



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

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

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación N° 70- 001-33-33-003-2016-00079-00.

Demandante: William de los Reyes Coronado Otero.

Demandado: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”.

Tema: Reliquidación Pensión – Aplicación de la Ley 33 de 1985
- Factores Salariales que conforman la Liquidación Pensional.

SENTENCIA N° 027

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho 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.

- Demandante: **WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 92.498.737 expedida en Sincelejo, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG**.

¹ Folio 43 del expediente.

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad parcial de la resolución N° 0319 del 29 de febrero de 2016, mediante la cual se reconoce la pensión de jubilación al señor WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO, sin incluir en el IBL pensional, la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

Segunda: Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que a partir del 31 de enero de 2016, fecha de constitución del derecho, reliquide, reajuste y pague al demandante, la pensión vitalicia de jubilación, actualizando el monto de la misma e incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status.

Tercera: Que se condene a la entidad demandada, aplicar los aumentos anuales automáticos que ordena la ley 71 de 1988, incluyendo la actualización de los valores objeto de la condena, de acuerdo a la variación del IPC, tal como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.

Cuarta: Que se condene a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios que se devengaran a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, conforme al artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 del CPACA.

Quinta: Que se condene a la entidad demandada a que se dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA.

Sexta: Que se condene a la entidad demandada al pago de costas, según lo previsto en el artículo 188 del CPACA, en armonía con el artículo 365 y 366 del C.G. del P.

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, el señor WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO, docente oficial al servicio del Departamento de Sucre, afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida pensión de jubilación, a través de la resolución N° 0319 del 29 de febrero de 2016, por la suma de \$2.492.054.

Refiere que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al momento de determinar el monto de la pensión reconocida, no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitución Política: Artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53 y 58.

Legales: Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; Artículo 1 de la Ley 33 de 1985; Artículo 1 de la Ley 62 de 1985; Artículo 4 de la Ley 4ª de 1976; Artículo 9 de la Ley 71 de 1988; Artículo 2 Literal A de la Ley 4ª de 1992; Artículos 150 y 279 de la Ley 100 de 1973.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, la ley 60 de 1993, estipuló que los docentes nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación, quedan sometidos en lo que a pensión ordinaria de jubilación se refiere, a lo consagrado en la ley 91 de 1989, esto es, lo conocido como régimen ordinario o ley 33 de 1985.

Señala que, la ley 91 de 1989, norma que crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispuso, por una parte, en el artículo 1, que el personal nacionalizado corresponde a los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados después de esa fecha según lo dispuesto por la ley 43 de 1975, y por otra el artículo 15 expresó que con la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 en lo que a prestaciones económicas y sociales se refiere, se mantendrá el régimen prestacional que gozaba en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Demarca que, el acto administrativo demandado, debe declararse nulo parcialmente, porque fue expedido con una clara y directa infracción de las normas en que debía fundarse, puesto que la negativa del ajuste pensional del actor, se dio

por la indebida aplicación de la ley y su errónea interpretación en lo concerniente al artículo 3 del decreto 3752 de 2003 y al mismo tiempo por violación directa de la ley por falta de aplicación en lo concerniente a la ley 91 de 1989.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 27 de abril de 2016².
- Mediante auto del 22 de julio de 2016³ se admitió la demanda.
- La demanda fue notificada a las partes, el día 10 de marzo de 2017⁴.
- La entidad demandada FOMAG, a través de memorial de fecha 19 de abril de 2017⁵, contestó la demanda.
- Por auto del 15 de septiembre de 2017⁶, se fijó el día 14 de noviembre de 2017 a partir de las 03:30 p.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- Con fecha 14 de noviembre de 2017⁷, se llevó a cabo audiencia inicial, prescindiendo de la etapa probatoria y corriendo traslado a las partes por el término común de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁸.

La entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una las pretensiones.

Frente a los hechos de la demanda aceptó como ciertos el primero, el cual hace referencia al contenido de la resolución N° 0319 del 29 de febrero de 2016, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación al demandante. Con relación el hecho segundo, tercero, cuarto y quinto, estableció que debe probarse.

Como fundamento de su defensa advierte que, la liquidación de la pensión contenida en la resolución atacada, se efectuó de conformidad con la ley 33 de 1985.

² Folio 17 del expediente.

³ Folio 19 del expediente.

⁴ Folio 24 - 26 del expediente.

⁵ Folio 27 - 46 del expediente.

⁶ Folio 48 del expediente.

⁷ Folio 51 - 54 del expediente.

⁸ Folios 27 - 46 del expediente.

Sostiene que el artículo 3 de la ley 33 de 1985, modificado por la ley 62 de 1985, estableció los factores a tener en cuenta para efectos de la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión, para efectos de reconocimiento de pensión, indicando que, en todo caso las pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Relata que, el decreto 3752 de 2003, consagra que 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 de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Por último explica que, el acto administrativo demandado, goza de la presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la ley 1437 de 2011.

Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y prescripción.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

1.4.2. LA PARTE DEMADADA: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La apoderada de la parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

1.4.3. MINISTERIO DE PÚBLICO:

Se abstuvo de emitir concepto de fondo.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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 la nulidad parcial de la resolución N° 0319 del 29 de febrero de 2016⁹, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación al demandante, en los términos de la ley 33 de 1985 y 91 de 1989, sin la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios anterior a la adquisición del status.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar ¿si al demandante le asiste derecho a que se le reconozca todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en el ingreso base de liquidación tenido en cuenta para calcular el monto de su mesada pensional?

Para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber I) Régimen Pensional Docente - Factores Salariales que conforman la Base de Liquidación Pensional – Vinculación antes de la ley 812 de 2003. (II) Factores Salariales aplicables a la Pensión de Jubilación que se reconoce conforme a la ley 33 de 1985. III) El caso concreto.

En lo que hace a las excepciones de fondo planteadas en la contestación de la demanda, se entenderán desarrolladas en el caso en concreto.

⁹ Folio 13 - 14 del expediente.

2.4. REGIMEN PENSIONAL DOCENTE:

El Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia de diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02698-01(1961-08), sobre este particular tema, precisó:

“(...) El Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación, e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados, y territoriales, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de dicho personal:

En su artículo 15 la citada ley estableció:

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

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...”

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985.

Está probado, que el actor en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el mes de octubre de 1977, por ende se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985.

En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es régimen legal general”

Anteriormente la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 23 de febrero de 2006, había hecho las siguientes consideraciones:

“El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación –derecho u ordinarias de los mismos. (...)

El Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, ésta no resulta aplicable en ese campo.

La Ley 33 de enero 29 de 1985, publicada el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial No. 36856, establece:

“Art. 1o El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que

por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento 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.

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

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

Par. 3º En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley. Art. 25. Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que sean contrarias.”

La Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos: 1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad. 3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Se destaca que esta ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; y en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 en los artículos 1º y 25 de la Ley 33 de 1985. Para obtener la pensión de jubilación, entre otros, dichos preceptos exigían: el literal b del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 tener 50 años, con 20 años de servicio y el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 tener 50 años de edad las mujeres o 55 años los hombres y 20 de servicios continuos o discontinuos.⁵⁵

Y en cuanto a los FACTORES PENSIONALES éstos fueron determinados en la Ley 62 /85, que subrogó en lo pertinente la citada Ley 33.

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, publicada el 29 de diciembre en el Diario Oficial No. 39124, dispone: (...)

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la PENSIÓN DE GRACIA, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión continuará reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso: A.) En su art. 1º, entre otros, contempla los DOCENTES TERRITORIALES y señala como tales a quienes fueron nombrados antes de enero 1º de 1976 sin el cumplimiento del requisito del art. 10 de la Ley 43 de 1975, que se refiere a los designados por fuera de las plantas de personal allí determinadas, lo cual es entendible frente a la nacionalización educativa consagrada en la Ley 43 de 1975. Pero, se anota que también se han tenido como tales, inicialmente, a los educadores

vinculados a los ENTES TERRITORIALES antes de la nacionalización educativa (que luego se convirtieron en nacionalizados) y, ahora, después de ésta, a quienes fueron nombrados por las autoridades territoriales por fuera de las plantas de personal aprobadas por la Nación y que pagaban con fondos de los F. E. R., por lo que las obligaciones surgidas de ellos corrieron a cargo de las entidades locales.

*B.- En su artículo 15, estableció NORMAS PRESTACIONALES para los docentes, así :
-) Para los DOCENTES NACIONALIZADOS que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1º, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las LEGALES por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1º /90, en el párrafo 2º del núm. 1º del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional.*

(...)

-) LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO. Los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación, bajo el régimen - que se entiende “general u ordinario”- de pensionados del sector público nacional (Art. 15, Num.2, lit.b). Se indica que esta pensión estuvo regulada, entre otras, en el art. 17 de la Ley 6ª /45, el art. 27 del D. L. 3135 /68 que luego fue derogado por el artículo 25 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 y el art. 1º y concordantes de la precitada Ley 33.

En cuando a este último grupo (del art. 2-B del art. 15) se tiene que para los DOCENTES NACIONALES la Ley 91 de 1989 no varió la edad de jubilación, pues ellos continuaron adquiriendo el derecho de jubilación con 20 años de servicio y 55 de edad, en virtud de la Ley 33 de 1985, norma que mantuvo su vigencia, salvo el caso de la transición en edad pensional del parágrafo 2º de su art. 1o., ó que hubieren cumplido sus requisitos pensionales bajo el imperio de la legislación anterior; ahora, los DOCENTES NACIONALIZADOS (que ingresaron a partir de enero 1º /81) la Ley 91 /89 – art.2-b- dispuso que sólo tendrán una pensión de jubilación (ya no tienen derecho a la pensión de jubilación gracia) la cual se entiende “ordinaria” por estar sometida al régimen general de los pensionados del sector público nacional que para 1989 estaba consagrado en la Ley 33 /85 en materia pensional y que determinaba su edad pensional en 55 años, salvo la transición en edad pensional ya citada; por último, los DOCENTES VINCULADOS A PARTIR DE ENERO 1º /90 su régimen pensional es el mismo de los anteriores docentes nacionalizados mencionado.

De otra parte y a contrario sensu, se entiende que ESTA CLASE DE PENSION, para los vinculados “antes” de las fechas señaladas en la ley, aparece consagrada en los regímenes pensionales generales u ordinarios ya sea de la Ley 6ª/45, D.L. 3135/68, D.L. 1045 /78 o la Ley 33/85, cuya aplicación depende de las circunstancias de cada caso”.

La Ley 60 de agosto 12 de 1993, sobre FINANCIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA EDUCACIÓN ESTATAL, publicada el 12 de agosto de 1993 en el Diario Oficial No. 40987, establece:

“Art. 6

...

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

La Ley 60 de 1993, dispone que “El régimen prestacional aplicable a LOS ‘ACTUALES’ DOCENTES NACIONALES O NACIONALIZADOS que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones” será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. De otra parte, en cuanto a los DOCENTES TERRITORIALES, dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y que se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la Ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93”.

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81 reitera la aplicación de la normativa vigente anterior relacionada con la regulación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, al señalar:

“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”

Así las cosas, el régimen pensional aplicable a los docentes de carácter oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, habrá de determinarse con relación a la fecha de vinculación al servicio de la educación, más no teniendo como referencia la adquisición del estatus.

De igual forma, se tiene 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 1993¹⁰ 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...”¹¹.

La ley 812 de 2003 aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹². 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 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 137¹³.

La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”¹⁴, en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la ley 812, entre ellas, las contenidas en el artículo 81.

¹⁰ 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.

¹¹ Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

¹² Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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:

*"**Parágrafo 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 2010¹⁵, también lo es que este límite temporal de fenecimiento, de 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

¹⁵ **“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).

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”¹⁶ (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.”

2.5. 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 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.

¹⁶ Concepto de 10 de septiembre de 2009, radicado 1857 Aclaración, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

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 sí 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 aquélla 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.”¹⁷

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 Subsección¹⁸:

“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:

¹⁷ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena.

¹⁸ Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09). C. de E. Sección II Subsección B. CP. Bertha Lucia Ramírez.

“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, precisó¹⁹:

¹⁹ 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.

“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”

Frente a la aplicación de la tesis expuesta y que este Juzgado acoge, en sentencia del 17 de marzo de 2017, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, se reitera en su precedente judicial frente al tema de factores salariales de pensiones que se reconocen con fundamento en la Ley 33 de 1985, señalando:

“De lo relatado anteriormente, se vislumbra sin hesitación alguna que el ingreso (salario) base de liquidación en materia pensional se debe efectuar sobre lo realmente devengado, y también una de las obligaciones, es cotizar durante la vida laboral y hacer los correspondientes descuentos sobre todo lo que constituye salario o ingreso. Se reitera salario es: todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, se debe cotizar sobre lo realmente percibo y liquidar las prestaciones sociales sobre todo lo devengado.

Así, la omisión del empleador al efectuar los descuentos, no puede afectar el derecho pensional, de la parte más débil de la relación laboral, pues es su obligación hacerlo, sobre el salario realmente devengado, como ha quedado establecido; de esa manera contribuir no sólo con la efectividad de los derechos fundamentales del pensionado, en condiciones dignas, sino con el equilibrio de las finanzas públicas y el bienestar general.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el fallo apelado es evidente que Aquo hizo una interpretación favorable y armoniosa de los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables, habida cuenta que si bien ordenó incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión del demandante, los valores correspondientes al subsidio de alimentación, viáticos, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones, factores acreditados en el proceso como realmente devengados en el último año de servicios, por el titular del derecho, también ordenó efectuar los correspondientes descuentos sobre los mismos

en caso de que se hubiere omitido. Lo anterior resulta coherente con la tesis dominante que sentó esta corporación y que plasmó en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010¹¹ y subsiguientes.

Por lo esbozado, la Sala no comparte el argumento del apelante en el sentido que la sentencia del A-quo, desconoce la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional, no solo por lo anotado en precedencia, sino también, porque si bien es cierto la sentencia en mención y otras como la SU-230-15 y T-615- 16, pretende romper la tesis dominante en esta jurisdicción, no lo es menos que en la sentencia del 17 de febrero de 2017¹² esta Corporación reiteró la tesis sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 y concluyó que la tesis de la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, pero que de aplicarse de tajo a todos los regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad y compromete los derechos fundamentales del pensionado.

En esa oportunidad, esta Corporación, detectó, además, que en realidad de verdad el problema trasciende a la mera interpretación de los componente del régimen de transición, y de los régimen pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993; pues es estructural, radica en la noción de salario y la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva del mismo con el argumento de la estabilidad de las finanzas estatales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Adicionalmente, esta Corporación en sentencia del 26 de noviembre de 2016¹³, extendió, los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en el proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009). En esa oportunidad, expresamente reafirmó de manera categórica que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho». Igualmente, expuso las razones por las cuales, la particular interpretación de la sentencia C-230-15, no obliga a las demás Cortes de Cierre²⁰.

Al tenor de la línea jurisprudencial trazada por el Honorable Consejo de Estado, para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes cuya vinculación es anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003 y se les aplica la ley 33 de 1985, se

²⁰ CONSEJO DE ESTADO Sección Segunda Subsección B. Expediente No. 68001-23-31-000-2011- 00949-01(2237-14) Actor: ARNULFO CHAPARRO MARCHÁN. C. P. César Palomino Cortés

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, siendo claros en señalar que sobre aquellos elementos salariales sobre los cuales no se realizaron aportes, dichos valores podrán ser descontados por la entidad gestora.

2.6. CASO CONCRETO:

La controversia gira en torno a determinar si el demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación, reconocida a través de la resolución N° 0319 del 29 de febrero de 2016²¹, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la no inclusión en el ingreso base de liquidación de todos los factores salariales devengados por el actor durante su último año de servicio anterior al status de pensionado, de conformidad con lo establecido en la ley 33 de 1985.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Resolución N° 0319 del 29 de febrero de 2016²², proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reconoce una pensión de jubilación al demandante.
- Certificado laboral del demandante de fecha 13 de abril de 2016²³, expedido por la Líder del Programa Administrativo y Financiero del Departamento de Sucre, con indicación de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente anteriormente relacionadas, se encuentra acreditado que al señor WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO, a través de la resolución 0319 del 29 de febrero de 2016²⁴, le fue reconocida una pensión de jubilación, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por haber prestado sus servicios como Docente Municipal de recursos del Sistema General de Participaciones, en la Institución Educativa La Serpita del municipio de Majagual – Sucre, aplicando las reglas de la Ley 33 de 1985.

²¹ Folio 13 - 14 del expediente.

²² Folio 13 - 14 del expediente.

²³ Folio 46 del expediente.

²⁴ Folio 13 - 14 del expediente.

El actor ingresó al servicio público educativo el 01 de febrero de 1996, es decir, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como se evidencia en el acto administrativo que le reconoce la pensión.

En la resolución 0319 del 29 de febrero de 2016²⁵, acto administrativo atacado, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tomó en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, el 75% del promedio de los factores salariales mensuales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status, discriminándolos así: Asignación Básica mensual; Horas extras; Bonificación Mensual Decreto 1566 de 2014; Auxilio de Movilización; y Prima de Vacaciones.

Según certificado de salarios expedido Líder del Programa Administrativo y Financiero del Departamento de Sucre, de fecha 13 de abril de 2016²⁶, en el último año anterior a la adquisición del derecho, esto es, del 30 de enero de 2015 hasta el 30 de enero de 2016, el señor WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO, en su condición de docente, devengó los siguientes factores salariales: Asignación Básica; Bonificación Mensual Decreto 1566 de 2014; Auxilio de Movilización; Prima de Servicios; Prima de Vacaciones; y Prima de Navidad.

De conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia traída a colación, a los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, como es el caso del actor, se le debe reconocer la pensión de jubilación con las reglas de la Ley 33 de 1985 y tomando en consideración para determinar el monto de la pensión, todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus, con la consideración adicional, que sobre aquellos elementos salariales sobre los cuales no se realizaron aportes, dichos valores podrán ser descontados por la entidad gestora.

Luego entonces, es evidente del análisis de las pruebas allegadas al proceso, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocer y liquidar la pensión vitalicia de jubilación del señor WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO, tomó en cuenta como factores salariales los siguientes: Asignación Básica mensual; Horas extras; Bonificación Mensual Decreto 1566 de 2014; Auxilio de Movilización; y Prima de Vacaciones, dejando por fuera la Prima de Servicios y la

²⁵ Folio 13 - 14 del expediente.

²⁶ Folio 15 del expediente.

Prima de Navidad, los cuales fueron efectivamente devengados, en claro desmedro de los derechos del actor, lo cual apareja como consecuencia la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado.

Colofón de lo anterior, se declara la nulidad del acto administrativo demandado, y se negaran las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación, propuestas por la entidad demandada.

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 no se configura la prescripción, toda vez que el señor WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO, adquiere su status de pensionado a partir del 30 de enero de 2015²⁷, y el presente medio de control por medio del cual pretende la reliquidación de su mesada pensional fue interpuesto el **día 27 de abril de 2016**²⁸, según se desprende de los documentos aportados a la demanda, es decir antes de los tres años determinados como término de prescripción extintiva de las mesadas pensionales.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial de la resolución N° 0319 del 29 de febrero de 2016²⁹, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante, de conformidad con lo establecido en la ley 33 y 62 de 1985, es decir teniendo en cuenta los factores de Asignación Básica mensual; Horas extras; Bonificación Mensual Decreto 1566 de 2014; Auxilio de Movilización; Prima de Vacaciones; **Prima de Servicios y Prima de Navidad (estos últimos dejados de incluir)**, devengados el año anterior a la fecha en

²⁷ Folio 13 - 14 del expediente.

²⁸ Folio 17 del expediente.

²⁹ Folio 13 - 14 del expediente.

la que adquirió su estatus de pensionado, es decir, desde el 30 de enero de 2015 hasta el 30 de enero de 2016.

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 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 lugar³⁰.

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 artículo 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:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

CONCLUSIÓN:

La respuesta al problema jurídico es positivo, puesto que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al momento de reconocer y liquidar la pensión de jubilación del señor WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO, no tuvo en cuenta todos los factores salariales que devengó el actor en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status como pensionado.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

4. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 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 entidad demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

5. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probada, las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y prescripción, propuestas por la parte demandada, según quedó demostrado en este asunto.

SEGUNDO: DECLÁRASE LA NULIDAD PARCIAL, de la resolución N° 0319 del 29 de febrero de 2016³¹, expedida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación del actor, todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional, de conformidad con la ley 33 y 62 de 1985.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor **WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO**, identificado con C.C. N° 92.498.737, con base a lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio

³¹ Folio 13 - 14 del expediente.

devengado durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional, incluyendo como factores salariales la Asignación Básica mensual; Horas extras; Bonificación Mensual Decreto 1566 de 2014; Auxilio de Movilización; Prima de Vacaciones, **Prima de Servicios y Prima de Navidad (estos últimos dejados de incluir en el acto administrativo atacado)**,

La entidad demandada deberá realizar las deducciones correspondientes a que haya lugar de los aportes de las sumas que aquí se ordenan incluir y sobre las cuales no se hayan deducido los mismos para efectos pensionales.

CUARTO: CONDÉNASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y reliquidar la pensión de jubilación del señor WILLIAM DE LOS REYES CORONADO OTERO, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, en porcentaje del 5%, por Secretaría tásense.

SÉPTIMO: Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ