



Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla D.E.I.P., veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019).-

Radicado	08-001-3333-006-2015-00643-00.
Medio de control o Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	FILOMENA ENRIQUETA VÁZQUEZ DE VILLAMIZAR.
Demandado	La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Soledad - Secretaría de Educación Municipal.
Juez	MARIANA DE JESÚS BERMÚDEZ CAMARGO.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral instaurada, a través de apoderado judicial, por la señora Filomena Enriqueta Vázquez de Villamizar contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Municipio de Soledad.

II.- ANTECEDENTES.

II.1 Pretensiones:

-. Que sea declarada la nulidad de la Resolución No.167 de 3 de marzo de 2005 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, por medio del cual le fue reconocida y ordenada la pensión de jubilación a la señora Filomena Enriqueta Vázquez de Villamizar; así también, sea declarada la nulidad de la respuesta emitida el 13 de diciembre de 2014, frente a la solicitud de reliquidación de la pensión que formulada el 16 de octubre de 2014.

En consecuencia de las anteriores declaraciones, sean incluidos los factores salariales de prima de exclusividad, navidad y de vacaciones, efectivamente devengados por la demandante, al momento de adquirir su status de pensionada a través de la Resolución No. 0167 de 3 de marzo de 2005.

- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, sea ordenado el reconocimiento y pago del retroactivo dejado de pagar, desde la fecha en que la demandante adquirió su status de pensionada, hasta cuando se realice su pago, junto con la indexación a la que haya lugar.

II.2. Hechos.

Se sintetizan como sigue:

- Que fue vinculada al servicio educativo nacional mediante Resolución No.480 de 31 de enero de 1977, expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

- Que a través de Resolución No. 0167 de 3 de marzo de 2005, el representante legal del Ministerio de Educación Nacional ante entidad territorial del Atlántico, le reconoció y ordenó el pago de su pensión vitalicia de jubilación por ser docente nacional de situado fiscal y haber cumplido con los requisitos de ley.

- Que la resolución a través de la cual le fue reconocida la pensión de jubilación fue concebida al amparo de la Ley 91 de 1989, Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003.

- Que desde el 24 de abril de 2009, fecha en que obtuvo el status de pensionada, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", a través de la Fiduprevisora S.A., -entidad administradora de los recursos del FOMAG-, le viene cancelado las mesadas pensionales.

- Que al momento de la liquidación de su pensión de jubilación, no le fueron incluidos la totalidad de los factores salariales ordenado por la ley, como son: prima de exclusividad, prima de navidad, prima de vacaciones, que son bonificaciones por ella recibidas, durante el año anterior al momento de su retiro.

- Que el 16 de octubre de 2014, presentó petición a través de la cual solicitó la reliquidación de su mesada pensional, por la no inclusión de los factores que se debieron tener en cuenta conforme a la legislación aplicable en la materia a los docentes.

- Que de la petición de reliquidación obtuvo respuesta el 13 de diciembre de 2014, no accediendo a lo pedido.

- Que ante la Procuraduría No. 61 Judicial I para asuntos administrativos, fue cumplido con el requisito de la Audiencia de Conciliación Extra Judicial, pues así lo demuestra la diligencia No. PJA 61-1653-71705-2015, de 13 de abril de 2015.

II.3. Normas violadas.

Como tales son enunciadas las siguientes disposiciones:

Parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo No. 1 del 22 de julio de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Nacional y,

Ley 812 de 2003, artículo 81.

II.4. Posición de las partes:

Demandante: considera que el Ministerio de Educación Nacional aplicó en forma errada el Decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003, pues considera que dicha disposición no le es aplicable para reliquidar la pensión de jubilación; contrario sensu, estima que la entidad demandada debió incluir la totalidad de los factores salariales que devengaba al momento en que adquirió su status de pensionada, como son las primas de exclusividad, navidad y de vacaciones, y al no hacerlo vulneró las disposiciones de tipo constitucional y legal que en materia de pensiones de jubilación benefician al sector docente.

Demandadas:

- **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** Frente a los hechos de la demanda, se atuvo a lo que resultara probado en juicio, más en todo caso, se opuso a las pretensiones de la demanda, de los que dijo, carecen de fundamentos fácticos y jurídicos necesarios para su prosperidad. En tal sentido, enrostró las excepciones de fondo de "inexistencia de la obligación", "cobro de no debido", "prescripción", "genérica e innominada", "buena fe" y "compensación".

- **Municipio de Soledad – Secretaría de Educación Municipal:** sobre los hechos de la demanda, aceptó algunos y manifestó no ser ciertos los demás. Se opuso a las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, puesto que consideró que nos es viable jurídicamente la inclusión de los factores salariales demandados, para lo que alega la inexistencia de la obligación de reliquidar la pensión reconocida a la actora y, -en caso de prosperar las pretensiones, se tenga en cuenta la prescripción en relación de las mesadas pensionales causadas tres (3) años antes de la presentación de la reclamación

por la demandante, con base en lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

II.5. Concepto del Ministerio Público: No emitió concepto.

II.6. Actuación procesal.

La demanda fue presentada el 28 de abril de 2015¹ ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial.

Luego de haber sido avocado el conocimiento del proceso a través de auto de 13 de julio de 2015² y de haberse inadmitido la demanda por no haberse estimado razonadamente el valor de cuantía como lo da cuenta el proveído de 29 de febrero de 2016³, el Despacho, previa subsanación de 2 de marzo de 2016⁴, emitió providencia de 10 de mayo de 2016⁵ con la que se admitió.

En actuación de 12 de mayo de 2015⁶, la demandante presentó escrito de adición de demanda, frente al cual se pronunció el Juzgado en auto de 31 de mayo de 2016⁷.

Notificado el auto admisorio en debida forma las entidades demandadas, presentaron en tiempo sus respectivas contestaciones con la promoción de excepciones de fondo; el 16 de agosto de 2016⁸ por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que el Municipio de Soledad, hizo lo propio en memorial del 5 de octubre de 2016⁹

Surtido el trámite de las excepciones con su correspondiente traslado, fue señalada fecha y hora para el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. a través de proveído de 8 de mayo de 2017¹⁰.

¹ Fl.30.

² Fl.31.

³ Fl.32.

⁴ Fl.87.

⁵ Fls.40-41.

⁶ Fls.44-45.

⁷ Fl.48.

⁸ Fls.68-91.

⁹ Fls.94-309.

¹⁰ Fl.312, reverso.

El 21 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial¹¹, la cual fue suspendida, por cuenta que contra la decisión de no declarar probada la excepción previa de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, el Municipio de Soledad instauró recurso de apelación.

Surtido el trámite de la segunda instancia ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, fue confirmada la decisión reprochada en providencia proferida por el 23 de marzo de 2018 por el Despacho del Magistrado Luis Eduardo Cerra Jiménez¹².

De regreso el expediente del Tribunal, en auto de 24 de julio de 2018 ¹³fue dictado auto de obedecer y cumplir lo resuelto por el superior. Seguidamente, mediante providencia e 17 de septiembre de 2018¹⁴ fue programada fecha y hora para continuar la audiencia inicial, la cual se agotó el 7 de noviembre de 2018¹⁵, en la que, por haber sido ordenadas pruebas documentales, se prescindió de la audiencia de pruebas.

Adosados los documentos decretados, en proveído de 13 de diciembre de 2018¹⁶ fue declarado precluido el periodo probatorio y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos según el plazo legal consagrado por el artículo 181 del C.P.A.C.A., el cual fue descorrido por el Municipio de Soledad, en actuación de 24 de enero de 2019¹⁷, y por el apoderado judicial de la demandante, en escrito del 28 de enero de 2019¹⁸. Vencido el traslado de alegatos, la Secretaría hizo ingreso del expediente al Despacho, para dictar la sentencia que en derecho corresponda.

III. CONSIDERACIONES.

III.1.- Control de legalidad

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente, dejando sentado cual ha de ser el problema jurídico a resolver en este asunto, atendiendo a la fijación del litigio establecida en audiencia inicial llevada cabo el 07 de noviembre de 2018 y la que fue establecida en la posibilidad jurídica de declarar la nulidad del acto administrativo por cuya virtud le fue negada a la demandante la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al retiro.

¹¹ Fls.154-156.

¹² Fls.333-338.

¹³ Fl.346.

¹⁴ Fl.353.

¹⁵ Fls.363-365.

¹⁶ Fl.409.

¹⁷ Fls.422-430.

¹⁸ Fls.431-432.

III.2.- Problema Jurídico.

¿Establecer si la **Resolución No.167 de 3 de marzo de 2005** expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora Filomena Enriqueta Vázquez de Villamizar, fue expedida con vulneración de las normas constitucionales y legales en que debía fundarse, así como en falsa motivación?

En caso que el anterior planteamiento sea positivo, se deberá determinar si es procedente ordenar el restablecimiento del derecho deprecado, esto es, si la actora tiene derecho a que en la reliquidación su pensión mensual vitalicia por vejez, sean incluidos todos los factores salariales devengados en su último año de servicios en el que adquirió el estatus de pensionada, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1965.

III.3. Lo probado en el proceso.

Se relacionan como pruebas relevantes, las siguientes:

- Resolución No. Resolución No.167 de 3 de marzo de 2005, por medio de la cual se reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la señora Filomena Enriqueta Vázquez de Villamizar¹⁹.
- Certificación de los salarios devengados por la actora, expedida por la División Administrativa de la Secretaría de Educación Municipal de Soledad, de 8 de noviembre de 2004, donde fueron incluidos como factores salariales la asignación básica (sueldo), la prima de navidad, prima de exclusividad y la prima de vacaciones²⁰.
- Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, en el cual se lee que la demandante ostenta un tiempo total de servicio de treinta y un años (31) años y cuatro (4) meses, contabilizados desde su ingreso al magisterio el 11 de febrero de 1977, hasta el 11 de junio de 2008²¹.

III.4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

¹⁹ Fls.7-9.

²⁰ Fl.284.

²¹ Fls.306-309.

Inicialmente habrá que traer a colación lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, sobre prestaciones sociales, así:

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

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

Como ha de verse, esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, para luego extenderse a aquellos del nivel territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968 y en el caso de los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

El Decreto-Ley No.3135 de 1968, disponía:

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

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

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

Posteriormente, la Ley 33 de 1985, establece:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Parágrafo. 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

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

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

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

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

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

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 el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

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

(...)

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 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.”

Más adelante, la Ley 60 de 1993, señala en su artículo 6, que:

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

Seguidamente, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluye a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al expresar:

“Así mismo, se exceptúan 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 (...)”.

De esta forma, se tiene que si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplicaba 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, es posible inferir 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.

A continuación, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

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

Sin embargo, en materia de pensión de jubilación, la Ley 91 de 1989 y la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”, como tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.

En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que señala que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales.

Ahora, pese a que la ley 100 de 1993 que creó el "sistema de seguridad social integral" y como parte de él estructuró el "sistema general de pensiones", exceptuó de su aplicación algunos sectores de pensionados, entre ellos, 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 (...)*"; posteriormente fue expedida la ley 812 de 2003 que aprobó "el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario". Esta normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo concerniente al régimen pensional de los docentes oficiales:

"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 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".

Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137. Finalmente, la Ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el "Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010", en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la Ley 812, entre ellas, las contenidas en el artículo 81.

Según toda la normatividad precedente se puede colegir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular y, ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

Ahora bien, en lo que concierne al objeto de Litis, tenemos que el mismo ha sido estudiado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación calendada 04 de agosto de 2010, en la cual se consideró:

“(…) En aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones”.

Como ha de verse, no cabe duda que la lista de factores salariales establecida en la Ley 33 de 1985, no es taxativa sino meramente enunciativa, lo cual no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador, durante el último año de prestación del servicio, percibidos de manera habitual como retribución directa del servicio.

Lo anterior y a manera de ilustración también lo refuerza el Despacho con la Sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez, del 10 de Agosto de 2011, donde figura como parte actora el Ministerio de Educación Nacional, referencia Prestaciones Sociales del Magisterio – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidación y reconocimiento de las pensiones causadas durante la vigencia del Decreto 3752 de 2003, a través de la cual el Consejo de Estado, aclara que para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público oficial al entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, el Régimen pensional es el establecido por las normas que la regían para esa fecha, es decir, la Ley 81 de 1989 y demás normas concordantes.

Estableció así mismo, que por el contrario el de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de junio 27 de 2003, es el Régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los mismos requisitos en él exigidos.

La anterior postura, fue reiterada por el Consejo de Estado en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda con fecha veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), y con criterio de Unificación, donde se dijo:

“Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes”.

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el *sub iudice*, se encuentra acreditado que la actora adquirió el status de pensionada a partir del 5 de noviembre de 2004²², lo que nos conduce a afirmar que resulta procedente en principio la aplicación de los preceptos contenidos en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado 4 de agosto de 2010, máxime si tenemos en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además ingresó a la docencia el **11 de febrero de 1977**, esto es, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Siendo ello así, y de conformidad con el referente jurisprudencial traído a consideración, es claro que la actora Filomena Enriqueta Vázquez de Villamizar tiene derecho a recibir una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, liquidada sobre los factores señalados en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 y en el artículo 73 Decreto 1848 de 1969.

No obstante, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto del representante del Ministerio de Educación Nacional ante el ente territorial del Atlántico en

²² Calenda en que la demandante adquirió su status de pensionada, conforme a las consideraciones del acto administrativo demandado 7-8.

la Resolución No. 0167 de 03 de marzo de 2005 *"Por la cual se reconoce una pensión mensual de jubilación"*, solo incluyó, al momento de liquidar la prestación en comento, el concepto de sueldo y/o asignación básica (fl. 7).

Sobre el particular, advierte el Juzgado que a folio 284 del expediente milita certificación expedida por la Jefe de la División Administrativa de la Secretaría de Educación Municipal del 8 de noviembre de 2004, a través de la cual se acreditan los factores salariales percibidos por la demandante durante los años 2004 y 2005, discriminándose que además de la asignación básica -concepto que sí fue tenido en cuenta para liquidar la pensión de jubilación-, la señora Filomena Enriqueta Vásquez Villamizar también devengó **prima de exclusividad, prima académica, prima de vacaciones y prima de navidad**, factores que igualmente debieron ser incluidos en la liquidación, de conformidad con lo normado en los artículos 73 del Decreto 1848 de 1969 y, 45 del Decreto 1045 de 1978.

Colofón, demostrado que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto del representante del Ministerio de Educación Nacional ante el ente territorial del Atlántico al momento de efectuar la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, ignoró los factores salariales denominados prima de exclusividad, prima académica, prima de vacaciones y prima de navidad, resulta imperioso acceder a las súplicas de la demanda, razón por la cual se ordenará la nulidad parcial de la Resolución No. 0167 de 03 de marzo de 2005 *"Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a un docente nacional"*, así como la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación sin fecha, suscrita por el Secretario de Educación de Soledad, a través del cual se denegó a la actora la solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación formulada el 16 de octubre de 2014.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la señora Filomena Enriqueta Vásquez de Villamizar, reconocida mediante Resolución No. 0167 de 03 de marzo de 2005, para lo cual deberán incluirse en dicha liquidación además de su asignación básica, la prima de exclusividad, prima académica, prima de vacaciones y prima de navidad. Las sumas que resultaren deberse a la demandante, a raíz de la fijación del nuevo valor de su pensión solo tendrán **efectos fiscales a partir del 16 de octubre de 2011** por haber operado el fenómeno de la prescripción trienal de las mesadas pensionales, como pasa a explicarse:

Se encuentra acreditado en el expediente que mediante Resolución No. 0167 de 03 de marzo de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto del representante del Ministerio de Educación Nacional ante entidad territorial del Atlántico,

ordenó el reconocimiento y pago a la actora de una pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 06 de noviembre de 2004 (fls. 8-9).

Igualmente, está demostrado que la señora Filomena Enriqueta Vázquez de Villamizar, el 16 de octubre de 2014, solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No. 0167 de 03 de marzo de 2005, petición que fue denegada (fls. 10-12).

Así las cosas y de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, luego de comparar las diferentes fechas, esto es, desde cuando le surge el derecho de petitionar la reliquidación de la pensión de jubilación (17 de marzo de 2005) y la de presentación de la petición de reconocimiento y pago de la prestación en comento (16 de octubre de 2014), se tiene que se encuentra probada la prescripción trienal de los derechos reclamados por el período comprendido entre el 17 de marzo de 2005 hasta el 15 de octubre de 2011.

Las diferencias resultantes se ajustarán en su valor aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, 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 hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Ahora bien, habrá que decir que, le asiste a la demandada el derecho a descontar los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no haya efectuado la deducción legal, pero únicamente aquellos realizados sobre el último año de servicios, ello en procura de no lesionar las finanzas del Estado, en especial aquellas con las cuales se sufragan las pensiones de todos los colombianos, tal como también lo ha reconocido el Consejo de Estado Sección II Subsección B en Sentencia de diecisiete (17) de marzo de 2011, con ponencia del Dr. Víctor Alvarado Ardila, en la que señaló que "(...) se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación indicando 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 pensional”.

.- COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedora a esa sanción, además que la causación de las mismas tampoco aparece demostrada en el presente asunto.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la **Resolución No.167 de 3 de marzo de 2005**, por medio de la cual se le reconoció el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la señora Filomena Enriqueta Vázquez de Villamizar, con cargo a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG; así como la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación sin fecha, suscrita por el Secretario de Educación de Soledad, a través del cual se denegó a la actora la solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación formulada el 16 de octubre de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación - Ministerio de Educación a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión reconocida a la señora Filomena Enriqueta Vázquez de Villamizar, mediante Resolución No.167 de 3 de marzo de 2005, incluyendo además de la asignación básica, los factores salariales de **prima de exclusividad, prima académica, prima de vacaciones y prima de navidad**, devengados durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho. Se deberán aplicar los reajustes anuales correspondientes y se deberán cancelar las diferencias desde el 16 de octubre de 2011.

TERCERO: La Nación - Ministerio de Educación a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio podrá descontar los aportes correspondientes a los factores sobre los

cuales no se haya efectuado la deducción legal para pensión, pero únicamente aquellos realizados sobre el último año de servicios.

CUARTO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A y C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: Désele cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del C.G.P.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIANA DE JESÚS BERMÚDEZ CAMARGO
Jueza