

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 047

Santiago de Cali, treinta de marzo (30) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación 16-001-33 33-005-2015-00435-00
Demandante LUIS BERNARDO SÁENZ RUÍZ
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 el señor LUIS BERNARDO SAENZ RUIZ en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0166 de septiembre 18 de 2006, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de Palmira (V) y a través de la cual se reconoció el pago de una pensión de jubilación al demandante.
- 1.2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1151.13.3-2043 de septiembre 4 de 2015, proferida por la Secretaría Educación Municipal de Palmira y a través de la cual se negó el reajuste de la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.
- 1.3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación, el promedio de todos los factores salariales devengados por el demandante en el año anterior a la adquisición

del status pensional y que sean certificados por la entidad, con efectos fiscales a partir del momento de adquirir el derecho pensional.

- 1.4. Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante las diferencias que se generen a partir del nuevo valor de la pensión con inclusión de los factores referidos, desde la fecha de adquisición del status, hasta que se verifique el pago e inclusión en nómina del mismo.
- 1.5. Ordenar pagar los intereses moratorios correspondientes y condenar a la entidad demandada al pago de las costas procesales.

2. HECHOS

- 2.1. El señor LUIS BERNARDO SAENZ RUIZ fungió como docente al servicio de la educación del Municipio de Palmira (V), por lo que al cumplir los requisitos para ello, la entidad demandada le reconoció una pensión de jubilación mediante Resolución No. 0166 de septiembre 18 de 2006, sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status.
- 2.2. El acto administrativo demandado para negar la pretensión de inclusión de factores solicitada, se basó en lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 que reglamentó los artículos 8º parcial de la Ley 812 de 2003, 18º parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989, que básicamente determinan que la base de liquidación de las prestaciones sociales cuyo pago le corresponda al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.
- 2.3. El demandante ingresó al servicio de la educación con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, por lo cual ésta no le es aplicable, aunado a que el Decreto 3752 de 2003 fue derogado por la Ley 1151 de 2007, no pudiendo aplicarse tampoco al actor.
- 2.4. Igualmente refiere que el demandante devengó durante el año anterior a la adquisición del status pensional los factores de: asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera violadas, la Ley 91 de 1989, Ley 715 de 2001 y Ley 33 de 1985.

Manifiesta la apoderada que el acto administrativo demandado, debe declararse nulo, en lo que refiere a la forma como se estableció el ingreso base de liquidación y determinó el valor de la mesada pensional, por cuanto va en contravía de postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales como el debido proceso y los derechos mínimos de los trabajadores.

Referente al régimen prestacional de los docentes indicó que según concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, emitido el 10 de septiembre de 2000, puede concluirse que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es el contenido en la Ley 91 de 1989; mientras que el régimen pensional de los docentes Oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás normas que lo regulen a futuro, pero con el requisito de edad unificado en 57 años para hombres y mujeres.

Por lo que teniendo en cuenta la fecha de vinculación del demandante, en el caso concreto el régimen pensional a él aplicable es el contenido en la Ley 91 de 1989 y no el establecido en la Ley 812 y sus Decretos reglamentarios, como erróneamente lo efectuó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al ordenar el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación.

Finalmente, la apoderada de la parte actora hace un recorrido por cada una de las normas que considera violadas y analiza la sentencia de unificación del consejo de estado del 4 de agosto de 2010 referente a inclusión de factores salariales, para concluir que al demandante le asiste el derecho a la reliquidación de su pensión con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

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 el actor 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. El actor adquirió el estatus de pensionado 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 2º del artículo 1º 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 1500123100020020164-01, 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 las excepciones de **ineptitud de la demanda e indebida presentación de la demanda**, las cuales fueron resueltas en la audiencia inicial; y **las de prescripción e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley**, que se resolverán en el desarrollo de este proveído.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante

Reitera los hechos expuestos en la demanda indicando que el actor es docente adscrito al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y que por adquirir su status pensional se le reconoció una pensión de jubilación a través de uno de los actos administrativos demandados sin incluir en su IBL los factores salariales que efectivamente fueron devengados en el año anterior a la adquisición de status.

Por lo anterior, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda incluyendo en la liquidación pensional los factores restantes, en atención a lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de agosto 4 de 2010 y las normas ya citadas como vulneradas.

5.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho plasmados en el escrito de contestación de demanda.

5.3. Ministerio Público

Indica que los docentes no cuentan con un régimen especial respecto a la pensión de jubilación, por lo que ésta debe regirse por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y la modificación efectuada por la ley 62 del mismo año.

Que de acuerdo a lo anterior y a lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de agosto 4 de 2010, el demandante tiene derecho a que su pensión se liquide sobre el 75% de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, lo que le da la razón a la parte actora en su pedimento.

Por lo anterior, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

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

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 al demandante el derecho reclamarlo.

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 párrafo 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 preceptúa lo en el artículo 31 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

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 1989¹, el demandante tenía la categoría de docente nacionalizado, por haber sido nombrado mediante "Resolución No. 2165 de 22/10/1979" y posesionado el "06/11/1979", aspecto que se verifica en el certificado de historia laboral que obra a folios 27 a 28 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 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 1º del artículo 15 de la citada Ley 91 de 1989, que a la letra reza:

¹ "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.

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º 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 1º de enero de 1976, sin en el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975."

² Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 7 de abril de 2011. Rad: 05001-23-31-001-2002-01993-01(1266-2010).

"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 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

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

"Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se 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 1º 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 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 1º 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.

³ CONSEJO DE ESTADO -SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B., C. P.: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 12 de agosto de 2010, RAD: 760012331000200401195 01.

"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 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 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 y 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 disfrutaban 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 noviembre 6 de 1979, por lo que a esa fecha sólo acumulaba un poco más de cinco (5) años. De otra parte, por encontrarse activo en aquella fecha, no le era aplicable el otro supuesto de transición, exclusivo para aquellos empleados oficiales que se hallaban retirados del servicio.

Es por ello, que el señor SAENZ RUIZ, 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 2003⁴, 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 encuentra 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 2007⁵; 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 acciones de nulidad simple promovidas en contra de aquél, señaló⁶:

"(...) 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

⁴ "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"

⁵ "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010".

⁶ Consejo de Estado -Sección Segunda, sentencia de 6 de abril de 2011, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expedientes: 1100103250002004(022001 (4562-2004), actor: LIBARDO SANTIAGO LASSO y 11001032500020050023400(9906-2005), actor: LUIS ALBERTO JIMENEZ POLANCO.

cuestionado 3o. del decreto 3752 de 2003⁷, sólo produce efectos hacia futuro, es válido el enjuiciamiento que de él se haga, mientras estuvo vigente.

"Los actores de los procesos acumulados consiguieron, 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 (lbc) (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 (lbi) (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 (lbc - lbi).

"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 constitucional⁸ 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 del 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 (lbc) y el ingreso base de liquidación (lbi). 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 vincula 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, 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 (...)".
(Negritas y subrayas son del texto original).

⁷ 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.

⁸ - 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".

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 Nacional⁹, 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.

"(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 efectuó 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,

⁹ Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramilla, radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00 (2048), actor: Ministerio de Educación Nacional.

mientras estuvo rigiendo, no le era aplicable al 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 jubilación¹⁰, 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 transcribe¹¹:

"(...) 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 3º 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 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 3º 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 2003¹², 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

¹⁰ "Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación 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. (...)"

¹¹ 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).

¹² 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 Anibal.

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 encuentra certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006¹³, se expresó:

“La ley 33 de 1985 en el artículo 1º 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 el 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 forma¹⁴:

“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 hacerse 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. Vá 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 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

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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.¹⁵

"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 prestación¹⁶(...)" (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.

6.2.3. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- A través de Resolución No. 0166, de septiembre 18 de 2006, expedida por el Secretario de Educación del Municipio de Palinira, en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se reconoció y ordenó pagar en favor del demandante, pensión mensual vitalicia de jubilación, por valor de \$1.415.836, a partir de junio 14 de 2006, día

¹⁵ 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 Acevedo.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(012-09).

siguiente a la adquisición del status de jubilado, en virtud a que nació en junio 13 de 1951 y acreditaba más de veinte (20) años de servicio, puesto que se posesionó como docente nacionalizado el 06/11/1979. 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 básica¹⁷.

- Por escrito radicado en mayo 8 de 2015, el demandante solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, la reliquidación de su pensión con inclusión de nuevos factores salariales adicionales al ingreso base de liquidación¹⁸.
- Mediante Resolución No. 1141.13.0-2043 de septiembre 4 de 2015 la entidad demandada negó la solicitud de reliquidación pensional efectuada por la parte actora¹⁹.
- A folio 26 del expediente, reposa certificado de salarios devengados por el señor LUIS BERNARDO SAENZ RUIZ durante los años 2005 y 2006, expedidos por la SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE PALMIRA. De allí se extrae que durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado -14/06/2005 a 13/06/2006- el demandante devengó:
 - a) Asignación o sueldo básico;
 - b) Prima de navidad; y,
 - c) Prima de vacaciones.
- Obra en el expediente certificado de historia laboral del demandante, emitida por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PALMIRA, aditada 26/02/2013²⁰.

7. EL CASO CONCRETO

7.1. Anulación de los actos administrativos demandados y factores salariales llamados a considerar

¹⁷ Folios 10 a 13 del cuaderno único.

¹⁸ Folios 14 a 21 ibídem.

¹⁹ Folios 34 a 36.

²⁰ Folios 27 a 28.

Descendiendo al análisis del caso concreto, se resalta, conforme a los hechos probados, que el demandante, señor LUIS BERNARDO SAENZ RUIZ, en condición de docente nacionalizado adquirió el status jurídico de jubilado desde junio 13 de 2006, fecha en que cumplió 55 años de edad, en tanto nació en junio 13 de 1951²¹, y llevaba más de 26 años de servicio prestado al Magisterio Oficial, teniendo en cuenta que empezó a laborar en noviembre 6 de 1979²².

Dicho de otra manera, fue desde diciembre 14 de 2005 que el 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 del 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 **IB** la asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones²³.

Al respecto se considera que las 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 pensional²⁴ obrante a folios 10 a 12 del cuaderno único, 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: prima de navidad y prima de vacaciones, que se encuentra acreditado que fueron devengados por la parte actora en el periodo objeto de liquidación²⁵.

²¹ Información contenida en la Resolución No. 0166 de septiembre 18 de 2006.

²² Información obtenida del certificado de historia laboral visto a folios 27 y 28 del expediente.

²³ Información extraída de certificados de salarios visib e a folio 26 del expediente.

²⁴ Resolución No. 0166, de septiembre 18 de 2006.

²⁵ Según certificación de salarios obrante a folio 26 del expediente.

En suma, resulta viable declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, a través de los cuales se presume que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PALMIRA, actuando en nombre del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status de jubilado.

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 del antes nombrado, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el año anterior al status, contado desde junio 14 de 2005 hasta junio 13 de 2006, incluyendo en el ingreso base de liquidación la asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones o vacacional.

7.2. Liquidación de la pensión reclamada

Precisado lo anterior, se dispone 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 (...)"²⁶.

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 el actor, 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

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. Rad. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila."

pago de la obligación).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación²⁷ (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 C.PACA.

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:²⁸

"(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²⁹ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁰ 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 (...)"

²⁷ Debe tenerse en cuenta que en esta sentencia sólo se reconocieron las diferencias causadas del 13 de noviembre de 2004 al 11 de noviembre de 2014.

²⁸ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Sala de Conjueces, Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, Exp. Rad. 25000-23-21-000-2010-00246-02 (0845-15), C.P.: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA (Conjuez).

²⁹ 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".

³⁰ 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 de 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 extintiva³¹

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho pensional se causó desde junio 14 de 2006, la solicitud de reliquidación se radicó en mayo 8 de 2015³² por lo que se encuentran prescritas las mesadas pensionales o sus diferencias causadas con anterioridad a mayo 8 de 2012 y así se declarará en la parte resolutive 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.

Ahora bien, el numeral 1º de artículo 365 ibí.³³, entre otras cosas, establece que:

³¹ 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.

(...)"

³² Folio 14 cuaderno único.

³³ Aplicable por remisión expresa de artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

"(...) 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 interpretación³⁴:

*"(...) 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,

RESUELVE:

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-010-2012-00446-01.

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por la entidad demandada según lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la **Resolución No. 0166 de septiembre 18 de 2006 (f. 10 a 12)**, mediante la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció una pensión de jubilación al demandante, tomando como único factor base de liquidación, la asignación básica devengada en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la **Resolución N° 1151.13.3-2043 de septiembre 4 de 2015 (f. 34 a 35)**, mediante la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO negó el reajuste de la pensión de jubilación del demandante, con inclusión de todos los factores devengados durante el año anterior a la obtención del status.

CUARTO: 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 del demandante, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el año anterior al status, contado junio 14 de 2005 hasta junio 13 de 2006, incluyendo en el ingreso base de liquidación la **asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones o vacacional.**

QUINTO: CONDENAR a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar al 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.

SEXTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción planteada por la entidad demandada; en consecuencia se declaran prescritas las **diferencias de las mesadas pensionales causadas** con anterioridad a mayo 8 de 2012, según se expuso en la parte considerativa de este fallo.

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

OCTAVO: 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.

NOVENO: En firme la presente sentencia, comunicarla 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.

DÉCIMO: LIQUIDAR los gastos del proceso; **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** 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

Jtez

Dfg.