

EXPEDIENTE: 76001-33-33-005-2016-00244-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: PATRICIA GARCÍA SANZ
DEMANDADO: MIN. DE EDUCACIÓN NAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, septiembre veintiséis (26) de dos mil dieciocho (2018).

Acta No. 250
AUDIENCIA INICIAL
Artículo 180 Ley 1437 de 2011

Hora inicio: 03:30 PM
Hora finalización: 04:20: A.M.

Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

EXPEDIENTE: 76001-33-33-005-2016-00244-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: PATRICIA GARCÍA SANZ
DEMANDADO: MIN. DE EDUCACIÓN NAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

1. ASISTENTES

1.1. PARTE DEMANDANTE:

- APODERADO

NOMBRE: CARLOS ANDRES SEGOVIA NARVAEZ
C.C. N°: 112.997.274 de Viges
T. P. N°: 86.826 del C.S.J.
Email: xxxxxxxx@xxxxxx.com

1.2. PARTE DEMANDADA: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL -FNPSM

APODERADO:

NOMBRE: DAVID PERSOMO QUINTERO
C.C. N°: 14.466.751 de Cali
T. P. N°: 1 del C.S.J.
Email: xxxxxxxx@xxxxxx.com

1.3.- MINISTERIO PÚBLICO:

NOMBRE: HÉCTOR ALFREDO ALMEIDA (No COMPARE
C.C. N°: 14.
T. P. N°: del C.S.J.

AUTO DE SUSTANCIACIÓN N° 584

Se reconoce personería a los doctores CARLOS ANDRÉS SEGOVIA y DAVID PERDOMO QUINTERO, como apoderados sustitutos de la parte demandante y demandada, respectivamente, identificados previamente

2. SANEAMIENTO

Respecto al saneamiento del proceso, no detecta éste juzgador ninguna irregularidad procesal o causal de nulidad que invalide lo actuado; en efecto, con el auto admisorio de la demanda, se verificaron presupuestos tales como: i) jurisdicción; ii) competencia; y iii) conclusión del procedimiento administrativo.

Respecto a la notificación de la demanda, ésta se surtió correctamente, siendo notificada la entidad demandada; así como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, en los términos del Art. 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según consta en el acuse de recibido visible a folio 25 a 36 del expediente.

Finalmente, se verificó que los términos para contestar la demanda y para reformarla corrieron debidamente (fl. 66); la demanda no fue reformada; por su parte la entidad demandada, presentó escrito de contestación de manera oportuna, mediante el cual formuló excepciones, de las cuales se corrió el respectivo traslado.

Precisado lo anterior, es menester interrogar a las partes, para que manifiesten si se encuentran de acuerdo con el trámite impartido dentro del sub-lite.

La entidad Fiduciaria la Previsora, contesta la demanda a folios 64 a 65, pero como quiera que la misma no es parte del proceso, no se dará trámite a su contestación ni excepciones planteadas.

INTERVINIENTE	ADVIERTE IRREGULARIDAD	ADVIERTE CAUSAL DE NULIDAD
Apoderado de la parte demandante	No advierte	No advierte
Apoderado Municipio de Cali	No advierte	No advierte
Apoderado FNPSM	No advierte	No advierte
Ministerio Público	No comparece	No comparece

En este orden de ideas, al no advertir por las partes ninguna irregularidad o nulidad, se continuará con el desarrollo de la audiencia.

La presente decisión queda notificada por Estrados a las partes.

3. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

El apoderado judicial de la entidad demandada, propuso excepciones de previas, que deben resolverse en la presente etapa, según lo dispone el inciso 1°, numeral 6° del artículo 180 del CPACA, por lo que se profiere el siguiente:

AUTO INTERLOCUTORIO No. 644

EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN:

En torno a esta excepción debe señalarse que si bien el numeral 6° del artículo 180 del CPACA, establece que la excepción de “*prescripción extintiva*”, debe resolverse en la presente etapa, lo cierto del caso es que la norma se refiere al tipo de prescripción que afecte la continuidad del proceso, valga decir, la que pueda finalizar el mismo; por tal razón, y toda vez que la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, **es parcial** por cuanto se refiere sólo a algunas mesadas a que pudiera tener derecho el demandante en caso que lleguen a prosperar sus pretensiones, tal excepción será resuelta en la sentencia, en la medida que la misma no afecta la continuidad del proceso, máxime cuando se trata de obligaciones de tracto sucesivo que aumentan cíclicamente con el devenir del tiempo.

Acreditado como se encuentra, que las excepciones analizadas no encuentran asidero jurídico, se continuará con el curso normal de esta audiencia.

La presente decisión queda notificada en estrados.

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

De la confrontación del escrito de demanda y de su contestación, se puede establecer que no existe **CONSENSO** respecto a los hechos

De acuerdo con lo anterior, y con base en el material probatorio allegado al dossier, el Despacho fija el litigio en los siguientes términos:

¿Tiene derecho la demandante a que se reliquide, reconozca y pague su pensión de jubilación, tomando como base de liquidación todos los factores de salario devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, incluyendo los factores extralegales denominados: prima de servicios docente y prima de antigüedad?

Se procede a indagar a las apoderadas de las partes y al Agente del Ministerio Público para que manifiesten su acuerdo o desacuerdo con la fijación del litigio planteado.

Manifiestan estar de acuerdo con la fijación del litigio efectuada por el Despacho, por lo tanto este queda fijado en los términos antes expuestos.

La presente decisión queda notificada en estrados.

5. CONCILIACIÓN

Destaca el despacho, que la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que entre otros, tiene beneficios tales como: i) Un ahorro patrimonial a favor de las entidades y organismos estatales; ii) la contribución a la descongestión de la administración de justicia; y, iii) la efectiva protección y garantía de los derechos de los ciudadanos.

Por lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el numeral octavo (8°) del Art. 180 de la ley 1437 de 2011, se insta a las partes para que manifiesten su ánimo conciliatorio, y propongan sus respectivas fórmulas, que para el caso de la entidad demandada, debe estar soportada por el acta expedida por el comité de conciliación, no sin antes advertirles que es válida la convocatoria a la presente audiencia de conciliación así se trate de derechos laborales irrenunciables, sólo que el posible *“acuerdo conciliatorio debe estar limitado a que no se menoscaben derechos ciertos e indiscutibles y no se renuncie a los mínimos establecidos en las normas laborales y al derecho a la seguridad social”*¹, presupuestos que se verificarán al momento de aprobar el acuerdo conciliatorio al que puedan llegar las partes.

Parte demandada: Manifiesta que el Comité de Conciliación de la entidad demandada, conceptuó que no le es posible conciliar este asunto.

De acuerdo con lo anterior, se declara fallida la conciliación.

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B – C.P. Gerardo Arenas Monsalve – Auto del 14 de junio de 2012 – Radicación: 25000-23-25-000-2008-01016-01(1037-11).

6. MEDIDAS CAUTELARES

Como no fueron solicitadas se continúa con el trámite de la audiencia.

7. DECRETO DE PRUEBAS

Teniendo en cuenta la fijación del litigio, y el análisis de las pruebas aportadas y pedidas, conforme lo dispone el artículo 180 numeral 10 de la Ley 1437 de 2011, se procede a dictar el

AUTO INTERLOCUTORIO No. 645

1. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE:

1.1. DOCUMENTALES APORTADAS: Téngase como pruebas los documentos acompañados con la demanda y su reforma, los cuales serán valorados al momento de dictarse sentencia.

1.2. DOCUMENTAL A SOLICITAR:

Se niega la prueba documental solicitada en el acápite de pruebas de la demanda, en razón a que lo pretendido ya obra en el expediente y el Despacho estima que ello es suficiente para la emisión del fallo correspondiente.

2. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA:

2.1. DOCUMENTALES APORTADAS: La apoderada de la entidad demandada no aportó pruebas con la contestación de la demanda.

2.2. DOCUMENTAL A SOLICITAR:

Se niega la práctica de la prueba documental solicitada en el acápite de pruebas de la contestación de la demanda, por cuanto en el proceso obra certificación sobre los factores salariales devengados por la demandante durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

La presente decisión queda notificada en estrados.

8. AUDIENCIA PRUEBAS Y TRASLADO DE ALEGATOS

AUTO DE SUSTANCIACIÓN No. _585

Teniendo en cuenta que en el presente asunto no hay pruebas que practicar, en tanto que las obrantes en el expediente son suficientes para dictar sentencia. De conformidad con el Artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Despacho **RESUELVE:**

1.- PRESCINDIR de la audiencia de pruebas y en consecuencia se constituye en audiencia de juzgamiento.

2.- CORRASE traslado a las partes, para que presenten sus alegatos de conclusión.

3.- Escuchados los alegatos respectivos, se indicará el sentido del fallo.

La presente decisión queda notificada en estrados.

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **PARTE DEMANDANTE:** Expone alegatos de conclusión.
- **PARTE DEMANDADA:** Expone sus alegatos.
- **MINISTERIO PÚBLICO:** Emite concepto.

Tanto los alegatos como el concepto del Ministerio Público quedaron grabados en audio y video, cuyo registro consta en disco compacto que se agrega al expediente.

10. SENTENCIA No. 150

Septiembre veintiséis (26) de dos mil dieciocho (2018)

Decide el Despacho el proceso radicado bajo el No. 76001333300520160024400, instaurado por la señora PATRICIA DÍAZ SANZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 29.992.987, en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la cual se plantean las siguientes

1. PRETENSIONES

1.1. Que se declare parcialmente la nulidad del acto No 1151.13.3-2736 de agosto 25 de 2014, por medio de la cual, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE MUNICIPAL DE PALMIRA, a través del –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoce la pensión de Jubilación.

1.2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, tales como la BONIFICACIÓN MENSUAL y las HORAS EXTRAS, en un 75% a favor de la demandante

2. HECHOS

2.1. La señora PATRICIA GARCÍA SANZ, en calidad de docente le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No 1151.13.3-2736 de agosto 25 de 2014, en cuantía de \$\$2.247.880, efectiva a partir del 25 de julio de 2014.

2.2. Que para liquidar la pensión solo se tuvo en cuenta, la asignación básica mensual, la prima de navidad, la prima de grado, , la prima de escalafón la prima del clima y rima vacacional, dejando por fuera A BONIFICACIÓN MENSUAL Y HORAS EXTRAS .

2.3. Que la señora PATRICIA GARCÍA SANZ prestó sus últimos servicios como docente en la ciudad de PALMIRA

2.4. Se encuentra probado que la demandante nació el 24 de abril de 1959 (folio 8 del expediente)

3. ANTECEDENTES

Mediante auto No. 005 de ENERO 11 de 2017, la demanda fue objeto de admisión y traslado surtido en legal forma (folios 21 AL 36).

3. 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 él durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

4.1. 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 2003², 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 2007³; 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, señaló⁴:

"(...) 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 2003⁵, 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 (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

² "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"

³ "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010".

⁴ 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.

⁵ 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.

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 constitucional⁶ 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 (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 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, 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.

⁶ - 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".

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 Nacional⁷, 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, 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, se repite, 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.

⁷ Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00 (2048), actor: Ministerio de Educación Nacional.

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 jubilación⁸, 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 transcribe⁹:

"(...) 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 2003¹⁰, 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 2006¹¹, 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 (...).

⁸ "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. (...)".

⁹ 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).

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

“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 forma¹²:

“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 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

¹² 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 Crisancho.

legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹³

"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 prestación¹⁴(...)" (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.

5. Análisis Probatorio:

5.1.1.1. A través de Resolución No. 1151.13.3-2736 de agosto 25 de 2014 expedida por la Secretaria de Educación del Municipio Palmira de Cali, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció y ordenó pagar en favor del demandante, pensión vitalicia de jubilación, por valor de \$2.997.175 a partir de ABRIL 25 de 2014, día siguiente a la adquisición del status de jubilada, en virtud a que nació en marzo 21 de 1952 y acreditaba más de veinte (20) años de servicio 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**, reconociéndole únicamente la asignación básica mensual, la prima de navidad, la prima de grado, , la prima de escalafón la prima del clima y prima vacacional¹⁵

¹³ 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.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-07509-01(0112-09).

¹⁵ Folios 1 a 2 del cuaderno único

A folios 6 a 7 del expediente de, reposa certificado de salarios devengados por la señora GARCÍA SANZ durante los años 2013 a 2014, expedidos por la Secretaria de Educación Municipal de Palmira , de la cual se extrae que durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, , el demandante devengó factores salariales tales como: asignación básica, bonificación mensual, prima de servicios prima de navidad, prima de vacaciones, prima grado mensual , prima clima mensual, prima de escalafón mensual y hora extras.

Al analizar el acto de reconocimiento pensional¹⁶, se puede observar que los factores incluidos para su liquidación prestacional fueron el promedio de la asignación básica, la prima de vacaciones y las horas extras devengada en el año anterior a la adquisición del status pensional; factores a los que se les aplicó una tasa de remplazo equivalente al 75%.

En conclusión, la liquidación pensional del demandante no tuvo en cuenta como factores: LA BONIFICACIÓN MENSUAL Y HORAS EXTRAS que efectivamente fueron devengadas.

Referente al factor denominado, bonificación mensual, y horas extras es menester precisar que fue consagrada en el Decreto 1566 de 2014, estableciendo en el artículo 1 ibídem que los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto-ley 2277 de 1979, el Decreto-ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones.

Dicho artículo precisó que la prestación en mención constituye factor salarial para todos los efectos legales.

Por lo tanto, al haber sido reconocida y pagada dicha bonificación y horas extras al demandante y tener la misma el carácter de factor salarial, debe ser incluida en el ingreso base de liquidación pensional.

En cuanto a la excepción DE PRESCRIPCION, se tiene que la demanda fue presentada el 31 de agosto de 2016 y la notificación de pensión se llevó a cabo el 28 de agosto de 2014, es decir no se configura el fenómeno de la prescripción cuatrienal

¹⁶ Folios 2-3

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 5 Administrativo Oral de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la apoderada judicial de la entidad demandada, según lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución N° 4143.0.21.2857 de abril 17 de 2015, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de PALMIRA , actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoce la RELIQUIDACIÓN de pensión a favor del demandante, señor PATRICIA GARCÍA SANS

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 que reliquide 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**, ABRIL 25 de 2014, incluyendo en el ingreso base de liquidación (IBL) bonificación mensual y horas extras.

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 pagarse tras realizar la respectiva reliquidación de conformidad con la parte motiva de esta providencia y los factores relacionados en el numeral anterior, a partir de abril 25 de 2014

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.

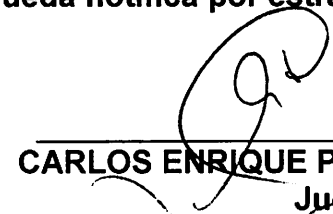
SEXTO : En firme la presente sentencia, comunicar a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el

inciso último del artículo 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO : SIN CONDENA EN COSTAS

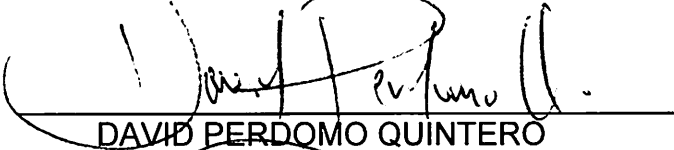
OCTAVO : LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código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

La presente decisión queda notifica por estrados



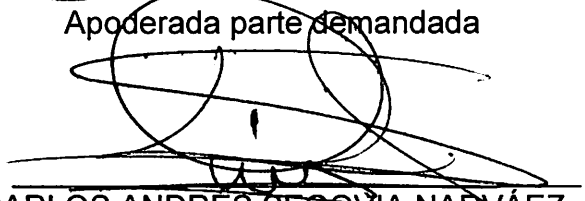
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez



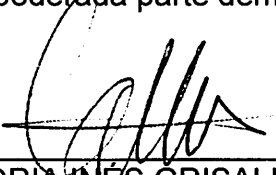
DAVID PERDOMO QUINTERO

Apoderada parte demandada



CARLOS ANDRÉS SEGOVIA NARVÁEZ

Apoderada parte demandante



GLORIA INÉS GRISALES LEDESMA

Oficial Mayor