



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR**  
Valledupar, diez (10) de Agosto de Dos Mil Quince (2015).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.  
Demandante: CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ  
Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUPREVISORA.  
Radicación: 20-001-33-31-001-2014-00074-00.

**I. ASUNTO**

CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUPREVISORA, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

**II. DEMANDA**

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

**III. PRETENSIONES**

**PRIMERA:** Se declare nulidad de la Resolución N° 000755 del 02 de Agosto de 2007 por la cual se reconoce la pensión de jubilación, expedida por la Nación - Ministerio de Educación nacional, como representante legal del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio oficina regional Cesar a CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ, con CCN° 17.841.382.

**SEGUNDA:** Consecuencialmente de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, se condene a las entidades demandadas a hacer el reconocimiento y pagar a CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ, con CCN° 17.841.382 pensión ordinaria de Jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al que adquirió el status pensional.

**TERCERA:** Inaplicar por inconstitucional el decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, art 3°, por violar ostensiblemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2°, literal b.

**CUARTA:** Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de Ley, conforme a la ley 71 de 1988.

**QUINTA:** Que se condene a las entidades demandadas, reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del CCA.

**SEXTA:** Que se condene, al Nación – Ministerio de Educación nacional, como representante legal del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio oficina regional Cesar, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el art 195 del CCA (Ley 1437 de 2011) y siguientes.

**SEPTIMO:** Que se condene en agencias en derecho y costas procesales a las entidades demandadas de conformidad con lo dispuesto en el art 188 del CCA. (Ley 1437 de 2011).

#### IV. FUNDAMENTO FACTICO.

1. El Señor CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ, con CCN° 17.841.382, nació el 14 octubre de 1953.
2. Por sus servicios prestados como docente nacionalizado durante más de veinte (20) años, el fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio oficina regional Cesar, le reconoció pensión Vitalicia de Jubilación.
3. Que mediante resolución N° 00075 del 02 DE AGOSTO DE 2007, se le reconoció al accionante la pensión de jubilación efectiva a partir del 15 de Noviembre del 2006, en cuantía de \$ 1.263.593.
4. Que la pensión es pagada por intermedio de Fiduprevisora S.A. encargada de manejar los recursos del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme al contrato de Fiducia suscrito el 21 de Junio de 1990 con el Ministerio de Educación Nacional.
5. Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente de tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales como son prima de navidad y prima de vacaciones.
6. De la resolución N° 00075 del 02 de agosto del 2007, se notificó de manera personal.
7. El señor CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ ha concedido poder especial al Dr CIRO ALFONSO CASADIEGO para instaurar la respectiva demanda.

#### V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante consideró infringidas las siguientes disposiciones Constitucionales: 1,2,4,5,6,13,23,25,46,48,53,58,228,336.

Legales: Ley 91 de 1989, ley 33 de 1985 Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 812 de 2003.

En lo tocante al concepto de la violación el apoderado judicial de la parte demandante, esgrimió que se transgredieron las disposiciones legales citadas por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas, situación ésta que se dio de manera tajante y reiterativa.

Establece además que La entidad accionada desconoció principios constitucionales de la dignidad humana y estado social de derecho, al negar con el acto administrativo de derecho de incluir todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación de su poderdante.

## VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial del Ministerio de educación Nacional contestó la demanda manifestando con respecto a los hechos que el 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, y 7° son ciertos; del hecho 5° manifestó que efectivamente no se tuvieron en cuanto todos los factores salariales que aduce el demandante, ya que no son procedentes teniendo en cuenta la normatividad pertinente para el caso.

Formuló las siguientes excepciones: INEXISTENCIA DE DERECHO POR ERROR EN LA INTERPRETACION DE LA NORMA: Argumenta que se actuó conforme a derecho, teniendo en cuenta la aplicación de la Ley 35/85 y ley 62/85 a la pensionada (sic) como régimen legal que la define y determina su derecho prestacional y la forma en la que debe liquidar se pensión.

BUENA FE: Manifiesta que su representado actuó con la más absoluta buena fe durante la recepción de los aportes de la afiliada (sic), al momento de la consolidación del derecho a favor de la demandante (sic) y hasta la fecha por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la ley 33/85 a la pensionada (sic).

EXCEPCION GENERICA O INNOMINADA de acuerdo a lo estipulado en el art 306 del CPP

PRESCRIPCIÓN: Señala que si bien es cierto el derecho a la pensión no prescribe, no ocurre lo mismo tratándose del valor de la mesada, o la mesada misma, y las bases y factores sobre los que se calculó el monto o valor de la pensión, sobre los cuales si opera el fenómeno de la caducidad.

PAGO: Por cuanto se han cancelado todas las prestaciones periódicas que han sido causadas.

## VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 13 de Marzo de 2014 (fl.28) a la cual se le dio el trámite del

proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 25 de Abril de 2014 (fl 34), notificaciones, a las entidades demandadas (fl36-39), al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial (fl.36-39), y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fl. 46). Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, (fl 74), en la cual luego de surtirse se fijó, fecha para la realización de la audiencia de pruebas (fl 75), y se corrió término para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la presente providencia.

### VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes procesales guardaron silencio.

### IX.- CONSIDERACIONES

#### 9.1-Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

#### 9.2.-Problema Jurídico.

El Problema Jurídico en el sub-lite, consiste en determinar si en el presente caso procede el reajuste de las mesadas pensionales y su consecuente reliquidación, del señor CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ en su calidad de Docente Nacionalizado (r), aplicándole el ingreso base de liquidación establecido en la ley 33 de 1985, y no el previsto en el Decreto 3752 de 2003, tal como ha venido haciendo las entidades demandadas.

#### 9.3.- Normatividad Aplicable al caso en concreto.

El artículo 48 de la Constitución Política de Colombia - adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005 -, en su párrafo transitorio 1 expone:

*“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”.*

Siguiendo lo preceptuado en el artículo anterior, se tiene entonces que para el reconocimiento de la pensión de Jubilación a los docentes se deben distinguir dos regímenes; antes y después de la vigencia de la Ley 812 de 2003, así:

*“Ley 812/2003 \_ ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres...”* (Negrilla fuera del texto)

Es así como es necesario resaltar que antes de la vigencia de Ley 812/03, el régimen pensional aplicable a los docentes era la Ley 33/85, que en su artículo 3° expresaba:

*“Artículo 3. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.”*

*“Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación 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 liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”*

Sin embargo dicho artículo fué subrogado por la ley 62/1985, que derogó el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, en lo atinente a los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación y en su artículo 1° dispuso:

*“ART. 1°—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 liquidaran sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (...)”* (Negrilla fuera del texto).

Además de lo anterior, se tiene que la ley 91 de 1989 establece en sus artículos 3, 4, 5 y 9 que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Nación-Ministerio de Educación) atenderá las prestaciones sociales correspondientes a los docentes nacionales y nacionalizados, así:

*“ARTÍCULO 4o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella...” (...)*

Por otra parte el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, dispone:

*“Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. Derogado por el art. 160, Ley 1151 de 2007. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.”*

Finalmente el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia expresa:

*“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

*El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales (...)*”

#### 9.4 Lo Probado en el Proceso:

Con la demanda, el apoderado judicial del accionante aportó los siguientes documentos:

- Copia de la Resolución n° 000755 del 02 de agosto de 2007. (fls 07-09)
- Certificado de salarios años 2005-2006. (fl 02)
- Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral. (fl 03-06)

Aunado a ello de folio 77 a 246 del expediente reposa copias auténticas del expediente administrativo completo del Señor CIRÓ ANTONIO MIER CHAVEZ.

#### 9.5 Caso Concreto:

Luego del analizar pormenorizado del material probatorio allegado al expediente, este servidor judicial considera que la presunción de legalidad que pesa sobre el acto administrativo

acusado quedará desvirtuada, tal y como se pasa a explicar en las siguientes argumentaciones, veamos:

De conformidad con el párrafo transitorio 1 del artículo 48 de la Constitución Política, se tiene para el reconocimiento de la pensión de Jubilación a los docentes vinculados al magisterio la existencia de dos regímenes: antes y después de la vigencia de la Ley 812 de 2003 - Se excluyen por transición los que hubieren cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio al entrar en vigencia dicha Ley quienes continuaron ciñéndose a las disposiciones sobre edad de jubilación contenidas en la Ley 6/45 y su decreto reglamentario 2767/45 -.

El asunto en cuestión está dentro de la primera hipótesis, pues pese a que la pensión del señor CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ se causó posterior a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 - entendiéndose que la pensión de vejez se causa cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad -, es la misma ley 812/2003 la que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales (como es el caso que nos ocupa) es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

Es así como el demandante al haberse vinculado al magisterio en el año de 1979 (*véase fecha de vinculación a folio 07*) le es aplicable el régimen pensional anterior a la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 33/85, por lo que los factores pensionales que se deben tener en cuenta al momento de liquidar su pensión de vejez, serían los determinados en la Ley 62/85, que subrogó en lo pertinente la citada Ley 33/85.

Es importante resaltar que la Ley 33/85 consagró también un régimen de transición para quienes al momento de su expedición hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicios; pero no es aplicable al actor porque en el momento en que entró en vigencia dicha ley -13 de febrero de 1985 - llevaba un poco menos de 6 años de servicio, quedando sometido a Ley 33/85. Es decir, en relación con la pensión no se le aplican las Leyes 6/45 y su decreto reglamentario 2767/45, ni la Ley 4/66 y el decreto reglamentario 1743/66, ni los decretos 1045/78, el cual fue derogado por la Ley 33/85.

Al respecto debe precisarse que con la expedición de la normatividad anteriormente señalada, quedó derogado el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, en lo atinente a los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación.<sup>1</sup>

Ahora, pese a que el artículo 1° de la ley 62 de 1985 menciona como factores a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de vejez de los empleados del orden nacional varios entre los que no se encuentran la prima de navidad y de vacaciones solicitadas por el actor, se tiene que para efectos de lograr una correcta interpretación de la norma en cuestión, dichos factores salariales se deben tener en cuenta como factores meramente enunciativos y no taxativos, por lo que no se excluyen necesariamente otros que pese a que no se

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sentencia del 28 de octubre de 1993, expediente 5244, consejera ponente doctora Dolly Pedraza de Arenas.

configuraron dentro de la lista como factores a tener en cuenta para la base de liquidación de las pensiones, son necesarios para lograr una justa liquidación pensional.

Es decir, para liquidar el monto de la pensión de los servidores públicos sujetos a la Ley 33/85, se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independiente de la denominación que se les dé.

Es por ello que se hace necesario traer a colación el criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, que frente a la inclusión de dichos factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión, sostuvo que:

*"(...) 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. (...)*

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 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.<sup>2</sup>

Para el Juzgado el hecho de haber aplicado para efectos de la determinación de la base de la liquidación de la pensión del demandante solamente los factores enunciados en el art. 3 de la Ley 33 de 1985 subrogado por el artículo 1º. De la Ley 62 de 1985, excluyendo de estos entre otros las primas de navidad y de vacaciones por no estar relacionados dentro de dicha lista, resulta una interpretación errónea, pues, como se dijo los factores para determinar la base de liquidación de la pensión señalados en la Ley 62/85 están simplemente enunciados y no

<sup>2</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA DE DECISIÓN No. 5  
AUDIENCIA INICIAL ACTA No 007 Artículo 180 Ley 1437 de 2011  
Tunja, veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013), 9:00 a.m. Sala de Audiencias del Tribunal Administrativo de Boyacá  
MAGISTRADO: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS  
EXPEDIENTE: 150013133004201200262-00  
DEMANDANTE: ROSA HELENA SIACHOQUE DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES



impiden la inclusión de otros conceptos.

Sin embargo, antes de hacer algún tipo de pronunciamiento al respecto, en cuanto al reconocimiento del derecho, se entrará a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción, propuesto como excepción por el apoderado judicial del Ministerio de Educación Nacional, de la siguiente manera:

La prescripción de las prestaciones pensionales causados y no reclamadas en tiempo, puede definirse como un fenómeno extintivo que recae sobre aquellos derechos, que pese a pertenecerle a quien los quiere hacer valer, pierden su exigibilidad por no haber sido reclamados en el tiempo jurídico determinado para ellos.

Los derechos que adquieren un trabajador como producto de una relación laboral en los términos del código sustantivo del trabajo, no son eternos sino que prescriben tres años después de haberse causado o adquirido, así lo contempla el artículo 488 del mismo código, la prescripción, entonces, implica la pérdida del derecho por parte del trabajador y la cesación de la obligación por parte del empleador puesto que se pierde la oportunidad para reclamar.

Dicho en palabras del Honorable Consejo de Estado en solicitud de consulta sobre viabilidad de reconocimiento y pago de bonificación Especial de Recreación, Radicado 1 - 2004 - 51169:

*“(...) 5.4. Para el reconocimiento y pago en los términos aquí anotados debe tenerse en cuenta el término de prescripción que establece la ley para el reclamo y disfrute de las prestaciones de los servidores públicos en los términos anotados, teniendo en cuenta en cada caso, las eventuales reclamaciones que oportunamente hayan sido presentadas y que hayan tenido efecto de interrupción del transcurso del tiempo por prescripción.*

*Las acciones correspondientes a los derechos regulados en materia de derecho laboral administrativo tienen una regla general de prescripción de tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, o se haya interrumpido por una sola vez, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en la ley como la señalada de manera específica....”*

Es así como este Despacho declarará como probada la excepción de prescripción, propuesta por el Ministerio de Educación Nacional, por lo que se declarará la prescripción de aquellas mesadas que se causaron con anterioridad al 13 de Marzo de 2011, ya que con la presentación de la demanda en cuestión el 13 de Marzo de 2014, se interrumpió el termino de prescripción para aquellas que no estaban prescritas, como en efecto se ordenará.

Dicho lo anterior, advierte esta Agencia Judicial que tal prescripción no recae sobre el derecho pensional como tal, por cuanto este es imprescriptible, sino debe tenerse claro, que opera la prescripción es respecto del pago de lo no reclamado en tiempo.

Por otra parte, en cuanto a las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma y pago, se declararán como no probadas, en el sentido en que si se hubiera actuado conforme a derecho - esto es teniendo en cuenta la Ley 35/1985 y la ley 62/1985 - la parte demanda hubiera efectuado la liquidación de la pensión de jubilación del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados por éste, situación ésta que según lo probado en la demanda no sucedió en ningún momento, por lo que no entiende este fallador, por qué si a juicio del accionado, se actuó conforme a derecho, no se ve reflejado ese actuar en el valor de las mesadas recibidas por el actor.

En cuanto a la excepción de Buena fe, el Despacho se relevará de pronunciarse al respecto por no ser una excepción consagrada en ningún orden normativo.

Ahora bien, en cuanto a la pretensión de Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3°, por violar ostensiblemente la Constitución política de Colombia, art 53 y la ley 91/1989, artículo 15, numeral 2°, literal b – todo ello según dicho del actor – el Juzgado determina lo siguiente:

Al hacer referencia al Control por vía de excepción consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política que indica que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, deberán aplicarse las disposiciones constitucionales; es necesario aclarar que por medio de dicho control el juez o autoridad que conozca de un determinado asunto puede abstenerse de aplicar una norma que se considere contraria a la Constitución en el momento de tomar una decisión.

Al cotejar el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003 con el art 53 de nuestra Constitución Nacional, encontramos que existen prerrogativas básicas y fundamentales que todo trabajador debe tener y que el Estado como garante de los derechos de los ciudadanos es el primero que con la obligación de proteger, tal es el caso de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, y/o el reajuste periódico de las pensiones legales, que son tajantemente contradichos por la norma que se pretende declarar su inconstitucionalidad.

Un Decreto expedido por autoridades administrativas no puede declarar una base de liquidación de prestaciones sociales diferente a la consagrada por las leyes vigentes a la época de vinculación del actor, y por ende, leyes que deben ser aplicadas de manera preferencial, ya que de no ser así, estaríamos desprotegiendo la seguridad jurídica que debe cobijar los regímenes especiales de los docentes de nuestro país, lo cual no puede ser válido a la luz de la Constitución.

Por lo que se deja claro que el Decreto 3752 de 2003 no podía servir como sustento normativo al momento de expedir la resolución N° 00075 del 02 de Agosto de 2007 por encima de lo estipulado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, por lo que por vía de excepción se inaplicará por inconstitucional el artículo 3° del referido decreto emanado por La Secretaria de Educación y Cultura Departamental, tal como fue solicitado en la pretensión Tercera del libelo de demanda.

**Conclusión.** Bajo las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta los pronunciamientos de nuestro máximo tribunal de lo contencioso administrativo<sup>3</sup>, se concluye que el acto demandado desconoce las normas superiores en las que debía fundarse, por lo que en consecuencia se declarará su nulidad al no haber tenido en cuenta para determinar la base pensional todos los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicios; así como se declarará que según el criterio actual del Consejo de Estado, el señor CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ identificado con CCN° 17.841.382, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, en el equivalente al 75% de todos los factores que constituyen salario devengados en el último año de servicios, previsto en la Ley 33 de 1985.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios. En este orden de ideas la entidad deberá pagar las sumas dejadas de cancelar actualizadas de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A., de conformidad la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A.C.A.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicara separadamente mes por mes, cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Ahora, acerca de la pretensión del pago de los valores que representen las diferencias, debe indicarse que sólo procede respecto de las diferencias en cuanto al reajuste que se causen posteriores al 13 de Marzo de 2011, porque los causados anterior a ella se encuentran prescritos.

Esto por cuanto – insistimos – lo que se declara es la prescripción del pago de los incrementos no reclamados en tiempo, más no el derecho a que el incremento porcentual se tenga en cuenta en forma mensual, pues ello incide en el monto de las mesadas futuras.

<sup>3</sup> Ver entre otras las siguientes Sentencias: 1) Consejo de Estado. Enero 27 de 2011, Radicado: 08001-23-31-000-2003-00112-01(0049-07) SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B". MP BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. 2) Sección Segunda del Consejo de Estado, 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, MP Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

**Costas.** Considerando que en el presente proceso no se vinculó un interés público y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, se condenará en costas a la entidad demandada de conformidad con el artículo 365-1 del Código General del Proceso, más exactamente cuándo establece “Se *condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, se fijarán las agencias en derecho en un 5% del monto de lo reconocido en esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

**PRIMERO:** Declarar como probada la excepción de Prescripción esgrimida por el apoderado judicial de la parte demanda, y como consecuencia de ello DECLARAR la prescripción del pago de los incrementos pensionales causados con anterioridad al 13 de Marzo de 2011, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, esto es respecto al pago, pero no en cuanto a su causación, la que reconocida incide en forma cíclica en los aumentos subsiguientes.

**SEGUNDO:** Declarar no probadas las excepciones de Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma y Pago esgrimidas por el apoderado judicial de la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**TERCERO:** Inaplicar por vía de excepción por inconstitucional el Decreto 3752 de 2003.

**CUARTO:** Declarar la **NULIDAD** de la Resolución No. 000755 del 02 de Agosto de 2007, expedida por La Secretaria de Educación Departamental, en nombre y representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció pensión vitalicia de Jubilación al señor CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ.

**QUINTO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la Nación/Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S.A., a reconocer y pagar al señor CIRO ANTONIO MIER CHAVEZ Pensión de Jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

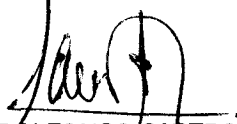
**SEXTO:** Las sumas que resulten de la condena anterior deberán ser reajustadas desde el momento de causación del derecho pensional y canceladas a cargo de los fondos respectivos, que la actualizarán (indexarán) en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia. Se declara la **prescripción** de aquellas diferencias o sumas resultantes de esta condena que sean causadas con anterioridad al 13 de Marzo de 2011.

**SEPTIMO:** La parte condenada cumplirá esta sentencia dentro de los términos consagrados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**OCTAVO:** Condénense en Costas a la parte demandada. Líquidense. Fíjense como agencias en derecho el 5% de lo reconocido en esta sentencia.

**NOVENO:** Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.



**JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ**

Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar.