley 1151 de 2007, lo dispuesto por la ley 812 de 2003 en su artículo 81, y en consideración al texto de la consulta formulada, se identifican 2 grupos de personas:

*"- **GRUPO 1**: Integrado por los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003,** es decir el 27 de junio de 2003; para este grupo el régimen prestacional aplicable es el establecido en las normas que como docentes los regían para esa fecha, es decir, la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.*

"Por tanto, si su pensión se causó durante la vigencia del artículo 3o. del decreto 3752 de 2003 y se liquidó y pagó con la fórmula establecida en dicha norma, tienen derecho al reajuste de la misma, con el fin de incluir los factores de liquidación contemplados en las normas que se encontraban rigiendo al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003.

*"- **GRUPO 2**: Conformado por quienes estando vinculados a otros sistemas o sectores al **entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir, el 27 de junio de ese año, ingresan por primera vez al sector público educativo oficial.** En este grupo se pueden presentar dos hipótesis a saber:*

"(i) Si dichas personas no se encontraban en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no era posible que se les hubiese causado y liquidado la pensión durante la vigencia del artículo 3o. del decreto reglamentario 3752 del 2003, por cuanto no alcanzaban a reunir los requisitos para ello.

---

[10] Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00 (2048), actor: Ministerio de Educación Nacional.

"(ii) Por el contrario, a las personas amparadas por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se les tuvo que reconocer y liquidar la pensión de conformidad con la normatividad establecida para el sistema pensional al cual se encontraban afiliadas, y en consecuencia no tendrán derecho a solicitar el reajuste de su pensión, puesto que su reconocimiento se efectúo de conformidad con un régimen pensional diferente al de los docentes (...)"

Así las cosas, con fundamento en la jurisprudencia y el concepto reseñados en antecedencia, estima el Despacho que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, mientras estuvo rigiendo, no le era aplicable a la demandante en razón a que su vinculación al servicio público educativo oficial ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, antes de junio 27 de 2003. Por consiguiente, el reconocimiento de su pensión debe sujetarse integralmente a los parámetros fijados en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad, en lo que concierne a la edad, tiempo y monto pensional, con inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Respecto al monto de la pensión, consagra el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que corresponde al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por su parte, el artículo 3º de la mencionada ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, enuncia ciertos factores para efectos de liquidación de la pensión de jubilación[11], norma sobre la cual el Consejo de Estado había adoptado disímiles posturas en torno a su interpretación; no obstante, la Sección Segunda de esa Corporación en Sala Plena, unificó el criterio estableciendo que se deben incluir en la base de liquidación todos los factores devengados por el servidor en el último año de servicios, fallo que por ilustrativo se transcribe[12]:

"(...) Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

"Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos

---

[11] "Artículo 3°. 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. (...)".

[12] CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual "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". Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003[13], concluyendo que "en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) "en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes".

"Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006[14], se expresó:

"La ley 33 de 1985 en el artículo 1° dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

"En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente."

"En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma[15]:

"En relación con el argumento de la actora, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "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", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión. (...)

"Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

"Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.".

"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

---

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal.

[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.

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. (...).

"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.*

"Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

"No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.[16]

"Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto la actora tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación[17]*(...)"* (Subraya del despacho).

Advierte el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación que los factores especificados en la Ley 33 de 1985, no deben entenderse en forma taxativa, sino que los mismos están plasmados a título enunciativo, y que en tal sentido, no se impide la inclusión de otros factores que constituyan salario - sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación de sus servicios -, devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, aun cuando no estén contenidos en la Ley 33 de 1985; incluso, algunas prestaciones sociales como la prima de navidad y la prima de vacaciones, que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, por expresa disposición del legislador.

Se concluye entonces que para el caso materia de estudio, se deben reconocer como factores salariales, todos los enunciados en la decisión de unificación del Consejo de Estado, sobre la base de afirmar que los establecidos en la norma se aplican de manera enunciativa.

---

[16] Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.
[17] CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

6.2.3. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- A través de Resolución No. 2487, de abril 26 de 2006, expedida por el Secretario de Educación del Municipio de Cali, en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se reconoció y ordenó pagar en favor de la demandante, pensión mensual vitalicia de jubilación, por valor de $1.360.634, a partir de septiembre 2 de 2005, día siguiente a la adquisición del status de jubilada, en virtud a que nació en abril 23 de 1948 y acreditaba más de veinte (20) años de servicio, puesto que se posesionó como docente el 02/09/1985. El parámetro de la liquidación de la pensión, fue el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status, tomándose como único factor salarial la asignación básica[18].

- Por escrito radicado en enero 30 de 2013, la demandante solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la reliquidación de su pensión con inclusión de nuevos factores salariales adicionales al ingreso base de liquidación[19]. El apoderado de la actora manifiesta que esta petición nunca fue contestada y, por consiguiente, se configuró el acto administrativo ficto de carácter negativo objeto de demanda.

- A folio 3 del expediente, reposa certificado de salarios devengados por la señora EYDA ITALIA RANGEL MILLAN durante los años 2004 y 2005, expedidos por la SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE CALI. De allí se extrae que durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado *-2/09/2004 a 01/09/2005-* la demandante devengó:

  a) Asignación o sueldo básico;
  b) Horas extras
  c) Prima de navidad; y,
  d) Prima vacacional.

7. EL CASO CONCRETO

7.1. Anulación del acto administrativo ficto y factores salariales llamados a considerar

[18] Folios 67 a 69 del cuaderno único.
[19] Folio 6 a 10 ibídem.

Descendiendo al análisis del caso concreto, se resalta, conforme a los hechos probados, que la demandante, señora EYDA ITALIA RANGEL MILLAN, en condición de docente nacionalizada adquirió el status jurídico de jubilado desde septiembre 1 de 2005[20], fecha en que cumplió los 20 años de servicio prestado al Magisterio Oficial, si en cuenta se tiene que empezó a laborar en septiembre 2 de 1985; aunado a ello, cumplió los 55 años de edad en abril 4 de 2003, toda vez que nació en abril 23 de 1948[21].

Dicho de otra manera, fue desde septiembre 1 de 2005 que la demandante cumplió los requisitos señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión de jubilación, régimen general de pensiones que le era aplicable por haberse vinculado al magisterio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

En esa medida, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, la entidad demandada tenía la obligación de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores salariales devengados **durante el año anterior a la adquisición del status**, incluyendo en el IBL la asignación básica, las horas extras, la prima de navidad y prima vacacional[22].

Al respecto se considera que las horas extras, primas de navidad y vacacional, constituyen factor salarial a efectos de liquidar pensión por cuanto representan una contraprestación directa al servicio público prestado por el docente; aunado a que su origen es de fundamento normativo – Decreto 1045 de 1978 y Decreto 1381 de 1997-.

Al analizar el acto de reconocimiento pensional[23], se puede observar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidó esta prestación tomando en cuenta únicamente el 75% del promedio de la asignación básica percibida durante el año anterior a la adquisición del status. Esto conduce a afirmar que dicha entidad omitió incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión, factores tales como: horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones que fueron devengados por la demandante[24].

---

[20] Folio 67 cuaderno único
[21] Folio 67 cuaderno único.
[22] Información extraída de certificados de salarios visible a folio 3 del cuaderno único.
[23] Folios 67 a 69.
[24] Según certificación de salarios obrante a folio 3 del expediente.

En suma, resulta viable declarar la nulidad del **acto administrativo ficto o presunto**, producto del silencio administrativo negativo **configurado en abril 30 de 2013** al no haberse dado respuesta a la petición formulada por la demandante en enero 30 de 2013, acto a través del cual se presume que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CALI, actuando en nombre del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora EYDA ITALIA RANGEL MILLAN con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status de jubilada.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reliquide la pensión de jubilación de la antes nombrada, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el año anterior al status, contado desde septiembre 2 de 2004 hasta septiembre 1 de 2005, incluyendo en el ingreso base de liquidación la asignación básica, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones o vacacional.

7.2. Liquidación de la pensión reclamada

Precisado lo anterior, se dispondrá que la entidad demandada podrá realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, pues así lo ha indicado el Consejo de Estado, al explicar que:

"(...) la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional (...)"[25].

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de la actora, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social dejada de percibir por la

[25] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. Rad. 0112-09, C.P. Victor Hernando Alvarado Ardila."

actora, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago de la obligación).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. mesada pensional o su diferencia, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el inciso 3° del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.

8. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Con relación a la prescripción, se tiene que el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que las acciones derivadas de los derechos consagrados en el mismo prescriben en tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por lapso igual con el simple reclamo escrito que haga el empleado o trabajador del derecho respectivo. Esta disposición fue reiterada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. El consejo de Estado se refirió frente a las normas en comento en los siguientes términos:[26]

"(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[27] y 102 del Decreto 1848 de 1969[28] que disponen: "Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (...)".

"Contempla el mismo artículo que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

"Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad (...)"

---

[26]Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Sala de Conjueces, Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, Exp. Rad. 25000-23-25-000-2010-00246-02 (0845-15), C.P: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA (Conjuez).

[27]Artículo 41, Decreto 3135 de 1968: "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual".

[28]Artículo 102, Decreto 1848 de 1969: "1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual".

Surge de lo anterior que las prestaciones laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales prescriben en el término de tres años, y que cuando el trabajador o empleado formula petición reclamando el derecho respectivo ese término se interrumpe por un lapso igual. Precisa el Consejo de Estado que la prescripción debe contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

De lo anterior se infiere que transcurrido un lapso de tres (3) años contados a partir de la reclamación del derecho que suspendió el término de prescripción, sin que el servidor público ejercite la acción correspondiente, la prestación prescribe. Empero si se trata de prestaciones periódicas como las mesadas pensionales, la prescripción se interrumpe con la presentación de una nueva petición o con la presentación de la demanda.

De cara al derecho a la pensión la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha afirmado que si bien el derecho es imprescriptible, el cobro de las mesadas debe ser oportuno, por cuanto estas o sus diferencias si son susceptibles de la prescripción extintiva[29].

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho pensional se causó desde septiembre 2 de 2005, la solicitud de reliquidación se radicó en enero 30 de 2013[30] por lo que se encuentran prescritas las mesadas pensionales o sus diferencias causadas con anterioridad a enero 30 de 2010 y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre ***dispondrá*** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

---

[29] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 2 de agosto de 2007, Exp. Rad. 4710-05, C. P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Actor: Luz Marina Manonegra de Montaña; Demandado: Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI-. "(...) **REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION – El derecho no prescribe sino las diferencias que surgen luego de aplicarlo.***
No es posible declarar la prescripción del derecho al reajuste contemplado en la Ley 6ª de 1992, pues el mismo no prescribe por estar reconocido en ésta norma, lo que prescribe son las diferencias que surgen, cuando se aplica el reajuste a la mesada pensional y ésta incide en el valor de las futuras.
(...)".

[30] Folio 6 cuaderno único.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.[31], entre otras cosas, establece que:

"(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)".

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación[32]:

"(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la ***errónea*** *interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma* ***objetiva****, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular,* ***lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)"*** (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

*"**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5°) Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

---

[31] Aplicable por remisión expresa del articulo 306 de la ley 1437 de 2011.
[32] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del **acto administrativo ficto o presunto,** producto del silencio administrativo negativo **configurado en abril 30 e 2013** al no haberse dado respuesta a la petición formulada por el demandante en enero 30 de 2013, acto a través del cual se presume que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CALI -actuando en nombre del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora EYDA ITALIA RANGEL MILLAN.

SEGUNDO: En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el año anterior al status, contado desde septiembre 2 de 2004 hasta septiembre 1 de 2005, incluyendo en el ingreso base de liquidación la **asignación básica, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones o vacacional.**

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a la demandante las diferencias pensionales dejadas de percibir, resultantes entre lo que se pagó como consecuencia del reconocimiento pensional realizado y lo que debió pagar tras realizar la respectiva reliquidación de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Dichas sumas se ajustarán dando aplicación a la fórmula indicada hasta la ejecutoria de la sentencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción parcial de prescripción; en consecuencia se declaran prescritas las **diferencias de las mesadas pensionales causadas** con anterioridad a enero 30 de 2010, según se expuso en la parte considerativa de este fallo.

QUINTO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, tal como se expuso en la parte considerativa de esta sentencia.

SEXTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

SÉPTIMO: En firme la presente sentencia, comunicar a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: LIQUIDAR los gastos del proceso; **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

Dfg.