



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-**2016-00164-00**.
Demandante: Ena Margarita Valeta Pérez.
Demandado: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tema: Reliquidación Pensión Docente Nacionalizado -
Aplicación de la Ley 33 de 1985 - Factores Salariales
Aplicables a la Pensión de Jubilación.

SENTENCIA N° 017

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los arts. 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES.

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 0307 del 09 de junio de 1998, que le reconoció la pensión de jubilación a la demandante Sra. Ena Margarita Valeta Pérez, pero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

SEGUNDO: Que se declare la Nulidad del Acto Ficto o Presunto, producido por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 05 de octubre de 2015 y radicado bajo el N° PQR-2015-16803 del 02 de octubre de 2015, a través del cual le fue solicitada por la actora la reliquidación de la pensión de

jubilación por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad convocada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada por el Sr. Ministro de Educación Nacional Sra. Gyna Parody, Mayor de edad y vecina de la Ciudad de Bogotá D.C., para que reconozca y ordene el pago de la reliquidación de la pensión de jubilación a la Sra. Ena Margarita Valeta Pérez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en cuantía que asciende a la suma de \$1.529.203.34 efectiva a partir de 03/03/1998.g.

CUARTO: Que se condene a la entidad Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada por el Sr. Ministro de Educación Nacional Sra. Gyna Parody, Mayor de edad y vecina de la Ciudad de Bogotá D.C., a pagar a la demandante, la Sra. Ena Margarita Valeta Pérez, la indexación sobre las sumas que resulten de la reliquidación de su pensión de jubilación de conformidad con la Ley y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, calculada desde la fecha de su exigibilidad y hasta cuando el pago se verifique.

QUINTO: Que se condene a liquidar y pagar a expensas de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada por el Sr. Ministro de Educación Nacional Sra. Gyna Parody, Mayor de edad y vecina de la Ciudad de Bogotá D.C., y a favor de la demandante las mesadas atrasadas dese la fecha en que adquirió su status de pensionada hasta que sea incluido en nómina con la cuantía que se determine pagar en la sentencia que ordene su reconocimiento de la reliquidación de su pensión de jubilación.

SEXTO: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada por el Sr. Ministro de Educación Nacional Sra. Gyna Parody, Mayor de edad y vecina de la Ciudad de Bogotá D.C., las mesadas adicionales correspondientes a los meses de junio y diciembre desde la fecha de la adquisición de su status jurídico.

SÉPTIMO: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada por el Sr. Ministro de

Educación Nacional Sra. Gyna Parody, Mayor de edad y vecina de la Ciudad de Bogotá D.C., para que sobre las mesadas adeudadas a la demandante le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precio al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el art. 190 del C.P.A.C.A.

OCTAVA: Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representada por el Sr. Ministro de Educación Nacional Sra. Gyna Parody, Mayor de edad y vecina de la Ciudad de Bogotá D.C., a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el nuevo C.P.A.C.A., contados a partir de la ejecutoria del fallo e intereses moratorios de este término conforme lo ordena la citada normatividad.

NOVENA: Que se reconozca la personería del actor.

1.1.3. HECHOS.

Que la demandante prestó sus servicios como docente a beneficio del Departamento de Sucre por 32 años, 09 meses y 21 días entre los años 19 de abril de 1973 al 10 de febrero de 2004, le fue reconocida la pensión de jubilación por intermedio de la Resolución N° 0307 del 09 de junio de 1998, con efectos fiscales a partir del 03 de marzo de 1993, sin que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio 1997 - 1998, tomando únicamente la asignación básica, la Prima de Alimentación y la de Navidad.

La demandante presentó solicitud de la reliquidación pensional el 05 de octubre de 2015 con radicado N° 2015-PQR-16803, solicitud que hasta el día de hoy no ha sido resuelta, configurando el silencio negativo y de esta forma agotada la vía gubernativa.

La demandante en la actualidad se encuentra retirada del servicio.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

Legales y constitucionales: arts. 2, 6, 13, 25, 58 de la Constitución Política de Colombia; ley 91 de 1989, art. 10 del Código Civil, Art. 5° de la Ley 57 de 1887, Ley 6ª de 1945, art. 1° del Decreto 1285 de 1995, arts. 31 y 70 del Decreto 2277 de 1979,

art. 4° de la Ley 4ª de 1966, art. 5° del Decreto Reglamentario 1743 de 1966, art. 1° de la Ley 33 de 1985, Ley 91 del 89, Ley 60 del 93, Ley 115 de 94.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Argumenta que, con la expedición del acto acusado se violan parcialmente disposiciones de orden legal y de rango constitucional en la siguiente medida.

En primer lugar, se expresa que al reconocerse la pensión con base a la Ley 100 de 1993, afecta el monto de la pensión y de paso la desnaturaliza, por lo que el monto de la cuantía de la pensión no son iguales en los términos señalados entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985, como sustento de este argumento transcribe varios partes jurisprudenciales.

Expresa la Condición más beneficiosa que trae el art. 54 de la Constitución Política, por lo que en los casos en los cuales una situación se encuentre reguladas en varias fuentes formales del derecho o una misma, quien ha de aplicar o interpretar la norma, debe escoger la que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.

Por otra parte, se viola la Ley 91 de 1989 Artículo 15. Que expresa: “a partir de la vigencia de la presente Ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al primero (01) de enero de 1990 serán regidos por las siguientes disposiciones.

- Personal nacional: son los docentes nacionales vinculados por nombramientos del gobierno nacional.
- Personal nacionalizado: son los docentes vinculados por nombramientos por una entidad territorial, desde el 1° de enero de 1975 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de/75.
- Personal territorial: son los docentes vinculados por nombramientos por una entidad territorial, desde el 1° de enero de 1975, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 10 de la Ley 73/45.

Fue así como la norma estableció en el art. 15 una serie de beneficios a cada una de las categorías antes mencionadas.

Por otra parte, en el art. 70 del Decreto 2277 de/79, expresa que el reconocimiento de la pensión debe realizarse bajo el régimen especial vigente.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 02 de septiembre de 2016, tal como se avizora en la nota de reparto¹.
- Mediante Auto del 07 de octubre de 2016, se admitió la demanda².
- La admisión de la demanda fue notificada personalmente a las demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, mediante buzón electrónico del 07 de diciembre de 2016³.
- La entidad demandada contestó el 19 de diciembre de 2016⁴.
- Desde el 05 al 07 de junio de 2017, por secretaría dio traslados de las excepciones⁵.
- Mediante auto del 04 de agosto 2017, se convocó a la partes para llevar a cabo la audiencia inicial⁶.
- El 18 de octubre de 2017, se llevó a cabo la audiencia Inicial y se ordenó correr traslado para alegatos de conclusión a las partes por el término común de 10 días⁷.
- Las partes presentaron alegatos en el siguiente orden: La parte demandante el 19 de octubre de 2017⁸ y la parte demandada no alegó de conclusión, el Ministerio Público el 27 de octubre de 2017⁹.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹⁰.

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

Se opone a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico.

Destacando que los actos demandados se encuentran acogidos por el principio de legalidad, y no se acreditó sumariamente que la expedición de esto se transgredieran normas, o por competencia, o irregularidad, etc. de parte de quien lo profirió.

En cuantos a los hechos expresa que, el 1º es cierto, en cuanto del 2º al 6º no los afirma ni los niega, y se atiene a lo que se demuestre en el proceso.

¹ Fl. 31.

² Fl. 33.

³ Fls. 39 - 42v.

⁴ Fls. 43 - 57.

⁵ Fl. 88.

⁶ Fl. 89.

⁷ Fls. 93 - 98.

⁸ Fls. 101 - 107.

⁹ Fls. 108 - 119.

¹⁰ Fls. 43 - 57.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

La parte demandante, alegó de conclusión sosteniendo los mismos argumentos expresados con la presentación de la demanda.

1.4.2. LA PARTE DEMANDADA:

No presentó alegato alguno.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO:

Sostuvo que la norma que debe aplicarse a la demandante es la Ley 33 de 1985, al haber iniciado su labor como docente el 19 de abril de 1973, en razón a la edad y el tiempo de servicio, debe aplicarse el régimen de transición, puesto que dicho régimen en sí mismo es un derecho adquirido, como sustento a su argumentó transcribe un aparte jurisprudencial del Consejo de Estado.

Concluyendo que se debe incluir la totalidad de los factores salariales a la que por ley tiene derecho y por ende debe reliquidarse la Pensión de jubilación reconocida.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 núm. 3 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende en el presente medio de control, la nulidad parcial de La Resolución N° 00307 del 09 de junio de 1998 y la nulidad del acto ficto o presunto, producido por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 05 de octubre de 2015 y radicado bajo el N° PQR-2015-16803 del 02 de octubre de 2015, y a través del cual fue solicitada la reliquidación pensional, toda vez que no se incluyeron todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio

al que tenía derecho la Sra. Ena Margarita Valeta Pérez, identificada con C.C. N° 33'160.061.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si a la demandante le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante la Resolución N° 0307 del 09 de junio de 1998, teniendo en cuenta todos los factores salariales a los que por ley tiene derecho y devengados durante el último año?

Para dar respuesta al anterior interrogante, se abordara el siguiente tema: i) Régimen pensional de los docentes nacionalizados - Ley 33 de 1985. ii) factores salariales aplicables a la pensión de jubilación. iii) caso concreto.

2.3.1. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES NACIONALIZADOS - LEY 33 DE 1985.

Con el propósito de ilustrar el régimen jurídico que ha gobernado la pensión ordinaria de los docentes, se trae a colación la sentencia del 12 de octubre de 2011 (la cual por su claridad conceptual se transcribe in extenso) proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Exp. No. 11001-03-24-000-2004-00190-01 (1650-06), en la cual se hicieron las siguientes precisiones:

- *“La ley 100 de 1993”¹¹ creó el “sistema de seguridad social integral” y como parte de él estructuró el “sistema general de pensiones”, pero exceptuando de su aplicación algunos sectores de pensionados, entre ellos “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”¹².*

- *La ley 812 de 2003 aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹³. Esta normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales:*

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

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los

¹¹ Ley 100 de 1993 (Diciembre 23) “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

¹² Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

¹³ Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

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”.

Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137¹⁴.

- La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”¹⁵, en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la ley 812, entre ellas, las contenidas en el artículo 81.

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.

- El párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, se ocupa expresamente de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

***“Párrafo transitorio 1o.** 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”* (resaltado y subrayas fuera del texto).

*Si bien es cierto que el Acto Legislativo 01 de 2005, disposición que elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos grupos pensionales del **artículo 81 de la ley 812 de 2003**, estableció que los regímenes especiales o exceptuados expirarían el 31 de julio de 2010¹⁶, también lo es que este límite temporal de fenecimiento, de*

¹⁴ Artículo 137 de la ley 812 de 2003. “Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga el artículo 8 de la Ley 160 de 1994, el artículo 14 de la Ley 373 de 1997 y todas las disposiciones que le sean contrarias”. La fecha de promulgación fue el 27 de junio del 2003.

¹⁵ Ley 1151 de 2007 (julio 24), “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, Diario Oficial 46.700 de 25 de julio de 2007. Cfr. Artículo 160, vigencia y derogatorias.

¹⁶ “**Párrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos**, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010” (resaltado y subrayas fuera del texto).

acuerdo con los antecedentes que le dieron origen, no es aplicable a los docentes del servicio oficial. Así lo concluyó, recientemente, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

“El Acto legislativo en estudio fue de iniciativa gubernamental contenida en los proyectos radicados en la Cámara de Representantes bajo los números 34 y 127, presentados el 23 de julio y el 19 de agosto de 2004, respectivamente, los que fueron acumulados para su trámite y en su contenido original proponían la eliminación de todos los regímenes especiales y exceptuados, dejando exclusivamente el de la Fuerza Pública y un régimen de transición que terminaría el 31 de diciembre de 2007.

Desde el primer debate en la Comisión Primera Permanente de Cámara, se introdujo el tema de los docentes como parte del ‘régimen de transición’; y como un párrafo transitorio fue conservado y ajustado en su texto a lo largo de las dos vueltas requeridas para la aprobación del acto legislativo, remitiendo al artículo 81 de la ley 812 de 2003.

*Se tiene pues que el legislador, como constituyente derivado, optó por referirse al régimen pensional de los docentes vinculados al servicio educativo estatal en un párrafo que calificó como ‘transitorio’ bajo dos supuestos: (i) **cuando se pensione el último de los docentes vinculados con antelación a la entrada en vigencia de la citada ley 812 se extinguirá el régimen que para ese momento existía;** (ii) **los docentes vinculados o que se vinculen a partir del 27 de junio de 2003, quedan sujetos el régimen pensional del sistema general.***

*En esta perspectiva, la transitoriedad del régimen es predicable exclusivamente del grupo de docentes que entraron al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003. El régimen de los docentes que ingresan al servicio a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003 tiene un elemento de diferenciación o especialidad que es la edad, respecto del régimen general, y así se conserva. **En ninguno de los dos casos se estableció relación alguna con la fecha finalmente acordada para terminar el régimen de transición respecto de todos los regímenes diferentes al general.***

.....

En criterio de la Sala, las dificultades surgen de estar consagrado en una norma denominada ‘transitoria’ y de su redacción en cuanto no se hizo explícita su continuidad más allá del 31 de julio de 2010, pues tal continuidad se consagra mediante la remisión al artículo 81 de la ley 812 de 2003 por el cual se había reformado el régimen establecido desde la ley 91 de 1989.

.....

Atendiendo los antecedentes del párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial”¹⁷ (resaltado fuera del texto).

*En el sub-lite las disposiciones enjuiciadas tienen en común que son reglamentarias del varias veces mencionado **artículo 81 de la ley 812 de 26 de junio de 2003.**”*

2.3.2. FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La Ley 71 de 1988 que prevé:

“Artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho

¹⁷ Concepto de 10 de septiembre de 2009, radicado 1857 Aclaración, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social”.

Igualmente la Ley 33 de 1985, en materia de factores salariales, modificada por la Ley 62 de 1985, consagró:

“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”.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, ha sido unánime en señalar que los factores salariales mencionados en la Ley 62 de 1985, no son taxativos sino meramente enunciativos, de tal suerte, que la liquidación de la pensión de jubilación o vejez se debe efectuar con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la Ley 62 de 1985 o si sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social. Lo anterior en virtud del principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social y de favorabilidad en la aplicación de las normas laborales, dentro de las cuales se cuentan las normas sobre seguridad social en pensiones.

En efecto, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 la Sala Plena de la Sección II del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, señaló:

*“Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la **Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.** Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por*

la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del Reconocimiento y pago de las pensiones. (Negrillas fuera del texto)

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 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.

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 la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía 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.

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.”¹⁸

Postura que fue acogida por la Sección Segunda Subsección B, en providencia del 27 de enero de 2011, donde al resolver sobre la reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario. Expuso la Subsección¹⁹:

¹⁸ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena.

¹⁹ Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09). C. de E.

“El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 estableció los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

“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 artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- *Asignación básica*
- *Gastos de representación*
- *Prima técnica*
- *Dominicales y feriados*
- *Horas extras*
- *Bonificación por servicios prestados*
- *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 liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

“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”.

En relación con la inclusión de los factores para efectos de fijar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

“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 las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó²⁰:

“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..”.
... ”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, esto es el primero de julio de 2004”

Así, acorde con la línea jurisprudencial vigente, rectificando criterio en materia de factores salariales para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, se tiene que, la pensión de jubilación se debe reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el status pensional.

Eso sí, se deja la salvaguarda que, sobre los factores que no se hayan realizado descuentos o aportes al Sistema de Previsión, la entidad gestora podrá realizar la respectiva compensación al momento del pago de la pensión.

3. CASO CONCRETO:

Se encuentra debidamente probado que la Sra. ENA MARGARITA VALETA PÉREZ, nació el día 02 de marzo de 1943²¹, que prestó sus servicios como docente nacionalizado, que para la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, la demandante tenía más de 35 años de edad, por tal razón, goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como se observa en la Resolución N° 0307 del 09 de junio de 1998²², que le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Así mismo, es cierto que le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL en calidad de docente nacionalizado por más de veinte (20) años, y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta en un equivalente el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio (asignación básica, sobresueldo, prima de alimentación, prima de navidad), sin tener en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales, tal como

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. (0208-2007). Nota de la cita.

²¹ Fl. 21.

²² Fls. 12 - 14.

se puede apreciar, al comparar con la Resolución 0307 de 9 de junio de 1998 y el certificado del último año de salarios de la accionante²³, esto es PRIMA DE GRADO y PRIMA VACACIONAL DOCENTE 1/12.

Antes de seguir adelante, se debe aclarar, que la demandante adquirió el status de pensionada el 02 de marzo de 1998, en atención al servicio prestado por más de 20 años de servicio, como bien quedó expresado en el acto de reconocimiento, pero la Sra. Ena Margarita Valeta Pérez, continuó laborando al servicio de la Nación, esto en atención a lo enunciado en la hecho primero de la demanda, quien indicó que laboró desde el 19 de abril de 1973 hasta el 10 de febrero de 2004, manifestación contra la cual no se opusieron en las oportunidades legales el extremo pasivo, por lo que continuada la labor de la demandante, siguió igual percibiendo de esta manera el 100% del salario, frente al 75% reconocido; por tal razón, se reconocerá la inclusión de los factores salariales desde el momento de su reconocimiento, pero con efectos fiscales a partir del 11 de febrero de 2004, fecha de retiro definitivo del servicio; a voces de la interesada.

Luego entonces de conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia traída a colación con anterioridad, es claro que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debió al momento de realizar la liquidación de la pensión de jubilación o vejez reconocida a la Sra. ENA MARGARITA VALETA PÉREZ, efectuarla con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la Ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Así las cosas, analizando lo anterior a la luz del concepto de violación presentado, es visible que el acto administrativo demandado transgrede las normas pretendidas por la Sra. ENA MARGARITA VALETA PÉREZ.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y la totalidad del acto ficto y presunto, producido por el

²³ Fl. 11.

silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición del 05 de octubre de 2015 y radicado bajo el N° PQR-2015-16803 del 02 de octubre de 2015; ordenándose a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, SOBRESUELDO PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE GRADO, PRIMA VACACIONAL DOCENTE 1/12, PRIMA DE NAVIDAD, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, es decir, el año 1997 a 1998.

El monto de la pensión, se establece en un porcentaje del 75% del promedio total de dichos factores, sin consideración si sobre ellos se hicieron aportes o no, o si la entidad territorial efectuó descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar²⁴.

Por tanto, el restablecimiento del derecho se concretará así: a) la parte demandada deberá realizar la reliquidación de acuerdo con lo dicho, y la correspondiente mesada deberá reajustarla de acuerdo con la ley; b) luego de lo anterior, deberá descontar de la suma que resultare de la liquidación, las sumas de las mesadas pensionales pagadas; c) la diferencia insoluta deberá indexarla en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., es decir, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor y la siguiente fórmula utilizada para estos eventos por el H. Consejo de Estado que deberá aplicarse mes por mes para cada mesada:

$$R= RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

4.1. DE LA PRESCRIPCIÓN:

La prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y en materia laboral, opera por regla general al cabo de los tres años siguientes a la fecha en que se hace exigible el correspondiente derecho, y se interrumpe desde cuando el interesado exige su reconocimiento y pago ante la administración (art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968).

En el sub júdice se configura la prescripción, toda vez que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, surgió a partir del reconocimiento de dicha prestación

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

mediante la Resolución N° 00307 del 9 de junio de 1998, como quiera que la demandante presentó solicitud de reliquidación el 05 de octubre de 2015, sin que frente a esta se haya producido decisión alguna por el FOMAG, a la actora se le extinguió el derecho a partir del **05 de octubre de 2012**.

CONCLUSIÓN:

El interrogante inicial es positivo, puesto que la Sra. ENA MARGARITA VALETA PÉREZ, al momento de reconocer su pensión vitalicia de jubilación, se debió reliquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio, como así no sucedió, se tendrá que decretar la nulidad parcial de la Resolución N° 0307 de 9 de junio de 1998 y la total del acto ficto o presunto producido por el silencio negativo frente al derecho de petición del 05 de octubre de 2015.

5. CONDENA EN COSTAS:

El art. 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los arts. 365 y 366 del C.G.P., y conforme los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un monto de 5%

6. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE probada de Oficio la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, de aquellas mesadas causadas con anterioridad al 05 de octubre de 2012, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARASE LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 0307 de 9 de junio de 1998, expedido por el Representante del Ministerio de Educación ante el Departamento de Sucre y el Coordinador de la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio de Sucre y la Nulidad Total del acto ficto y presunto, producido por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición de fecha 05 de octubre de 2015 y radicado bajo el N° PQR-2015-16803 del 02 de octubre de 2015 ante la Gobernación de Sucre - Secretaría de Educación Departamental, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, **ORDÉNASE** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a la Sra. ENA MARGARITA VALETA PÉREZ, **identificada con C.C. N° 33.169.061**, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo la ASIGNACIÓN BÁSICA, SOBRESUELDO, PRIMA DE GRADO, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA VACACIONAL DOCENTE 1/12, PRIMA DE NAVIDAD.

CUARTO: CONDÉNASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación de la Sra. ENA MARGARITA VALETA PÉREZ, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a favor de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, en un monto de 5%.

SEXTO: NIÉGUESE las demás súplicas de la demanda, según lo expuesto

SÉPTIMO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: N° 70- 001-33-33-003-~~2016-00164~~-00.
Demandante: Ena Margarita Valeta Pérez.
Demandado: FOMAG

OCTAVO: En firme este fallo, devuélvase a la demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ