



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

Santa Marta D.T.C.H., veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR:	ISLENA DEL CARMEN PEREZ DE GANDARA
DEMANDADO:	NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
RADICACIÓN:	47-001-3333-002-2016-00211-00

Agotadas las solemnidades propias del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1.1.- LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, la señora Islena del Carmen Pérez de Gándara, promovió el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en procura de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.1. Declaraciones y Condenas

La demanda se presenta a efectos de obtener de esta jurisdicción las pretensiones que seguidamente se indican, así:

"1º.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0229 del 09 de julio de 2015, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaria de Educación del Distrito de Santa Marta, por medio de la cual se reconoce la RELIQUIDACION DE LA PENSION DE JUBILACION de mi mandante, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios.

2º.- Se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación de mi mandante teniendo como base de liquidación el promedio de TODOS LOS FACTORES SALARIALES devengados en el último año de servicio, de conformidad

y en concordancia con lo establecido por la Ley 71/88, Decreto 1160/89, Decreto 3752/03, efectiva a partir de la fecha de retiro definitivo del sector oficial.

3º.- Que se condene a la demandada a reconocerle y pagarle a mi mandante ISLENA DEL CARMEN PEREZ DE GANDARA, las diferencias de las mesadas generadas por la reliquidación de la pensión de jubilación, debidamente indexadas desde la fecha en que acredito el retiro definitivo hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que por esta acción se llegare a reconocer.

4º.- Condenar a la demandada a reconocer, liquidar y pagar sobre las sumas adeudadas a mi mandante, los ajustes del valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor – IPC –, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.

5º.- Que a la sentencia favorable se le dé estricto cumplimiento de conformidad con lo previsto en los artículos 189 y 192 del C. de P.A. y de los C.A.

6º.- Condenar a la entidad demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir mi mandante.

1.1.2. Hechos de la Demanda:

La parte actora sustenta las pretensiones de su demanda con fundamento en los supuestos fácticos que seguidamente se resumen:

Señala que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaria de Educación del Distrito de Santa Marta reconoció y ordeno el pago de una Pensión de Jubilación a favor de la señora Islena del Carmen Pérez de Gándara por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio.

Aduce que la accionante por retiro definitivo del servicio, elevo petición escrita ante la entidad de previsión a fin de que se reliquidara la pensión de jubilación en su favor reconocida, teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales, petición que es resuelta mediante Resolución No.0229 del 09 de julio de 2015 sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por mi poderdante en el último año de servicios.

Indica que durante el año inmediatamente anterior al retiro definitivo de la señora Perez de Gándara, la misma devengo los siguientes factores salariales: ASIGNACION BASICA, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACION MENSUAL, HORAS EXTRAS, PRIMA DE SERVICIO, sin embargo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaria de Educación Distrital, por medio del acto acusado Resolución No. 0229 del 09 de julio de 2015, solo tuvo en cuenta en la base de liquidación de la pensión la ASIGNACION BASICA.

Afirma que el momento de establecer la base de reliquidación de la pensión de jubilación, debe tenerse en cuenta que el salario está determinado por todo lo que recibe el trabajador del empleador como contraprestación directa e indirecta al servicio prestado o a la venta de la fuerza de trabajo, criterio avalado por el Consejo

de Estado en materia laboral – público y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en laboral – privado y que en innumerables fallos ha avalado la Corte Constitucional como guardiana de la Corte Superior y del Estado de Derecho que nos regula, debiendo para este caso tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos por la parte actora durante el último año de prestación del servicio, para proceder a la reliquidación de la pensión de mi mandante y en cuantía del 75%.

1.1.3. Fundamentos de derecho en que se apoyan las pretensiones:

Considera el demandante que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el acto administrativo predicho, ha violado las siguientes disposiciones legales y constitucionales:

- Constitucionales: Artículos 1º, 2º, 29 y 53 de la constitución política.
- Legales: Ley 71 de 1988; ley 4ª de 1966 y ley 33 de 1985.

1.1.4. Concepto de Violación

Como concepto de violación el extremo actor de la Litis señaló lo siguiente:

El Artículo 1 de la constitución Nacional, establece que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana y en el trabajo entre otros. Que en este caso especial la dignidad de su mandante está siendo vulnerada por el mismo Estado representado por las entidades demandadas por la discriminación a la que ha sido sometido, que sin justificación legal le ha sido desmejorada su mesada pensional al no reconocerle la revisión de la reliquidación de pensión, incluyéndose el tiempo real de liquidación del último año de servicio, por retiro definitivo del mismo, a que tiene derecho.

Indica además, que la entidad demandada vulnera de manera ostensible el derecho fundamental de la igualdad de las personas ante la ley, toda vez que su poderdante se le ha negado el derecho que tiene a que se le re liquide y por ende se le incremente su mesada pensional, conforme a las normas legales preestablecidas y más aún cuando cumple todos los requisitos establecidos para acceder al reconocimiento, liquidación y pago de una mesada pensional justa y ajustada a los dispuesto en la ley, lo cual ha sido desconocido por la entidad demandada, ya que la misma desconoció la base de liquidación ordenada por ley, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados por su representada al año anterior de retiro del servicio.

Estima que la Ley 71 de 1988 estable la reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio. Lo que quiere decir que está legalmente establecido la procedencia de la reliquidación de la pensión por retiro definitivo del servicio y con base en el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios (Ley 4 de 1966, 71 de 1988, decreto 1160 de 1989). Así que por vía de interpretación judicial basada en el silencio del legislador o su negatoria, no

es posible determinar la improcedencia de su reliquidación, sino por el contrario otorgarla, siempre que se den los requisitos para ello, más cuando del contenido del artículo 9º de la precitada ley se puede establecer que no excluyo a ninguna de las pensiones, por el contrario expreso que las personas pensionadas o con derecho a ella del sector público tendrán derecho a la reliquidación de la pensión al retirarse del servicio, situación en la que se encuentra mi mandante, quien se ha retirado del servicio y por lo cual tiene derecho a la reliquidación de su mesada pensional con base en todo lo devengado durante el último año de prestación de servicios.

Para no tener en cuenta los factores salariales se sustentaron en el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003 y el artículo 3. Que expresaba: "INGRESO BASE DE COTIZACION Y LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente..." Decreto que fue derogado expresamente por la Ley 1151 de 2007.

Es de anotar que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 expresa: "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...".

Si se hace una comparación entre la norma antes enunciada y esta encontramos que el decreto 3752 excedió la ley 812, pues, esta última hace referencia a la cotización para salud y para pensión y en ningún caso hace referencia, sobre los efectos de tal cotización, en la liquidación de la pensión. En ese orden de ideas y ante tan flagrante violación de derechos fundamentales, principios Constitucionales y legales, dicha norma debió haberse inaplicado tal y como lo manda la Carta Magna en su artículo 4º.

La Ley 1151 del 25 de julio de 2007, por la cual se expide la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010, regula en el artículo 160" Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial (...) el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 (...).

EL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO en sentencia del 6 de abril de dos mil once, Radicación numero: 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04) y 11001-03-25-000-2005-00234-00 (9906-05) fallo:" Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento "pleno" y "oportuno" de su prestación..."

Se deberá tener en cuenta al momento de decidir la presente demanda la jurisprudencia por medio de la cual el Honorable Consejo de Estado unifico los criterios al respecto: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSOS

ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SENTENCIA DEL 4 DE AGOSTO DE 2010 M.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO, que estableció: " 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, 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 enfrentado.."

De conformidad con lo expuesto anteriormente y conforme a la normatividad aplicable en el presente asunto, debe tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales percibidos por la parte actora durante el último año de prestación del servicio, para proceder a la reliquidación de la pensión de la accionante y en cuantía del 75%.

1.2- POSICIÓN DE LA PARTE ACCIONADA – NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

El Ministerio de Educación afirma que la liquidación de la pensión concedida a la demandante se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, y fue reconocida en vigencia del Decreto 3725 de 2003, normatividad que señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, cuyo pago se encuentre en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente, razón por la cual los factores que pretende sean incluidos la actora en la base de liquidación de su pensión de jubilación no fueron tenidos en cuenta por la demandada.

Señala que el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta son la asignación básica mensual y el sobresueldo, reglamentándose de ese modo la Ley 91 de 1989.

Además, la parte demanda propuso como excepciones la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y genérica e innominada.

Finalmente alega la demandada, que el acto administrativo demandado goza de la presunción de legalidad prevista el artículo 88 de la Ley 1437 del 2011, y la parte accionante no acredita ni siquiera sumariamente que dicho acto haya sido expedido con infracciones en las normas en que debería fundarse.

1.3.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes procesales en resumen alegaron en audiencia inicial lo siguiente:

1.3.1. Parte demandante

Manifestó que al momento de que se profiera el fallo, se tenga en cuenta además de lo expuesto en la demanda, el acervo probatorio existente en el proceso, la jurisprudencia aplicable conforme a los lineamientos procesales y jurisprudenciales conforme lo ha venido regulando la ley 1395 de 2010, la progresividad de las normas y la aplicación de las fuentes del derecho, accediendo por consiguiente a las pretensiones de la demanda.

Al igual indico, que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 y lo expuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, de fecha 4 de agosto de 2010.

1.3.2. Parte demandada – NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Señalo, que para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores que deben tenerse en cuenta son la asignación básica mensual (ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), que si bien el artículo del referido decreto fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, en el que estableció que a partir del 25 de julio de 2007, la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo se realizara teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales de acuerdo al tipo de vinculación; y que este tipo de situación no se ajusta al caso objeto de la presente controversia, por cuanto al momento en que la demandante adquirió el status pensional, se encontraba vigente el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, manteniéndose inmodificable este, por ser situaciones jurídicas ya consolidadas y que respecto de los cuales la ley 1151 de 2007 no establece modificación alguna, que en tales circunstancia, reafirman que los factores salariales están expresamente limitados en las normas mencionadas y fuera de ello no existe la posibilidad de realizar el reajuste de la cuantía de la pensión de jubilación de la docente con la inclusión de todos los factores salariales, por lo que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.3.3. Concepto del Ministerio Público

Encontrándose en término el Delegado del Ministerio Público ante este despacho, emitió su concepto sobre la presente Litis, en la que conceptuó lo siguiente:

Que en el presente asunto, para el efecto debe señalarse que la Ley 91 de 1989 contempla en su artículo 1º quienes se entienden por personal nacionalizado tal y

como es el caso de la demandante a quien así se reconoció en la resolución objeto de la demanda, aduce además que el artículo 15 de esa misma norma, indica que dicha norma es aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados que se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990, y que los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 como es el caso de la actora, mantendrían el régimen de pensión que han venido gozando en cada entidad territorial.

Señala además, que según las pruebas que reposan en el expediente más exactamente la que aparece a folio 19 del mismo, se nota que la actora ingreso a prestar sus servicios el 12 de noviembre de 1979, lo que conlleva a que no puede ser aplicable el régimen de liquidación de la ley 91 de 1989 por ser posterior a su fecha de ingreso.

Que en ese orden de ideas como quiera que el régimen anterior era el de la Ley 33 de 1985, considera que es con base a dicha ley que se debe liquidar la pensión de la demandante, norma que regula en su artículo 1º que la liquidación se debe liquidar con base en el 75% de lo devengado en el último año de servicio y que si bien la ley 62 de 1985 modificó el artículo 3º de la ley 33 de 1985, estableciendo unos factores bajo los cuales debe liquidarse la pensión, no puede perderse de vista lo argumentado por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, que señaló que los factores salariales establecidos en la norma eran de carácter meramente enunciativos y no podría tener un carácter taxativo, lo cual fue reiterado en sentencia del 25 de febrero de 2016 por el C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve – Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Por lo que decide, que le asiste razón a la parte actora a que se le re liquide su pensión en atención a que en la certificación de salarios demuestran que realmente en el último año de servicios devengaba prima de navidad, de vacaciones y la de servicios, en atención que en la resolución demandada solo se tuvo en cuenta para la liquidación de la pensión la asignación básica en un 75%.

Finalmente, que si bien se debe acceder a las pretensiones de la demanda, se considera que la prima de navidad y la prima de servicios, objeto de la reliquidación solo deben ser tenidos en cuenta en un doceava parte de las mismas, puesto que estas son de carácter anual, en consideración a lo enunciado en la sentencia del 23 de marzo de 2017, del Consejo de Estado, proferida en el proceso 15001-2333-000-2012-00187-01 (2403-14).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a resolver el asunto sometido a consideración, con el siguiente derrotero: **1)** Control de legalidad; **2)** Problema Jurídico; **3)** Medios probatorios; **4)** Marco Jurídico y Jurisprudencial; **5)** Análisis del caso concreto; **6)** Conclusión **7)** Parámetro para el restablecimiento del derecho si a ello hubiere lugar y por último **8)** Condena en costas **9)** Decisión.

2.1. Control de Legalidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de cada una de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por esta agencia judicial la existencia de vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo. Por lo anterior encontrándose saneada la actuación es procedente desatar la Litis.

2.2. Problema Jurídico a Resolver.

Así las cosas, tal como se indicó en audiencia inicial, el litigio se circunscribe en determinar si a la demandante le asiste el derecho a que se le re liquide el ingreso base de su mesada pensional con inclusión de todos los factos salariales devengados en el último año de prestación de servicios al momento de adquirir su status de pensionada, en aplicación de la Ley 33 de 1985.

2.3. Medios Probatorios

Para demostrar los hechos y los supuestos en que se apoyan las normas violadas se allegaron los siguientes medios de prueba:

- La demandante prestó durante 35 años, 1 meses y 23 días sus servicios como docente adscrito a la Secretara de Educación del Distrito de Santa Marta, desde el 12 de noviembre de 1979 al 05 de enero de 2015.
- A través de la Resolución No. 0229 del 09 de julio de 2015 le fue re liquidada la pensión de jubilación a la demandante, teniendo en cuenta en la liquidación únicamente la asignación básica (fl. 19-21).
- En Formato Único para la expedición de certificado de salarios de la actora, en el que constan los factores salariales devengados en los años 2013-2014, asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual, prima de servicios y horas extras. (fl. 22 y vuelto).
- Antecedentes Administrativos (fls. 64 al 143).

2.4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

La ley 71 de 1988 en su artículo 11, establece que dicha ley, y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de Previsión Social del Sector privado, lo mismo que a las personas

naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, consagró un régimen de transición, entendido como un mecanismo de protección establecido por el legislador con el propósito de regular el impacto del tránsito legislativo en este caso prestacional de los docentes vinculados con anterioridad a la citada ley. En efecto, en el presente asunto el régimen prestacional aplicable a la docente Islena del Carmen Pérez de Gándara era el establecido con anterioridad a la Ley 812 de 2003, es decir el dispuesto en la Ley 91 de 1989, para los docentes nacionales y nacionalizados.

De conformidad con la Ley 91 de 1989, a los docentes nacionales y nacionalizados para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se les aplica las disposiciones contenidas en la misma ley y en la Ley 33 de 1985.

El Congreso de la República expidió la Ley 33 de 1985 que comenzó a regir el 29 de enero de 1985, y la cual derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y demás disposiciones que le fueran contrarias.

En efecto, la mencionada Ley determinó que los empleados oficiales tendrían derecho a que por la Caja de Previsión respectiva, se les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, si laboran o laboraron veinte (20) años continuos o discontinuos y llegaron a la edad de cincuenta y cinco (55) años de edad. Al comenzar a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad vigente aplicable en materia de pensiones de jubilación y su liquidación, para el sector educativo, era la Ley 33 de 1985, la cual de igual forma se aplica a los servidores públicos de todos los niveles, que no fueran exceptuados de ella, por lo que se infiere que los docentes siguieron adquiriendo su derecho a pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad, como es el caso de la parte actora, lo que quiere decir, que gracias a su edad y su tiempo de servicios los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez y la cuantía de esta deben ser los indicados en las Leyes 33 y 62 de 1985 que disponen:

Ley 33 de 1985

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

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

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.
(...).

Ley 62 de 1985:

"Artículo 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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

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

En este orden de ideas, se tiene que la precitada Ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas por el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio como se mencionó anteriormente, y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes.

No obstante frente, a la indicación de dichos factores, el **Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, de fecha 4 de agosto de 2010**, señaló que no sólo se incluirán como factores en la liquidación pensional de los servidores públicos cobijados por la Ley 33 de 1985, aquellos que taxativamente consagra el artículo 3° de dicha ley, modificado por la Ley 62 de 1985, sino que también habrán de incluirse todos aquellos factores devengados por el empleado oficial durante el último año de prestación de servicios, con el fundamento de que constituyen salario aquellas sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios.

Así las cosas, y teniendo en cuenta las pruebas documentales relacionadas en acápite anterior, y la norma y jurisprudencia expuesta anteriormente, y habida cuenta que el acto administrativo resolución No. 0229 del 09 de julio de 2015, mediante el cual se le re liquido la pensión vitalicia de jubilación a la señora Islena del Carmen Pérez de Gándara por retiro definitivo del servicio, no se encuentra totalmente ajustada a derecho, toda vez, que no se re liquido la pensión de la actora, con la inclusión en su liquidación la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que constituían un retribución por los mismos, es decir, asignación básica,

prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación mensual, prima de servicios y horas extras, como quiera que se encuentra acreditado en el expediente que tales factores fueron devengados por la actora en los años 2013-2014 según se desprende de la certificación obrante a folio 22 del expediente, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios – Consecutivo No.2534, dado que en dicha resolución solo se tuvo en cuenta como factor salarial para la liquidación de su pensión, la asignación básica en un 75%.

Ahora bien, en cuanto a que la actora, devengo en su último año de servicio, prima de navidad y prima de vacaciones, tal como lo señala la mencionada certificación de factores salariales, estas para efectos de la reliquidación pensional, solo debe tenerse en cuenta una doceava parte de las mismas, puesto que estas son causadas anualmente, tal y como lo señala en sentencia No. 15001-23-33-000-2012-00187-01 (2403-14) la Sala Plena Contenciosa Administrativa – Sección Segunda – del Consejo de Estado, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, del 23 de marzo de 2017, dentro del expediente adelantado por William Milton Rodríguez Saavedra contra el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

“Se tiene que a los empleados públicos regidos por la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicio. Sin embargo, **La Sala se permite precisar, que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, respecto a la inclusión del valor de aquellos factores cuya causación es anual, caso de las primas de navidad y de vacaciones, su inclusión es en una doceava parte, y no como lo ordenó el a quo en un 100%.**”

(Negrilla del Juzgado).

3.- CONCLUSION

3.1. Declaraciones y condenas

En conclusión se tiene que la docente Islena del Carmen Pérez de Gándara, ingreso a prestar sus servicios ante el Magisterio desde el 12 de noviembre de 1979, y laboro durante 35 años, 1 meses y 23 días como docente adscrito a la Secretaria de Educación del Distrito de Santa Marta, desde el 12 de noviembre de 1979 al 05 de enero de 2015, tal y como se aprecia en la Resolución No. 0229 del 09 de julio de 2015 a folio 19 del expediente, por lo que no les es aplicable el régimen de liquidación que trata la ley 91 de 1989, por ser esta posterior a la fecha de ingreso, la cual laboró.

Por lo anterior y en consecuencia que como quiera que el régimen anterior que cobijaba a la accionante era la Ley 33 de 1985, se considera que la liquidación de su pensión debe hacerse como le regula esta ley, que en su artículo 1º indica que la liquidación pensional se debe hacerse con base en el 75% de los devengado en el último año de servicio, y si bien el artículo 3º de esta ley fue modificado por la Ley 62 de 1985, donde estableció unos factores salariales bajo los cuales se debe liquidar la pensión, es imprescindible dar aplicación a las sentencias de unificación de la 04 de

agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado citada de manera precedente.

En ese sentido, la **actora tiene derecho a que su pensión se le reconozca en un porcentaje equivalente al 75% del promedio del último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales y demás conceptos que reciba el empleado como contraprestación directa de sus servicios devengados en ese periodo**, sin que haya lugar a decretar las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y genérica e innominada, formuladas por el extremo pasivo.

Así las cosas, este despacho judicial declarará la nulidad parcial de la Resolución N° **0229 del 09 de julio de 2015** expedida por la Secretaria de Educación Distrital de Santa Marta en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual re liquidó una pensión vitalicia de jubilación, en tanto que al reconocer la pensión de la señora ISLENA DEL CARMEN PEREZ DE GANDARA no se incluyeron todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios acreditados mediante la certificación visible a folio 22 y rev. del expediente, devengados durante el último año de servicio (2013-2014) tales como **asignación básica, bonificación mensual, prima de navidad (en una doceava parte), prima de servicios, prima de vacaciones (en una doceava parte) y horas extras.**

Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, se ordenara a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a re liquidar la pensión de la actora teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio (2013-2014), teniendo en cuenta, que la docente Islena Pérez de Gándara, fue retirada del servicio a partir del 22 de octubre de 2014, tal como lo indica la Resolución No.0942 del 22 de octubre de 2014 expedida por la Secretaria de Educación Distrital de Santa Marta, visible a folio 80 del expediente.

La entidad a la vez deberá deducir los aportes correspondientes a los nuevos factores que se incluyan y sobre los cuales el docente no cotizó a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema.

Los mayores valores que resulten de la reliquidación y reajuste de las mesadas pensionales del demandante, serán ajustados teniendo en cuenta para ello las fechas de causación y de pago efectivo de los mismos. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el Consejo de Estado.

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectuó el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Sobre la improcedencia de ordenar el pago de intereses moratorios

Observa el despacho que dentro de las pretensiones elevadas por la parte demandante se solicita que sobre las sumas de dinero a reconocer, se ordene a la parte demandada a liquidar y pagar intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia que se profiera hasta el pago efectivo de la condena, sin embargo no es viable impartir orden de pago de tales intereses, en razón a que este fallador esta ordenando la indexación de las sumas adeudadas conforme a la formula anteriormente transcrita establecida por el H. Consejo de Estado, resaltando el despacho la incompatibilidad que hay en reclamar intereses moratorios frente a la orden de indexación.

Así se determinó en reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado indicó¹:

"La indexación y los intereses moratorios concomitantes

El fundamento legal de la indexación, según el Consejo de Estado¹, reside en artículo 178 de Código de lo Contencioso Administrativo, que a la letra dispone:

"ARTICULO 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor"

En este punto, la Corporación ha venido señalando que el ajuste de las sentencias condenatorias obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que en tratándose de servidores del Estado, disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos, por lo que la indexación es un acto de equidad, cuya aplicación se sustenta además en el artículo 230 de la Constitución Política, que dispone:

"ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

Es así que cuando se ordena el restablecimiento del derecho con la indexación, se busca que dicho restablecimiento "represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido."

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Bogotá, D.C., 9 de agosto de 2012, Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00048-00(2106), Actor: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Referencia: **Criterios para cumplir las sentencias laborales dictadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenan el reintegro y pago de emolumentos.**

Se precisa además que la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación ha manifestado que "en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles", por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.

En tal medida, cuando en la condena judicial de reintegro, se ordena la actualización de las sumas liquidadas a favor del accionante, desde la fecha en que se causaron a la fecha de su pago efectivo, no puede condenarse simultáneamente, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, al pago de los intereses de mora previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, pues resultan incompatibles."

(Resaltado fuera de texto).

Lo anterior de conformidad a la Jurisprudencia de las Altas Cortes² quienes han coincidido en manifestar sobre la incompatibilidad de reconocer intereses moratorios e indexación sobre una misma obligación, en razón a que los intereses moratorios incluyen un componente inflacionario, que conlleva por ende, el reajuste o indexación indirecta de la prestación, razón por la cual no se accederá a tal pretensión.

Prescripción:

Siendo entendida la prescripción como una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga,³ a los servidores públicos, le es aplicable como regla general el término prescriptivo de tres (3) años, de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 (por medio del cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968 - por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Atendiendo esta disposición normativa, corresponde a deberá analizarse si en el presente asunto operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas pensionales de la demandante, teniendo en cuenta la fecha de reconocimiento del derecho pensional y de la solicitud de reliquidación.

Así las cosas, se tiene que la petición de reliquidación se presentó ante la Secretaria de Educación Distrital de Santa Marta el 20 de marzo de 2015, la cual fue resuelta mediante las resoluciones No. 0229 del 09 de julio de 2015, por medio de la cual se re liquido la pensión de jubilación a la actora teniendo como base de liquidación únicamente la asignación básica.

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre del 2009. Expediente 2001-03173. C.S.J.-Sala de Casación Laboral - C-781 de 2003, Rad. 41392 del 6/12/2011.

³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección "B" Sentencia del 24 de junio de 2010, M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ PÁEZ.

Que el 20 de marzo de 2015, se entiende interrumpido el fenómeno de la prescripción por el término de 3 años; es decir, que en principio la demandante tenía hasta el 20 de marzo de 2018 para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Finalmente, el demandante interpuso la presente demanda el 15 de abril de 2016, es decir, dentro de los 3 años para ello. (fl. 23)

Con base en los anteriores presupuestos se puede concluir que dentro del presente asunto operado el fenómeno prescriptivo de las mesadas pensionales desde el 20 de marzo de 2012 hacia atrás.

Sin embargo lo anterior no obsta para que el reajuste pensional se dé sobre el valor de liquidación desde el momento del retiro efectivo del servicio 05 de enero de 2015.

Costas

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, por cuanto la conducta procesal de ésta no está teñida de mala fe, dado que no es constitutiva de abuso del derecho, ni puede calificarse como torticera, maliciosa ni malintencionada, presupuesto éste indispensable para adoptar este tipo de decisión.

En mérito de las consideraciones expuestas, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la Resolución No. 0229 del 09 de julio de 2015, expedida por la Secretaria de Educación Distrital de Santa Marta en representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual re liquidó la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, por falta de inclusión de todos los factores salariales correspondientes para la liquidación de la pensión de la docente ISLENA DEL CARMEN PEREZ DE GANDARA.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a re liquidar la pensión de jubilación de la docente ISLENA DEL CARMEN PEREZ DE GANGARA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.190.995, incluyendo como factores de liquidación, la asignación básica, prima de vacaciones (en una doceava parte), prima de navidad (en una doceava parte), prima de servicios, bonificación mensual y horas extras devengados durante el último año de prestación de servicios (2014), por las consideraciones anotadas, **declarando la prescripción de todas aquellas diferencias causadas antes del 20 de marzo de 2012.**

Ordénese realizar sobre las mesadas, la deducción del monto del porcentaje que legalmente corresponda asumir a la accionante de aquellos factores sobre los cuales

eventualmente se incluyan y sobre los cuales el docente no cotizó, sumas que deberán ser traídas a valor presente.

La accionada deberá realizar el reajuste de la mesada pensional desde el reconocimiento de dicha prestación 27 de junio de 2005 hasta la fecha de la presente providencia a efectos de no afectar la base de liquidación.

Las sumas reconocidas serán canceladas por la entidad demandada y deberán ser actualizadas hasta el momento de su pago efectivo, de acuerdo con la fórmula que para el efecto ha señalado el Consejo de Estado. La demandada dará cumplimiento a la sentencia de acuerdo a los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

TERCERO: declárese prescritas todas aquellas diferencias pensionales derivadas de las mesadas causadas con anterioridad al 20 de marzo de 2012 en virtud de la prescripción trienal decretada por este despacho en aplicación de los artículos 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969.

CUARTO: Ordénese a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO dar cumplimiento a esta sentencia en los términos previsto en el artículo 192 y siguientes del CPACA.

QUINTO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. a **excepción del reconocimiento de intereses moratorios**, en tanto no hay lugar a ello por incompatibilidad con la indexación ordenada sobre de los valores que hay lugar a cancelar.

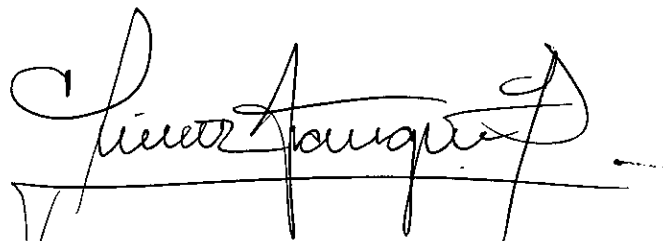
SÉXTO: Sin condena en costas.

SEPTIMO: niéguese las demás suplicas de la demanda.

OCTAVO: **Notifíquese** la presente providencia conforme lo ordena el artículo 203 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



LINA PAOLA ARANGUREN ESPITIA