



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla D.E.I.P., dieciseis (16) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicado:	080001-33-33-001-2019-00317-00
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante:	Juan Antonio Morón Ávila.
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Juez (a)	Guillermo Alonso Arévalo Gaitán

TEMA

SENTENCIA ANTICIPADA DE RELIQUIDACION DE PENSION JUBILACION DOCENTE

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia anticipada de acuerdo al artículo 182A. de la ley 1437 de 2011 adicionado por el art. 42, Ley 2080 de 2021, dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por Juan Antonio Morón Ávila, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

“Que es NULO PARCIALMENTE EL ACTO ADMINISTRATIVO No. 11947 del 26 de Noviembre de 2018, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA — FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante el cual se le reconoce la pensión de jubilación.

Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, declarar que mi mandante tiene derecho a que el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL por conducto del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio le reconozca, reliquide y ordene el pago de la pensión de jubilación teniendo en cuenta TODOS LOS FACTORES SALARIALES, como son: LA PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE SERVICIOS y HORAS EXTRAS, devengados durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho, es decir, entre el 08 de Octubre de 2017 hasta el 07 de Octubre de 2018, de conformidad con las normas establecidas.

Que se ordene liquidar y pagar a la demandada y a favor de mi representada, las diferencias entre lo que se ha venido cancelando de conformidad con la resolución 11947 del 26 de Noviembre de 2018 y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene la liquidación de la pensión, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía reliquidada TODOS LOS FACTORES SALARIALES devengados y certificados en el año inmediatamente anterior a la causación del derecho, tal como la PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE SERVICIOS y HORAS EXTRAS, factores estos que no fueron incluidos en el acto administrativo demandado. La pensión efectiva a partir del 08 de octubre de 2018, en cuantía de \$3.708.501.00.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Condenar al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante se le indexe el valor de dichas sumas de conformidad con el índice de precios al consumidor o al por mayor como lo establece el artículo 187 del C.P.A.C.A, desde que se originó la obligación hasta la fecha' de ejecutoria de la respectiva sentencia.

Si no se dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A, la entidad demandada liquidará los intereses comerciales y moratorios hasta que le de cabal cumplimiento a la sentencia que le puso fin al proceso, conforme lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Se condene también a la demandada a título de restablecimiento del derecho a pagar a mi poderdante los INTERESES DE MORA causados por el injusto retardo en el pago del valor real de su pensión de jubilación, según lo dispuesto en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Ordenar al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. 8°.- Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.”

- HECHOS

“1.- El señor JUAN ANTONIO MORON AVILA, laboró como docente por más de 20 años en el Distrito de Barranquilla, y al cumplir 55 años de edad se generó la causación del derecho de pensión de jubilación ordinaria consagrada en las normas aplicables.

2.- Mediante resolución 11947 del 26 de noviembre de 2018 proferida por la SECRETARIA DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA — FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por la cual se le reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación a mi mandante en cuantía de \$2.876.805.00 efectiva a partir del 08 de octubre de 2018, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año a la adquisición del status pensional.

3.- La ley 91 de 1989 en su artículo 3° creo "el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

4.- El artículo 56 de la ley 962 de 2005, mediante el cual se racionalizaron los tramites en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determino que las prestaciones sociales que pagará el mencionado fondo serán reconocidas por él, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente y que el acto administrativo se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la Entidad Territorial.

5.- En desarrollo del mandato anterior se expidió el Decreto 2831 de 2005 estipulando en su artículo 30 (Gestión a cargo de las secretarías de educación), que "la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

a través de la secretaria de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

6.- Conforme a los Tres (3) hechos anteriores le corresponde a la Nación (Ministerio de Educación Nacional) reconocer y pagar, a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez a los docentes y directivos docentes oficiales.

7.- La SECRETARIA DE EDUCACION — FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al expedir el acto administrativo mencionado anteriormente, en el cual se ordena pagar la pensión de jubilación a mi mandante, SIN INCLUIR TODOS LOS FACTORES SALARIALES, como es LA PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE SERVICIOS y HORAS EXTRAS, los cuales debieron ser tenidos en cuenta tal como lo establecen las normas que expondré en el acápite del concepto de violación, determinó una cuantía menor a la que realmente le corresponde, provocando un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad y haciendo gravosa la situación de mi poderdante.

8.- La jurisdicción contenciosa administrativa en diferentes providencias ha ordenado a la Nación — Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de todos los factores salariales a los docentes que por la naturaleza de sus funciones se encuentran amparados por un régimen especial de pensiones, como los relacionados a continuación:

-. MYRIAM ISABEL CAMELO PRIETO, con C.C. 41.446.359, sentencia proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B" el 06 de octubre de 2006, Dr. CARLOS A. PINZON BARRETO, proceso 2004-07494.

-. MARIA LEONOR PEÑA DE HERNANDEZ, con C.C. 28.194.187, sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Segunda el 26 de marzo de 2010, confirmada por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "K, el 25 de febrero de 2011, M.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, proceso 2007 - 00494.

9.- La Nación — Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaria de Educación del Distrito de Barranquilla al expedir la Resolución que, de lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación, debe tener en cuenta todos los factores salariales que el docente devengaba durante los últimos doce (12) meses a la fecha en que adquirió el status de pensionado. por lo tanto, la liquidación que le corresponde a mi mandante es la siguiente:

FACTORES SALARIALES	AÑO 2017-084 días	AÑO 2018-276 días	PROMEDIO / MES
Sueldo	3.397.579.00	3.641.927.00	3.584.912.46
Bonif. Mensual Docentes	67.952.00	109.258.00	99.619.92
Prima de Navidad	3.760.342.00		313.361.83
Prima de Vacaciones	1.804.964.00		150.413.66
Prima de servicios	1.732.765.00	1.875.592.00	153.522.14
Horas extras	2.165.370.00	5.548.690.00	642.838.33
Sueldo Base de Liquidación			4.944.668.34
Pensión de Jubilación			3.708.501.25

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Factores salariales estos que se omitieron al momento de concederle la Pensión de Jubilación, fijándosele el monto en \$2.876.805.00 y no en la cuantía legal que era de \$3.708.501.25.”

NORMAS VIOLADAS

Legales: Artículo 1° y 3° de la Ley 33 de 1985, artículo 1° de la Ley 62 de 1985, artículo 81 de la ley 812 de 2003, artículo 15 numeral 1°, inciso 1° y artículo 2° numeral 5° de la ley 91 de 1989, artículo 7° del Decreto 2563 de 1990, artículo 3° del Decreto-Ley 2277 de 1979; literal a) del artículo 2° y artículo 12 de la ley 4° de 1992; artículo 1° del Decreto Reglamentario 1440 del 1° de septiembre de 1992; artículo 115 y 180 de la ley 115 de 1994; Ley 65 de 1946; artículo 4° de la Ley 4° de 1966; artículo 5° del Decreto 1743 de 1966; artículo 1°, par. 2° de la Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6° de 1945; Decreto 1045 de 1978, artículo 45 y Sentencias de Constitucionalidad proferida por la Honorable Corte Constitucional (Expedientes C-6057 Y C-6072, Sentencia C-472 DE 2006).

Constitución Política: Artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336.

- CONCEPTO DE LA VIOLACION.

La parte demandante explica el concepto de violación en la siguiente forma:

“A.- DESCONOCIMIENTO Y VIOLACION DE LA LEY.

1°) VIOLACIÓN DEL INCISO SEGUNDO, ARTICULO 1° DE LA LEY 33 DE 1985, POR FALTA DE APLICACIÓN, Esta norma fue violada por la entidad demandada por falta de aplicación en consideración a lo siguiente: excusa ARTICULO 1°.- 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 a derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión 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 servicios.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajen 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.

De las normas transcritas se deduce que la Ley 33 de 1985 consagra una excepción para los empleados oficiales que gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación, como es mi procurado por ser Docente, tanto para la adquisición de su derecho, como para su liquidación la cual se debe liquidar con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho.

En consecuencia debió reconocérsele a mi procurado la pensión de jubilación conforme a dichas disposiciones con todos los factores salariales a los cuales tenía derecho, tal como lo ha expresado reiteradamente el honorable Consejo de Estado.

2°) VIOLACIÓN DEL INCISO TERCERO DEL ARTICULO 3° DE LA LEY 33 DE 1985, POR MALA INTERPRETACION EN SU APLICACIÓN.

Esta norma fue violada por la entidad demandada por mala interpretación en su aplicación en consideración a lo siguiente: "ARTICULO 3°.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

"En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

En efecto, la sala de consulta y servicio civil del honorable Consejo de Estado, con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, en respuesta a una consulta elevada por el señor ministro de trabajo y seguridad social en el sentido que si para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación a quienes gozan de regímenes especiales, les son aplicables los factores señalados en el inciso 2 del artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985 y que si se efectúan aportes sobre factores diferentes a los establecidos en los artículos anteriores, se pueden tomar éstos, como factores salariales para liquidación de pensión, respondió:

"1°. Las pensiones de jubilación regidas por leyes especiales, no pueden liquidarse con fundamento en los factores prescritos por el artículo 3°, inciso 2 de la Ley 33 de 1985 porque no les es aplicable.

2°. Las pensiones regidas por leyes especiales se deben liquidar exclusivamente con fundamento en ellas. Cada uno de estos estatutos tiene carácter especial y prevaleciente.

3°. Las pensiones reguladas por leyes especiales se liquidan con fundamento, no en los aportes, sino en la remuneración que es TODO lo que percibe el empleado o trabajador, directa o indirectamente, por causa de su relación laboral".

Es perentorio el honorable Consejo de Estado al respecto, por consiguiente la pensión de jubilación debe liquidarse con base en las leyes especiales que lo regían. "En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Sobre el tema de los factores de salario para el cálculo del monto pensional] de los servidores públicos, que se rigen por la leyes 33 y 62 de 1985, se plantean tres hipótesis:

1. Que los factores de salario que se deben tener en cuenta para el cálculo del monto pensional son los que de manera taxativa indican las leyes 33 y 62 de 1985.
2. Que los factores a tener en cuenta para el cálculo del monto pensional son los que hayan servido de base para calcular los aportes.
3. Que los factores a tener en cuenta para el cálculo del monto pensional Son todos los devengados en el último año de servicio, de tal suerte que si alguno de ellos no se le efectuaron los aportes, este no es motivo para ignorarlos como elementos salariales integrales del ingreso base de liquidación de la pensión.

Afirmamos que hay violación a los artículos 30 de la ley 33 de 1985 y primero de la ley 62 de 1985, porque al aplicar la Administración estas normas en sentido literal o restringido en la Resolución que reconoció la pensión de jubilación de mi poderdante podemos decir que viola las mismas normas en mención, porque el precedente del Consejo de Estado en Sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda en Sentencia del 4 de agosto de 2010 No, 250002325000200607509 01.- Número Interno: 0112-2009, con ponencia del doctor VICTOR ALVARADO

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

ARDILA en la que se estableció que la lista de los factores salariales establecida en la ley 33 de 1985 y en la ley 62 del mismo año, no es taxativa sino que es meramente enunciativa, lo cual no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador cuando manifestó:

"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.

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 la pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación..". Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional."

"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.

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 la pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación..". Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional."

Más adelante, en la misma providencia, manifestó:

"Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en' tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar 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.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

C) Del principio de favorabilidad en materia laboral

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parle del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido' que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional. Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación. De hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor mediada los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

D) De las finanzas públicas

En materia de derechos prestacionales, uno de los aspectos que principalmente se ha observado para efectos de delimitar el reconocimiento y goce de los mismos es el referente a los recursos que debe proveer el Estado para satisfacerlos, pues es evidente que demandan un alto nivel de gasto público e inversión social.

Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para Limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la auto sostenibilidad del sistema.

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez 'se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.

Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho, concepto haya lugar.

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho."

Ahora, respecto a los factores salariales de prima de navidad y prima de vacaciones es muy importante traer a colación lo manifestado por el Consejo de Estado en la Sentencia unificadora que estamos viendo, cuando determinó:

"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.

(...)

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación.

En efecto, durante el último año de servicio, comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, el actor devengó los siguientes conceptos: asignación básica; alimentación; bonificación por recreación; bonificación semestral; bonificación por servicios; .diferencia de horado; dominicales y festivos; horas extras; inc. (Sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones; indemnización de vacaciones.

En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horado; dominicales y festivos, horas extras; inc. (Sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo'.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Ahora bien, ante la diversidad de criterios existentes sobre el tema de los factores salariales que deben tenerse en cuenta para el cálculo del monto pensional de los docentes territoriales y nacionales a quienes se les aplica la ley 33 y la ley 62 de 1985, el Honorable Consejo de Estado en Sentencia que resuelve un caso similar, la Sala Plena Sección Segunda — Subsección B, del 26 de Agosto de 2010, siendo Magistrado Ponente el Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicado, 1738-2008, Actor: HERNANDO BUITRAGO PEREZ, dijo lo siguiente:

"De los factores:

En los términos del artículo 1° de la ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la ley 33 de 1985, la Base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración estada constituida así:

"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 la remuneración se impute presupuestalmente como funcionado a como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior la base de liquidación de 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, prima técnica, dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

"En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden siempre se liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"

Ahora bien, ante la diversidad de criterios existentes en esta materia, la Sala Plena de esta Sección, retomo el análisis de los factores a reconocer en la base de liquidación pensional de los reconocimientos efectuados bajo el imperio de la ley 33 de 1985, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes normativos y jurisprudenciales, arribando a las siguientes conclusiones:

"(...).

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquello que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...)

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en Cabeza del Legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada redacción de la disposición analizada, a saber la ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 del mismo año, y el principio de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

(...)

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-Hte, tal y como va 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".

Posición que se adopta para la solución del presente caso, con base en los argumentos expresados en dicha ocasión, en consecuencia, en el caso en concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

reconocido incluyendo los factores salariales devengados en el último año de servicio."

La línea jurisprudencial vista anteriormente, va viene siendo aplicada en el Departamento del Atlántico por intermedio del Tribunal Administrativo de este ente territorial, es así que en el expediente radicado con el número 00138-2010-H con ponencia del doctor Ángel Hernández Cano dicto sentencia de fecha 31 de agosto de 2011.

Por lo anterior es claro señor Juez que el proferir la Nación-Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaria de Educación del Distrito de Barranquilla, los anteriores actos administrativos demandados en esta oportunidad, en primer lugar trasgreden normas legales e indirectamente normas constitucionales; ya que al calcular el monto pensional sin tener en cuenta los rubros que fueron certificados como devengados y pagados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionada de mi poderdante, viola lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, que estipulan que, el monto pensional habrá que calcularse con el 75% del promedio en el último año de servicio incluyendo todos los factores salariales, tales como la prima de navidad, prima de vacaciones, prima especial y prima de alimentación, por ser estos permanentes y habituales que se pagaron al docente como retribución directa por su trabajo.

3°.- VIOLACION DEL ARTICULO 4° DE LA LEY 4° DE 1966.

"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tenga derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público se liquidaran y pagaran tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público".

El Acto Administrativo atacado igualmente transgredió estas normas, al no incluir la prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad, en la liquidación de la pensión de jubilación, pues no solamente hizo caso omiso de ellas, sino que por el contrario negó el derecho que le asiste a mi representado, desconociendo de paso la ley 24 de 1947, artículo 1°, Par. 2°, en concordancia con el artículo 29 de la ley 6° de 1945, que ordena liquidar y pagar las pensiones de los servidores del ramo docente, al igual que la ley 65 de 1946 que definió "el salario o sueldo no solo como la asignación básica fija sino como todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado a manera de retribución de sus servicios".

4°.- FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 45 DEL DECRETO 1045 DE 1978.

"**Artículo 450.** De los factores de salario para la liquidación de cesantías y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación de servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciben los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 del 1968"

El Acto Administrativo atacado desconoció esta norma por cuanto al no incluir la prima de alimentación, prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad en la liquidación de la pensión de jubilación, vulneró el derecho que le asiste a mi poderdante de liquidársele su pensión de jubilación 'con todos los factores salariales.

5°.- FALTA DE APLICACIÓN DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 2° DE LA LEY 91 DE 1989.

"Artículo 2° De acuerdo con lo dispuesto por la ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del .Magisterio..."

El Acto Administrativo desconoció ostensiblemente esta norma, porque el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el encargado de pagar la pensión de Jubilación y al cumplir mi representado con los requisitos exigidos para acceder a la prestación social, es esa entidad quien debe realizar su pago incluyendo todos los factores salariales que se acreditaron.

6°. FALTA DE APLICACION DEL ARTICULO 7° DEL DECRETO 2563 DE 1990.

"Las prestaciones sociales del personal docente nacionalizado, que se causen a partir del 30 de diciembre de 1989, así como los correspondientes reajustes, y la sustitución de pensiones que se reconozcan a partir de dicha fecha, son de responsabilidad de la Nación y serán pagados por intermedio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"

Por las consideraciones anteriores esta norma igualmente fue transgredida por el Acto Administrativo en comento.

7°. FALTA DE APLICACIÓN DEL ARTICULO 3° DEL DECRETO - LEY, 2277 DE 1979.

"Educadores oficiales. Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales del régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto.

Por desconocer que mi representado(a) goza de un régimen especial, el acto administrativo atacado no incluyó en la liquidación de la Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación, la totalidad de los factores salariales que oportunamente fueron acreditados.

8°. VIOLACION DEL ARTÍCULO 115 DE LA LEY 115 DE 1994.

"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.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

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."

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno val reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

Desde luego, la ley 115 de 1994 en el artículo señalado también fue objeto de transgresión por el Acto Administrativo atacado al no cumplirse su mandato y su remisión a las otras normas.

9°.- VIOLACION DEL ARTICULO 180 DE LA LEY 115 DE 1994.

"Reconocimiento de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la Entidad Territorial, a la que se encuentre vinculado el docente. El Acto Administrativo del reconocimiento se hará mediante resolución que llevará además, la firma del Coordinador Regional de Prestaciones Sociales.

La administración violo igualmente este artículo porque estaba en la obligación el funcionario público, de reconocer la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales, por cuanto ante esta Entidad Territorial se encuentra vinculado el Docente y no le estaba dado hacer equivocadas interpretaciones en el Acto Administrativo, para negar la inclusión de todos los factores salariales al Docente que cumplió con sus requisitos y no permitirle al Estado otorgar a uno de sus servidores los beneficios consagrados en la normas legales.

B.- VIOLACION A LA CONSTITUCION NACIONAL.

Con la expedición de los actos administrativos demandados, se han dado varias transgresiones en el ámbito Constitucional. Entre ellas se da, frente al acto Legislativo 001 de 2005, el cual en su parágrafo 1 transitorio indica:

El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes 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.

Por otro lado, el artículo 1° de la Constitución prescribe que nuestro país está organizado como un Estado Social de Derecho que obliga a las autoridades a adelantar sus actuaciones dentro de los términos preestablecidos en la constitución y en la ley. Por lo tanto al negar la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación a mi poderdante, viola estos principios, porque el acto atacado desconoce los derechos que le corresponden al docente generándose un detrimento profundo en la seguridad jurídica de los educadores.

El Artículo 2° de la Constitución fue desconocido por la entidad demandada porque uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la "efectividad de los derechos consagrados en la Constitución" y uno de ellos es la Seguridad Social.

El derecho a incluirle todos los factores salariales en la pensión de jubilación a mi mandante, está claramente consagrado en normas legales, derecho patrimonial que igualmente debió ser protegido por el funcionario público como lo ordena el artículo 2° de la Constitución en comentario.

La Constitución al consagrar en su artículo 4° que ella es norma de normas, la demandada desconoció este mandato al no reconocer el derecho a la pensión de jubilación con todos sus factores salariales, que no solo se encuentra amparado en normas legales sino en la misma Constitución en los artículos 48, 53 y 58.

Los funcionarios públicos deben tratar a toda persona sin discriminación alguna, porque ello constituye la razón de ser de un Estado; en ese sentido el respeto de los derechos será inalienables debe inspirar todas las actuaciones del Estado conforme al artículo 5° de la Constitución el cual también se violentó con el desconocimiento de los factores salariales en la pensión de jubilación a que tiene derecho mi representado.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

El artículo 6° de la Constitución enseña que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la ley por omisión o extralimitación de funciones. Existe una obligación de las Autoridades Administrativas para poner en acción lo necesario con el objeto de que los derechos de los ciudadanos se reconozcan y paguen, como en el presente caso, que al producir el Acto Administrativo demandado, se dio todo lo contrario en abierta oposición al citado artículo 6°.

El artículo 13 de la Constitución establece el principio de la igualdad de oportunidades, pero no como un parámetro formal de valor o como un desgastado postulado que pretenda un anacrónico igualitarismo.

Es la igualdad real y efectiva de oportunidades que invoca una misma protección y trato de las autoridades, sin que permita la odiosa discriminación.

De esa igualdad de oportunidades fue excluido mi mandante con el Acto Administrativo que le negó el derecho a incluir en la pensión de jubilación todos los factores salariales, entronizando de paso una odiosa discriminación frente a los demás docentes oficiales que se le ha reconocido la pensión de jubilación con los factores salariales.

Los artículos 46 y 48 de la Constitución son explícitos y contundentes en la definición, garantía, protección, dirección, coordinación, control de la Seguridad Social estableciéndola como un derecho irrenunciable y una obligación del Estado. La Seguridad Social implica la prestación de asistencia y protección, elemento de un Estado Social de Derecho que debe establecer una forma de organización política que conlleve la construcción de unas condiciones indispensables que permitan a todos los habitantes una vida digna y un mínimo de situaciones que le otorguen su seguridad material.

La entidad demandada desconoció estos principios de la dignidad humana y del Estado Social del Derecho, al negar con el acto administrativo de derecho de incluir todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación a mi mandante.

Artículo 53 de la Constitución fue violado por la Administración al no permitir que ha mi mandante se le garantice el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de la pensión, al no incluir en la pensión de jubilación todos los factores salariales, así como el desconocimiento a una remuneración mínima vital y móvil y situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

El artículo 58 en concordancia con el artículo 336 de la Constitución son igualmente vulnerados por el Acto Administrativo atacado, en tanto que desconoce los derechos adquiridos de los docentes nacionales consagrados en la ley 91 de 1989, Decreto-Ley 2277 de 1979, Ley 115 de 1994, Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946, Ley 42 de 1947, Ley 4° de 1996, Decreto 1743 de 1966, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985, entre otros.

- **FALSA MOTIVACION DEL ACTO ACUSADO**

La concepción de Estado Social de Derecho imperante en Colombia, como eje Constitucional, en su organización, impone a las autoridades actuar dentro de lo previsto en la ley.

El artículo 121 de la Constitución establece que "...ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley...". Este principio Constitucional ha sido violado con la expedición del Acto Administrativo acusado, desconoce que por expreso mandato de las normas se le debe incluir a los docentes todos los factores salariales en la liquidación de su pensión mensual vitalicia de jubilación, en tanto que desconoce los derechos adquiridos de los docentes nacionales consagrados en la ley 91 de 1989, Decreto-Ley 2277 de 1979, Ley 115 de 1994, Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946, Ley 42 de 1947, Ley 40 de 1996, Decreto 1743 de 1966, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985, entre otros.

En las normas antes mencionadas, entre otros aspectos, se relacionan directamente con la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, incluidos los que corresponden al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como el porcentaje del sueldo básico mensual del personal afiliado al fondo (5%) y el aporte de la Nación equivalente a una doceava

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte de rubro de servicios personales de los docentes.

Por su parte el artículo 81 de la ley 812 del 26 de junio de 2003 tal como lo manifestamos con anterioridad no debió ser aplicado sino el régimen prestacional anterior a la vigencia de este.

En el parágrafo 4° de este mismo artículo se refiere al valor de la tasa de cotización (y distribución) que deben aportar tanto los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como empleadores (en este caso el Estado), remitiendo a la suma de aportes tanto para la salud como para pensiones establecidas en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En desarrollo de esta normatividad se expidió el Decreto 2341 del 2003, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 81 de la ley 812 de 2003, indicando en su artículo 1° la tasa de cotización que será el establecido en la leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Si este Decreto, en su artículo 2°, al igual que el Decreto 3752 de 2003, en su art. 3°, se pretende aplicar por parte de la entidad demandada a los docentes antiguos, vale decir los vinculados antes del 26 de junio de 2003, habrá que decir que el Presidente de la República desbordo las facultades concedidas para su reglamentación, toda vez que la ley 812 de 2003 no legislo sobre la cuantía de la pensión, su monto o porcentaje, ni los factores salariales a tomar, ni indicó, ni señaló, ni insinuó cual debe ser el ingreso base de cotización o ingreso base de liquidación a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación.

Sobre este Decreto ya ha tenido la oportunidad el Honorable Consejo de Estado de pronunciarse en repetidas ocasiones, como lo demuestra entre otros el fallo del 22 de Julio de 2004, la Sección Segunda, Subsección "A" Magistrado Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, Exp: 4136- 03, Actor: LEDYS MARIA ROJAS DE CUAN, cuando expreso:

"De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del art. 36, están previsto un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del art. 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la más favorable, o sea la primera regla del inciso 2°. (Sentencia 21 de Septiembre de 2000, exp: 470 -99, Actor: LAUREANO GUTIERREZ GUTIERREZ). (...)

4. En gracia de discusión y aceptando que la forma de liquidación de la pensión de la demandante, fuere según los términos del inciso 3° del art. 36 de la ley 100 de 1993, advierte la Sala que allí se establece el "promedio de lo devengado", sin calificar discriminar o distinguir, como sí lo hicieron los decretos simplemente reglamentarios 691 y 1158 de 1994, aplicados por la caja demandada en el auto acusado (f:124) y que restringieron lo devengado a los 7 conceptos enunciados en el último Decreto, los cuales no solo restringieron lo devengado a esos 7 conceptos, sino que además distinguieron o calificaron las primas técnicas, antigüedad, ascensional y de capacitación para tenerlas en cuenta solo cuando fueren salario. Bien sabido que una norma reglamentaria no puede neutralizar o impedir la aplicación de la ley reglamentada, de lo cual se deduce que en la hipótesis de aplicarse el inciso 3° de la ley 100 de 1993 a la liquidación de la pensión de jubilación, esta debe hacerse sobre la base de todo lo devengado, sin excluir partida ninguna..."

- CONTESTACION.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

No contesto la demanda.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

DISTRITO E.I.P DE BARRANQUILLA.

La apoderada del ente territorial indico oponerse a las pretensiones, fundamenta su solicitud en lo ordenado por el artículo 36 de la ley 100 de 1.993 y en lo establecido en el artículo 3 de la ley 33 de 1.985, la cual ordena en su artículo 3º que la pensión de jubilación debe ser liquidada en base a la cotización sobre la cual realiza los aportes el docente. Incluyendo los factores salariales tales como la asignación básica, horas extras, recargos, dominicales y festivos y bonificación por servicios prestados y por ninguna parte se señala que se deban de incluir las primas de navidad, ni ningún otro factor salarial devengado durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho, lo mismo se ordena en la ley 62 de 1985 que reformo la ley 33 de 1985.

También solicita la declaratoria de la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que el Distrito de Barranquilla, no está llamado a reconocer o pagar la reliquidación de la pensión de jubilación, por cuando la obligación para con los docentes de vinculación nacional, es de la Nación-Ministerio de Educación y no de la entidad territorial a la que represento, la cual actúa como un mero gestor.

INTERVENCION AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA.

Los argumentos son los siguientes:

“Este memorial de intervención tiene como objetivo presentar los argumentos de hecho y de derecho que le permitirán al Señor Juez proferir la correspondiente sentencia, negando la liquidación o reliquidación de la pensión de jubilación y/o vejez por la inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización, toda vez que el Consejo de Estado expidió la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019 en la que claramente determinó que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

En efecto, la Sentencia de Unificación, expresamente dispuso:

□ En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

□ Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Esto es así, porque aquellos factores que no cuentan con respaldo financiero se oponen al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política.

(...)

Como se indicó anteriormente, a través de este memorial, esta Agencia explicará las razones por las cuales, el demandante no tiene derecho a que en la liquidación y/o reliquidación de su pensión se tomen en cuenta factores salariales sobre los

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

cuales NO realizó el respectivo aporte o cotización, presupuesto obligatorio para que se incluyan, de acuerdo con la Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado.

- ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2019 en la oficina de servicios de estos juzgados y entregada al Juzgado el 14 de enero de 2020; mediante auto de fecha 21 de enero de 2020, fue admitida imprimiéndole el despacho el trámite del proceso ordinario de conformidad con las etapas previstas en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011; se ordenó notificar personalmente a los demandados, Agencia Jurídica para la defensa del Estado, Ministerio Público; a los demás sujetos procesales.

Una vez levantada la suspensión de términos por parte del Consejo Superior de la Judicatura, se corrió traslado de las excepciones de fondo propuestas por el DISTRITO E.I.P DE BARRANQUILLA.

Por no existir excepciones previas que resolver y pruebas por practicar, se dio aplicación al Numeral 1º del Artículo 42 de la ley 2080 de 2021 y mediante auto de 15 de marzo de 2021 se fijó el litigio y se prescindió de la etapa probatoria. Una vez ejecutoriado se corrió traslado para alegar a las partes y para presentar concepto al ministerio público por el termino de diez (10) días.

Lo anterior con el objeto de dictar sentencia anticipada.

- ALEGACIONES

PARTE DEMANDANTE.

No presento alegatos.

DISTRITO E.I.P DE BARRANQUILLA.

La apoderada manifestó que del análisis de las pruebas documentales allegadas con la demanda, salta a la vista que el despacho debe abstenerse de condenar a la parte accionada D.E.I.P., de Barranquilla, al pago de lo peticionado por el actor el señor JUAN ANTONIO MORON, puesto que, resulta probado a folios, que es legalmente inviable que dicha entidad, reliquide y pague a favor de la ciudadana los valores y factores salariales que por reajuste pensional pretende se incluya en la pensión de jubilación. Indica que, en gracia de discusión, la responsabilidad debe asumirla el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - Nación- Ministerio de Educación Nacional.

Con fundamento en lo anterior, se ratifica en la falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial.

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG.

No presento alegatos.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA.

Solicita en sus alegatos la aplicación de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de abril de 2019 y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda en el sentido de no acceder a la reliquidación de la pensión de jubilación por la inclusión de nuevos factores salariales sobre los cuales no se realizo la respectiva cotización.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presento concepto.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, el despacho observa que se han cumplido todas las etapas previstas por el artículo 179 de la misma normatividad, siendo procedente dictar sentencia de fondo.

IV.- CONSIDERACIONES

- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS.

En primer lugar, se procederá al estudio de la falta de legitimación en la causa por pasiva, y como ya lo ha expresado la jurisprudencia de las secciones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, la misma doctrina procesal, esta no es una excepción, porque se trata de un presupuesto procesal que haría meritoria o no en contra de quien es seleccionado como demandado si así se hallare probado.

Se ratifica que la legitimación en la causa, ya sea por activa o por pasiva es la que selecciona quien debe asumir las causas del proceso o quien está legitimado para demandar. La legitimación en la causa por activa identifica al demandante con el sujeto que tiene la facultad para reclamar el derecho subjetivo en litigio y la segunda, es decir, la pasiva identifica al sujeto demandado, con quien tiene el deber legal de responder por ese derecho. Se sabe igualmente que, la legitimación en la causa puede ser de hecho o material, siendo que la primera se desprende de la relación procesal de los sujetos trenzados en la Litis pero la segunda es decir la material, tiene que ver con el fondo del asunto que se plantea y de si el sujeto es el llamado a reclamar el derecho invocado o a responder por el mismo, y en este caso se trata de la legitimación en la causa por pasiva material y es precisamente esta la razón por la cual esta decisión solo puede ser tomada en este momento de dictar sentencia, lo anterior con fundamento en el argumento de autoridad que constituye precedente vertical pacifico del Honorable Consejo de Estado, entre otras la sentencia radicada bajo el numero 2021046 76001-23-31-000-1998-00036-01 29321 en fecha 08 de abril de 2014 con ponencia del Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, la Secretaría de Educación Distrital, interviene en la producción de los actos administrativos relacionados con el FOMAG, pero en cumplimiento de una delegación que impone la Ley 91 de 1989, es decir, que no es una de las delegaciones de que trata la Ley 489 del 98 que se hacen a través de acto administrativo expreso y escrito sino que esta obra por una delegación por ministerio de la ley, la cual cumple entonces en representación del Ministerio de Educación que es la entidad obligada a pagar las prestaciones sociales a los docentes a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como su cuenta que es, lo cual implica que efectivamente la Secretaría de Educación Distrital y el ente territorial, por la sola delegación no se encuentra legitimados materialmente, para responder por los derechos reclamados por la parte actora, en tanto es la nación colombiana como lo ha dicho en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado en la sección segunda, es por intermedio del Ministerio de Educación Nacional el legitimado en la causa material por pasiva en este caso, sin que lo dicho hasta este momento se diga en su totalidad que le niega el derecho al demandante, pues debe hacerse el estudio de fondo si se decreta o no la nulidad del acto acusado. Es por ello, que el despacho se pronunciará en la parte resolutive, que se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito E.I.P de Barranquilla por no estar legitimado en la causa materialmente para responder por las eventuales prestaciones que a título de restablecimiento del derecho invoca la actora.

Ahora, de la revisión del acto demandado, se puede observar que pese a que la Secretaría de Educación Distrital, fue la entidad que expidió la resolución No. 11947 de 2018, fue cumpliendo la delegación que impone la Ley 91 de 1989, en representación del Ministerio de Educación, que es la entidad obligada a pagar las prestaciones de los docentes a través

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, lo cual implica que efectivamente el Distrito E.I.P de Barranquilla, por la sola delegación no se encuentra legitimado materialmente para responder por los derechos reclamados por la parte actora, en tanto es el Ministerio de Educación, el legitimado en la causa material por pasiva en este caso.

Para efectos de comprobar la tesis de falta de legitimación defendida por el ente territorial, se trae a colación, la siguiente postura jurisprudencial.

“La Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de la prestación por sobrevivencia, se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones. En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989”.

Basta destacar la más reciente posición del Honorable Consejo de Estado sobre esta misma tónica expuesta por la Sección Segunda en providencia de fecha 8 de febrero de 2016, con ponencia del doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, 1945-2014, dentro de la demanda promovida por la señora MARIA DE JESUS GOMEZ CORONADO en contra de estos mismos demandados y la entidad territorial **MUNICIPIO DE SABANALARGA**, la cual viene siendo aplicada por el despacho para todos los casos iguales, el cual viene radicado bajo el número 2014-1945, providencia donde se trazó la siguiente ratio:

“...es el fondo de prestaciones sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2015, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “las prestaciones sociales que pagarán el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio serán reconocidas por el citado fondo...”

Con todas las razones anteriormente expuestas, resulta suficiente para concluir que existe falta de legitimación en la causa material por pasiva del Distrito E.I.P de Barranquilla como lo advirtió la misma parte demandante, por la cual la declarará probada.

Como quiera que otro de los problemas jurídicos que debe resolverse, es si se decreta la nulidad hoy sujeta por este despacho judicial, es preciso seguir los lineamientos del Consejo de Estado en lo contencioso administrativo.

- PROBLEMA JURIDICO

Se fija el litigio en: determinar si se declara o no, la nulidad parcial de la resolución 11947 del 26 de noviembre de 2018, y si se deben conceder las prestaciones a título de restablecimiento del derecho teniendo en cuenta los principios de congruencia de la sentencia, justicia rogada y jurisprudencia de unificación del Consejo de estado; también se deberá determinar si procede a declarar probada alguna de las excepciones de fondo propuestas o cualquiera de fondo que el despacho encuentre probada.

-. TESIS

Tesis de la parte demandante

Argumenta que el actor tiene derecho a que se incluya en la base para la liquidación de la pensión de jubilación todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus pensional.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Tesis de la parte demandada.

Afirma que los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta en la base de liquidación de la pensión de jubilación de los Docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son los expresamente delimitados en la ley 91 de 1989 y el decreto 3621 de 2003, y que fuera de ellas no existe la posibilidad de realizar el reajuste de la cuantía de la pensión de jubilación del docente con la inclusión de los todos los factores salariales, dado que de acceder a ello, conllevaría al fondo a excederse en las atribuciones otorgadas por la ley.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL REAJUSTE DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DOCENTES OFICIALES

Siguiendo la interpretación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes del 27 de junio de 2003.

Se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985.

La disposición aplicable al caso, de conformidad con el acto acusado es el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, el cual estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

“ARTÍCULO 1o. 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 la 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.”.

LOS FACTORES SALARIALES-EVOLUCION JURISPRUDENCIAL.

La Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, estableció en el artículo 15 que los docentes nacionalizados 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; al respecto señala:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

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. (...)"

Por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta aplicable la Ley 33 de 1985, que es régimen legal general. **En relación con los factores a tener en cuenta para liquidar la pensión ordinaria de jubilación y de la aplicación de la Ley 33 de 1985**, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de fecha 4 agosto de 2010 siendo Ponente: Dr. Víctor H. Alvarado Ardila, Radicado No. 0112-09, consideró que la interpretación que debe darse a esta norma, es aquella según la cual la relación de factores para determinar el monto de la pensión no es taxativa, sino que es factible incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, a fin de garantizar la realización del principio de favorabilidad, del principio de progresividad y habida cuenta de la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación. De ahí, que se acoja la posibilidad de incluir para la liquidación, otros factores salariales distintos a aquellos respecto de los cuales se cotizó.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, consideró para el caso concreto, la existencia de una situación adicional o distinta, consistente en que **“para el reconocimiento de las prestaciones que sean causadas a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y el sobresueldo (Decreto 3621 de 2003)”**

Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003, por el cual se reglamenta el artículo 81 parcial de la Ley 812 de 2003, que establece:

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

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

El art. 81 de la ley 812 de 2003 (reglamentada por el Decreto 3752/03), dispone que:

"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 pensonal 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..."

Si se confrontan las normas citadas, encuentra el despacho, que no es la fecha o momento de causación de la pensión la que determina el régimen aplicable, como lo estableció el Fondo; sino la vinculación del docente, esto es, si fue antes o después de la Ley 812 de 2003. Así lo definió el Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia del 6 de abril de 2011, en procesos rad. 4582-04 y 9906-05, cuando afirma:

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

“La normativa hasta ahora reseñada permite concluir 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;

Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (régimen de transición).

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.

En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantienen e introducen modificaciones al régimen pensional general.” (Negrillas del despacho)

En otra oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido el 10 de agosto de 2011, en proceso Radicado 11001-03-06-2011-00007-00 (2048), consideró:

“El ajuste de las pensiones causadas y liquidadas durante la vigencia del decreto 3752 de 2003, con la fórmula en él establecida, **sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003**, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley,”

De conformidad con lo anterior, si el docente venía vinculado se tendrá en cuenta el régimen anterior, dando aplicación a la Ley 33 de 1985 y concordantes, según el caso; pero si se vinculó después del 27 de junio de 2003, lo cobija la Ley 100 de 1993 y siguientes; de ahí que se afirme que el docente tiene un derecho cierto y adquirido a disfrutar de su pensión conforme al régimen anterior o el que le era aplicable al momento de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Ahora, la cuantía o monto de la pensión debe fijarse, según la Ley 33 de 1985 y la jurisprudencia, con el 75% del salario promedio mensual devengado, independientemente que se haya cotizado previamente. Es pertinente anotar, que sólo debe tenerse en cuenta los factores creados por ley, es decir, los provenientes del Legislador, toda vez que para ello existe reserva, incluso desde antes de la Constitución de 1991. Así lo ha establecido el Consejo de Estado, cuando señala²:

“Las Corporaciones Públicas de elección popular carecen de competencia para expedir actos administrativos creadores de factores salariales y prestacionales de los empleados públicos, porque esa es una atribución exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, toda vez que así lo disponía expresamente el artículo 76 de la Constitución Política de 1886 y lo señala el 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política de 1991 que hoy nos rige, al igual que el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992.”¹

En otra oportunidad, la misma Corporación al referirse al mismo tema, expuso:

¹ Sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00971-01(1865-11).

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

“...es claro que la competencia para crear o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial no se encuentra radicada en las autoridades y corporaciones territoriales, pues a éstas les está permitido únicamente la determinación de la escala salarial y sus emolumentos dentro de la competencia concurrente que tienen con el Gobierno Nacional y el Congreso de la República.²

De lo anterior, se tiene que no es procedente incluir factores creados por Corporaciones territoriales, porque al carecer de competencia para ello, los mismos son extralegales y no deben ser tenidos en cuenta en el ingreso base de liquidación de las pensiones.

Sobre el particular, el Consejo de Estado estableció:

“Por consiguiente, y una vez que se ha tenido en cuenta la certificación expedida por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Antioquia, la Sala ha concluido que, la actora hace parte del personal Nacionalizado, puesto que fue vinculada el 16 de febrero de 1981 a la planta de personal del Departamento de Antioquia, por lo tanto, no se puede malinterpretar, como lo hizo el A – quo, que por el hecho de asumir las entidades territoriales la carga de administrar y manejar la educación en sus niveles preescolar, primaria y secundaria oficial, con los recursos del Sistema General de Participaciones antes Situado Fiscal, tenga la obligación, sin norma alguna que así lo determine y sin el traslado de recursos, de nivelar los salarios del personal administrativo con los del orden territorial, más aun, **cuando ni el Gobernador ni la Asamblea de Antioquia gozaban de competencia para crear las primas: de vida cara; para bachilleres docentes que laboran en zona rural; para licenciados en ciencias de la educación; de Clima; para educadores de primaria que presten sus servicios en escuelas unitarias y para directores de primaria que laboren como maestros de escuelas unitarias, las cuales se encuentran inmersas dentro de la Ordenanza No. 34 de 1973 y el Decreto 001 BIS de 1981, por lo que entonces, se imposibilita el reconocimiento de las mismas, además, es importante mencionar que esta Corporación³ ya se había pronunciado respecto de la prima de vida cara, manifestando lo siguiente:**

“(..)

En suma, las Asambleas departamentales y los Concejos municipales no pueden crear prestaciones sociales o establecer su régimen general ni siquiera en relación a los trabajadores oficiales, esto es, los vinculados a las respectivas entidades territoriales mediante contrato de trabajo...”

Reitera el anterior criterio jurisprudencial, el artículo 234 del Decreto Ley 1222 de 1986 al señalar que el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los departamentos, es el que establece la ley.

Queda claro que la Asamblea de Antioquia carecía de competencia para crear la llamada “prima de la vida cara”, con base en las disposiciones constitucionales analizadas en la sentencia transcrita. Es más, la Ley 43 de 1975 al nacionalizar la educación primaria y secundaria determinó igualmente el carácter de los empleados del sector docente como funcionarios públicos del orden nacional sujetos al régimen prestacional previsto para estos, como pasa a verse.

(..)”

Para finalizar, si bien es cierto que la Ley es una fuente de las obligaciones, también lo es, que si la misma es inaplicable sería improcedente el

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00076-01(2055-10).

³ Radicación número: 071-1986 Actor: Ministerio de Educación Nacional - Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Jaime Betancourt Cuartas.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

reconocimiento de cualquier tipo de beneficio; más aún, cuando la demandante se encontraba devengando prestaciones que no le correspondían por catalogarse como docente Nacionalizada.⁴

En consecuencia, simplemente se tendrán en cuenta los factores salariales de ley, pero no solamente aquellos que fueron objeto de aportes al Sistema de Seguridad Social, sino, todos aquellos que constituyan salario. Así lo expresó el Consejo de Estado, -se recalca- en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, citada anteriormente, en la que se dispuso:

“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios⁵.

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse”.⁶

Sobre los factores salariales tenidos en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación o vejez, la sentencia mencionada señaló:

“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, auxilio de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenio, 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 señalaran a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubre riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado. (...)” (Negrillas no originales)

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00076-01(2055-10).

⁵ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Con todo, si bien podría considerarse, en principio, que dichas conclusiones van en contravía con las expuestas por la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013, según la cual, los factores salariales consagrados en la Ley 33 de 1985 son taxativos para conformar el ingreso base de liquidación, el despacho acoge la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, contenida en la providencia antes trascrita.

No se desconoce, que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 estudió la exequibilidad de la Ley 4 de 1992, artículo 17, en el cual se regula el régimen especial de pensiones, reajustes y sustituciones para los Representantes y Senadores y que en ella consideró que el ingreso base de liquidación no fue un aspecto sometido a transición. En consecuencia, concluyó que la regla que se viene aplicando a dicho ingreso base de liquidación ha conducido a beneficios manifiestamente desproporcionados, lo que aunado a la ausencia de una disposición expresa sobre el valor máximo de las mesadas ha permitido que existan mesadas muy por encima del promedio nacional.

Fue así que la Corte Constitucional decidió ajustar automáticamente a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes las pensiones de los congresistas y personas a las que se les comunique el régimen pensional de éstos como a los magistrados, caso en el cual la Administración podría revocar y reliquidar el derecho pensional para hacerlo compatible con el ordenamiento jurídico e indicó que en los demás casos, dicha revocatoria requeriría: i) el respeto pleno del debido proceso, ii) no suspender el pago de la pensión y iii) que sería de carga de la Administración desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de reconocimiento de la pensión.

Por lo tanto, hay que concluir que existe una tesis planteada por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 en relación con el IBL de transición en el régimen especial de pensiones de los Senadores y Representantes, y otra reiterada por el Consejo de Estado en relación con el IBL en el régimen de transición de los servidores públicos, la cual acoge el despacho por los siguientes motivos:

- El Consejo de Estado viene planteando de manera reiterada y consistente que el IBL en régimen de transición, se rige por la Ley 33 de 1985, artículo 1.
- La tesis planteada en la sentencia C-258 de 2013 por la Corte Constitucional, hizo alusión a un régimen especial de pensiones **“aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados.”⁷, sin incluir a los docentes afiliados al Fondo, en el que se advirtió que había generado beneficios abiertamente desproporcionados y por encima del promedio nacional, lo que permite concluir que no es precedente judicial vinculante, pues no hay identidad en los supuestos fácticos y jurídicos.**
- El artículo 53 de la Constitución Nacional establece como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral, el de favorabilidad, y al efectuar el estudio correspondiente de las tesis planteadas, se encuentra que la sostenida por el Consejo de Estado resulta más favorable a la demandante.

En ese orden de ideas, se acoge la sentencia de unificación expedida por el Consejo de Estado, Sección Segunda el 4 de agosto de 2010, bajo el radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, pues se encuentra fundada en principios de progresividad y no regresividad, lo que de contera realiza también los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, máxime si para el régimen de la actora, por su condición de docente, se excluye de la aplicación de la

⁷ Señala la Corte Constitucional, que: “La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación –artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado –artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.”.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Sentencia de la Corte Constitucional, la C-258 de 2013, como quedó establecido en la Sentencia T-615 de 2016 donde se puntualizó:

“8.2.4. Otra de las providencias citadas por la UGPP como desconocida es la **C-258 de 2013**. En aquella ocasión la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, es decir, sobre el régimen de transición en pensiones a congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios. De manera puntal, el fallo mencionado señaló lo siguiente:

“En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros . En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados”.

En reciente pronunciamiento del 08 de febrero de 2018 el Honorable Consejo de estado al resolver una acción de tutela presentada por la señora Lina María Caicedo contra el Tribunal Administrativo de Nariño, se refirió en los siguientes términos:

“Así las cosas, como lo manifestó esta Sección en ocasiones anteriores, el Tribunal no podía invocar los aludidos pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional para apartarse de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, ya que en éstos el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional sentó reglas relacionadas con la normatividad aplicable para determinar el IBL para efectos de la liquidación de pensiones de jubilación cobijadas por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación distinta a la objeto de estudio en el sub judice, dado que éste no le era aplicable a la señora Lina María Caicedo, puesto que el régimen pensional docente está expresamente excluido de la aplicación de la Ley 100 de 1993.”⁸

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. CRITERIO DE INTERPRETACIÓN SOBRE EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO.

La Sala Plena de los Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación jurisprudencial de fecha 28 de agosto de 2018 con ponencia del consejero CESAR PALOMINO CORTES dentro del expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, estableció una subregla relativa a los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos.

“96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1º de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA. Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03146-00Accionante: LINA MARÍA CAICEDO Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO. Acción de tutela - Fallo de primera instancia

Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. **La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.**

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas **de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.**

101. A juicio de la Sala Plena, **la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.** La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; **sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.**

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

Aunado a lo anterior, Cabe advertir que, mediante sentencia de 10 de diciembre de 2018, **la sección primera del Consejo de Estado**, al resolver una impugnación dentro de la acción de tutela promovida por el docente EUGENIO AQUILES PORTILLA LAGOS en contra del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01920-01(AC), reafirmo la tesis unificadora de 28 de agosto de 2018, en los siguientes términos:

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

“[R]especto a los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812, **es importante tener en cuenta que el criterio jurisprudencial señalado por la Sección Segunda de esta Corporación se modificó con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado citada supra, que señaló que los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de los servidores públicos, beneficiarios o no de la transición pensional son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones (...), el Tribunal al liquidar la pensión de jubilación de la actora señaló que no se podían incluir todos los factores salariales e incorporó únicamente aquellos factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes al sistema de seguridad social. (...) Lo anterior lleva a concluir que el Tribunal accionado no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial, toda vez que si bien es cierto aplicó la sentencia SU - 395 de 2017, proferida por la Corte Constitucional, que resultaba inaplicable al caso concreto, por cuanto en ella se aborda el análisis de las reglas aplicables a la determinación del IBL en los casos amparados por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no en relación con el régimen pensional de los docentes regulados por la Ley 33 de 1985 y el artículo 1º de la Ley 62 de 1993, también lo es que sustentó su decisión en el alcance que debe darse a las precitadas disposiciones a partir del contenido del artículo 48, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005.”**

(...)

“Ahora, frente al punto de debate, es decir, respecto a los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812, es importante tener en cuenta que el criterio jurisprudencial señalado por la Sección Segunda de esta Corporación se modificó con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado citada supra, que señaló que **los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de los servidores públicos, beneficiarios o no de la transición pensional son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones**, lo cual impone al juez de tutela realizar una valoración de la decisión cuestionada, atendiendo al citado precedente jurisprudencial, en atención a los efectos retrospectivos y por su carácter vinculante y de precedente obligatorio, aplicable a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial.”

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE LA SECCION SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO – INGRESO BASE DE LIQUIDACION EN EL REGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Finalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 de **fecha 25 de abril de 2019** con ponencia del consejero CESAR PALOMINO CORTES, **sentó jurisprudencia** sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del magisterio.

“62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- Edad: 55 años
- Tiempo de servicios: 20 años
- Tasa de remplazo: 75%
- Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) **los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: 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.**
(...)”

FALLA

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”

PRUEBAS QUE MILITAN EN EL EXPEDIENTE:

Es necesario advertir que las pruebas documentales debidamente solicitadas, decretadas y aportadas por las partes en las oportunidades legales correspondientes, (principio de legalidad) estuvieron a disposición de la parte contra la cual se aducen, sin que le merecieran replica alguna, por lo que serán valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas aportadas con la demanda y la contestación:

- Copia de la Resolución No. 11947 de 2018 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación.
- Formato Único para la expedición de certificado de salarios.
- Formato Único para la expedición de historia laboral.
- Antecedentes administrativos del caso aportado por el Distrito E.I.P de Barranquilla.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

- CASO CONCRETO

La parte actora solicita que se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación que le fue reconocida a través de la Resolución No 11947 de 2018 debido a que no se incluyó en ella, los factores salariales de prima de navidad, prima de servicios y las horas extras, factores que fueron percibidos en el último año de servicios.

HECHOS PROBADOS.

De las pruebas aportadas al plenario, quedó demostrado que el actor se encontraba vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que su vinculación a la secretaria de Educación del Distrito de Barranquilla se dio desde el **10 de marzo de 1997**, tal como se consigna en el acto administrativo que reconoció su pensión vitalicia de jubilación.

Además, se encuentra probado que, la pensión de jubilación fue reconocida una vez cumplidos los requisitos establecidos en las leyes 91 de 1989 y 33 de 1985.

Asimismo, se encuentra acreditado que la liquidación de dicha prestación económica se hizo tomando **el sueldo, la asignación adicional y la prima de vacaciones**, aun cuando para el año inmediatamente anterior, esto es, 2017-2018, devengó también los factores salariales de **prima de navidad, prima de servicios y horas extras**, tal como consta en el formato único para la expedición de certificado de salarios aportado con la demanda.

ANALISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURIDICO.

En el presente caso, la parte actora solicita la inclusión del factor salarial de **prima de navidad, prima de servicios y las horas extras**, lo cual pretende, con base a las normas citadas en el acápite de normas violadas.

Respecto a lo pretendido por el actor, se advierte que, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, **sentó jurisprudencia** sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, interpretación que constituye precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la ley 1437 de 2011.

Al respecto se tiene que en la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 se estableció que: “ En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, **los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985**, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.”

En el presente caso se observa que la vinculación del actor se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo tanto, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989, de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta la definición que trae el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, el señor JUAN ANTONIO MORÓN AVILA, era un docente de vinculación Distrital que prestaba sus servicios en la ESCUELA NORMAL SUPERIOR LA HACIENDA SEDE 1.

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

El demandante en su condición de docente vinculada al Fomag, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, de acuerdo con la regla fijada en la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019, que para el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, **eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes**, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Como se dijo anteriormente, el actor reclama que su pensión vitalicia de jubilación fue liquidada solo con base en el sueldo, asignación adicional y la prima de vacaciones, sin incluir la prima de navidad, prima de servicios y horas extras, factores que había devengado en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionado.

Del estudio minucioso de las pruebas arrimadas al proceso y la sentencia unificadora del consejo de estado SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, se concluye que, la pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho el actor, en su condición de docente vinculado con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2013, es sin duda la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

Por lo tanto, solo se pueden tomar en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación los factores salariales establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Factores salariales que sirvieron de base para la liquidación – Resolución 11947 de 2018.	Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes
Sueldo	Asignación básica
Asignación adicional	Gastos de representación
Prima de vacaciones	Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
	Dominicales y feriados
	Horas extras
	Bonificación por servicios prestados
	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Descendiendo al caso concreto del actor, se advierte que este **reclama la inclusión** en la base de liquidación de su pensión de jubilación **de los factores salariales de 1) prima de navidad, 2) prima de servicios y 3) horas extras.**

Al respecto se advierte que dichos factores fueron devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, como se observa en las pruebas arrimadas con la demanda. Sin embargo, de los factores solicitados solo se encuentra efectivamente enlistado en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, el factor salario de **horas extras**, por cuanto el de prima de navidad y prima de servicios, no aparecen en la lista establecida por el legislador en citado artículo.

Ahora, en principio sería procedente la inclusión en la liquidación de la pensión del factor salarial de horas extras; sin embargo, el precedente judicial vigente para resolver el presente asunto es completamente claro cuando exige que sobre dicho factor deben haberse realizado los aportes, situación que no fue acreditada en el presente proceso, pues

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

si bien el actor aportó el certificado salarial 2017 - 2018, en el mismo no se establece que sobre el factor de horas extras y muchos menos que sobre los de prima de navidad y prima de servicios se hubiesen realizados los descuentos con el fin de ser aportados al sistema pensional de los docentes oficiales.

También debe advertirse que, entre los documentos aportados dentro de los antecedentes administrativos no se encontró documento que acredite el cumplimiento de dicha exigencia.

Conforme con lo anterior, **tenemos que la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado vigente** al momento de decidir asuntos como el que ahora se estudia, **impone** la regla que, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

En cuanto al nivel de obligatoriedad de la sentencia de unificación, que sirve de fundamento a este servidor judicial para decidir el asunto puesto en conocimiento, a efectos que no incurra en vía de hecho por violación al derecho a la igualdad, o que se afecte la certeza o la seguridad jurídica, o que sea caprichosa o violación del precedente horizontal y vertical, este despacho invoca entre otros, los argumentos expuestos en la sentencia C-836 de 2001:

“114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política⁹. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”

Basta revisar el numeral segundo de la providencia unificadora del consejo de estado SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019:

“Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”

CONCLUSIÓN

⁹ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Como respuesta al problema jurídico planteado, el Despacho concluye, que al Demandante no le asiste el derecho a que se decrete la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y obtener a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación de su pensión vitalicia de jubilación, en razón a que los factores de prima de navidad y prima de servicios no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985; además, no probó que sobre el factor salarial de horas extras se hubieran efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, tal como lo establecido el precedente obligatorio de la Sección Segunda del Consejo de estado en su sentencia unificadora SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior, se colige sin lugar a dudas que, la parte demandante no destruyó la presunción de legalidad del acto acusado, al no probar las aseveraciones realizadas en el concepto de violación; por lo tanto, no se declarará la nulidad parcial solicitada en las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, se mantendrá el acto demandado en el ordenamiento jurídico.

COSTAS.

Respecto a las costas de primera instancia el despacho acude a la sentencia del 11 de junio de 2020 proferida por la sección segunda con ponencia de la doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ¹⁰, en la cual, el Consejo de Estado señaló:

“Al respecto, la Sala de Sección indica que si bien no existe criterio único que gobierne su condena, ha de señalarse que ambas subsecciones acuden al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en esta instancia”.

En este caso, siguiendo las consideraciones trazadas en la sentencia de unificación, al no haberse generado la prueba de los gastos del proceso, este despacho, negará la imposición de condena en costas a la parte vencida.

DECISION.

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

V.- FALLA:

PRIMERO DECLÁRASE probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito, Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

SEGUNDO: NIEGUENSE las pretensiones de la demanda.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá, D. C., once (11) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-00-2012-00572-01(1882-14)CE-SUJ-SII-020-20 Actor: OLGA LUCÍA BERMÚDEZ Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho Asunto: Sentencia de unificación ingreso base de liquidación – régimen pensional del Decreto 929 de 1976 a quienes son beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.Sentencia de unificación por Importancia jurídica Sentencia CE-SUJ-SII-020-2020

Radicación: 08001-33-33-001-2019-00317-00

Demandante: Juan Antonio Morón Ávila.

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P DE Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: **ARCHIVASE** archívese el expediente, en caso de no ser apelada, una vez ejecutoriada la presente providencia.

QUINTO: **ANÓTESE** en el sistema Justicia XXI TYBA.

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

**GUILLERMO ALONSO AREVALO GAITAN
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
BARRANQUILLA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e624377006db56c848e827c7c178d4f482c8668e1f7a0f6ee7f86b990b1bdff2

Documento generado en 16/06/2021 12:10:29 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**