



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-2016-00236-00.
Demandante: Rosa Elena Espitia Carrascal
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° 044

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 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.

- Demandante: Rosa Elena Espitia Carrascal, identificada, con la cédula de ciudadanía No.31.298.524, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

¹ Folio 17

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la resolución N° 0023 de enero de 19 de 2015, expedida por el Secretario de Educación del Municipio de Sincelejo- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora Rosa Elena Espitia Carrascal, a partir del día 4 de mayo de 2015.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se declare que, la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la pensión vitalicia de jubilación, a partir del día que adquirió el status pensional, con el equivalente del 75% del salario con todas los factores salariales acreditados en la ley 4 de 1966, artículo 4 del decreto 1743 de 1966, artículo 5, ley 91 de 1989, ley 115 de 1994 y ley 812 de 2003.

TERCERO: Condenar a la entidad demandada a pagar a favor de la demandante, el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondiente reajuste de ley, desde la fecha de la adquisición del status pensional; es decir desde que cumplió los requisito de edad y de tiempo.

CUARTO: Que, se condene a la entidad accionada a que sobre las sumas adeudadas, se incorpore los ajuste de valor, conforme al IPC o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 de CPACA

QUINTO: Que como consecuencia de lo anterior se reconozca y pague los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, sobre las sumas adeudadas, conforme al artículo 192 del CPACA.

SEXTO: Ordenar a la entidad demanda se dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Condenar en costas y agencia en derecho a la entidad accionada.

1.1.3. HECHOS.

- Indica que, cumplió con los requisitos de edad y servicio para acceder a la pensión de jubilación, por venir laborando como docente con el Departamento de Sucre desde el día 4 de mayo de 1995.

- Manifiesta que, mediante solicitud N° 2015-PENS-034819-del 10 de agosto de 2015, solicitó reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.
- Expresa que, la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución N° 023 del 19 de enero de 2015, reconoció pensión de jubilación, teniendo en cuenta únicamente la asignación básica, desestimando los demás factores salariales, como prima de navidad, prima de servicio y demás factores salariales.
- Señala que, si la accionada hubiese tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales, la pensión mensual de jubilación arrojaría la suma de \$2.511.913.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Legales: Artículo 15 numeral 1, ley 91 de 1989, decreto 2563 de 1990; decreto ley 2277 de 1979, artículo 12 de la ley 4 de 1992, artículo 1 del decreto reglamentario 1440 del 1 de septiembre de 1992; ley 115 de 1994; ley 65 de 1946; artículo 4 de la ley 4 de 1966, artículo 5 del decreto 1743 de 1966, ley 24 de 1947, ley 6 de 1945, decreto 1045 de 1978, artículo 81 de la ley 812 de 2003.

Constitucionales: artículos 1,2,4,5,6,13,23,25,46,48,53,58,228,336 de la Constitución Política de Colombia.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Argumenta que, con la expedición del acto acusado desconoce lo estipulado en el artículo 15 de la ley 91 de 1989, por cuanto el régimen prestacional al que gozaba por ser docente era el consagrado en la ley 6 de 1945 y sus decretos reglamentarios, indica que la accionante, cumplió con todos los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión vitalicia, debiéndole incluir al momento de liquidar su pensión, todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, de acuerdo al artículo 4 de la ley 4 de 1966 y el decreto 1743 de 1966.

Igualmente desconoce el artículo 2, numeral 5 de la ley 91 de 1989, toda vez que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterios, el ente encargado de pagar la pensión, incluyéndole todos los factores salariales que se acreditaron en el último año de servicio.

Trae a colación, el artículo 81 de la ley 812 de 2003, que establece que los docentes que se encuentren vinculados al servicio educativo con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley es el establecido en la ley 91 de 1989.

Agrega que, con la expedición de la resolución 002 de 4 de enero de 2010, se vulneraron los artículos 1,2,13,46,48,53, y 58 en concordancia con el artículo 336 de la constitución nacional.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 25 de octubre de 2016², según acta de reparto.
- El 3 de febrero de 2017, por proveído se admitió la demanda y se ordenó notificar a las partes³.
- La admisión de la demanda fue notificada personalmente a la entidad demandada, Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, mediante correo electrónico del 12 de mayo de 2017⁴.
- La entidad demandada, FOMAG, presentó contestación el 16 de junio de 2017; esto es, dentro del término del traslado de la demanda⁵.
- A través de informe secretarial el día 29 de septiembre de 2017, se dio traslado de las excepciones por el término de tres días.⁶
- Mediante auto de 3 de noviembre de 2017, se fija audiencia inicial y se notifica por estado el día 8 de noviembre de 2017.⁷
- En audiencia inicial, se prescindió el período probatorio y se concedió traslado a las partes por el término de 10 días, para que alegaran de conclusión.
- El 12 de abril de 2018, el expediente entró al Despacho para Sentencia⁸.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Por su parte, la entidad demandada, se opone a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico.

² Folio 28 del expediente.

³ folio 30 del expediente

⁴ Folios 35-37 del expediente

⁵ Folio 38-50 expediente

⁶ Folio 62 del expediente

⁷ Folio 63 del expediente

⁸ Folio 81 del expediente

Señala que, los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad (artículo 88 de la ley 1437 de 2011) y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento de derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Indica que, la liquidación de la pensión contenida en la resolución objeto de la Litis, se efectuó de conformidad con la ley 33 de 1985, atendiendo los requisitos de edad y tiempo de servicio y lo dispuesto en el decreto 3752 de 2003, que dispone la base de cotización y liquidación de las prestaciones sociales.

Con referencia a los hechos considera que, el hecho primero y segundo, parecen ciertos y los hechos tercero y cuarto no los afirma ni los niega.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Reitera los argumentos en la demanda, manifestando que la accionante laboró más de 20 años de servicio, tal como se indicó en la resolución de reconocimiento de la pensión.

Indica que, en su caso por haberse vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio anterior al 2003, el régimen que se le debe aplicar es el establecido anterior a este; es decir lo estipulado en la ley 91 de 1989, reconociéndole una pensión de jubilación, con al 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Manifiesta que, no reconocer la pensión, con la inclusión de todos los factores salariales, se vulnera su derecho fundamental a la igualdad.

Por último, precisa que se demostró en el proceso que mediante certificado de salario que la parte accionante devengó durante el año anterior al status pensional otros factores salariales que no se tuvieron en cuenta al momento de reconocerle la pensión.

1.4.2. LA PARTE DEMANDADA.

No presentó alegato de conclusión.

1.4.3 MINISTERIO PÚBLICO

No presentó alegación alguna.

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 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 en el presente medio de control, se declare la nulidad parcial de la resolución N° 0023 del 19 de enero de 2015, expedida por la secretaría de educación del municipio de Sincelejo- fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, la cual reconoció la pensión de jubilación, pero sin la inclusión de todos los factores salariales.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar se dirigirá a 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° 023 del 19 de enero de 2016, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año laborado?

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.

2.4. 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 1993⁹ 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...”¹⁰.*

- *La ley 812 de 2003 aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹¹. 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 137¹².

- *La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”¹³, 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

⁹ 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.

¹⁰ Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

¹¹ Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

¹² 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.

¹³ 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.

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 2010¹⁴, 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.

¹⁴ "**Parágrafo 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).

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”¹⁵ (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”.

¹⁵ Concepto de 10 de septiembre de 2009, radicado 1857 Aclaración, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

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 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.”¹⁶

¹⁶ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No.

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 Subsección¹⁷:

“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”.

¹⁷ 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.

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, precisó¹⁸:

“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.

¹⁸ 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.

3. CASO CONCRETO:

Se encuentra debidamente probado que la señora ROSA ELENA ESPITIA CARRASCAL, nació el día 15 de Julio de 1958¹⁹, que prestó sus servicios como docente nacional y que se encuentra vinculada con la entidad accionada desde el 4 de mayo de 1994; es decir ante de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, razón por la cual, goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985 y ley 91 de 1989, tal como fue argumentado en la resolución Nro. 0023 del 19 de enero de 2016²⁰, que le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Así mismo, es cierto que le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en calidad de docente nacional, a partir del 4 de mayo de 2015, y que para la liquidación de la misma no se tuvo en cuenta el promedio 75% de la totalidad de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, ya que al comparar la resolución 0023 de 19 de enero de 2016, que reconoció la pensión de jubilación con el Formato Único de Certificado de Salario²¹, se observa que solamente se tuvieron en cuenta, asignación básica y la prima de vacaciones, dejando de liquidar la BONIFICACIÓN MENSUAL 1 DE JUNIO/14-31DICIEMBRE /15, LA PRIMA DE NAVIDAD Y LA PRIMA DE SERVICIOS, que era devengada por la actora en el último año de servicio; esto es, 2014-2015.

Por tanto, su liquidación de pensión, debe ser liquidada teniendo en cuenta el 75% de la suma de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio; tales como; LA ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE VACACIONES, LA BONIFICACIÓN MENSUAL 1 DE JUNIO/14-31DICIEMBRE /15, LA PRIMA DE NAVIDAD Y LA PRIMA DE SERVICIOS.

Luego entonces de conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia traída a colación, 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 al señora ROSA ELENA ESPITIA CARRASCAL, efectuarla con base en todos los factores 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.

¹⁹ Folio 18

²⁰ Folios 19-21.

²¹ Folios 23-24

Así las cosas, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es visible que el acto administrativo demandado transgrede las normas pretendidas por la señora ROSA ELENA ESPITIA CARRASCAL.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo N° 0023 de 19 de enero de 2016, que reconoció la pensión de jubilación, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación a la demandante, teniendo en cuenta los factores salariales tales como; LA ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE VACACIONES, LA BONIFICACIÓN MENSUAL 1 DE JUNIO/14-31DICIEMBRE /15, LA PRIMA DE NAVIDAD Y LA PRIMA DE SERVICIOS, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado; es decir, año 2014-2015

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 lugar²².

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:

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

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

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 no se configura la prescripción, toda vez que el derecho de pensión se adquirió a partir del 4 de mayo de 2015, según resolución 0023 del 19 de enero de 2016; como quiera que la demanda se presentó el día 25 de octubre de 2016, no había transcurrido los tres años que establece la ley para que operara tal fenómeno.

CONCLUSIÓN:

El interrogante inicial es positivo, puesto que la señora ROSA ELENA ESPITIA CARRASCAL, 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 del acto administrativo N° 0023 de 19 de enero de 2016.

5. 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 parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 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: DECLARASE LA NULIDAD parcial del acto administrativo N° 0023 de 19 de enero de 2016, expedido por la Secretaría de educación Municipal de Sincelejo – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados por la señora ROSA ELENA ESPITIA CARRASCAL, durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **ORDÉNASE** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a la señora ROSA ELENA ESPITIA CARRASCAL, **identificada con C.C. N° 31.298.524**, 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, PRIMA DE VACACIONES, LA BONIFICACIÓN MENSUAL 1 DE JUNIO/14-31DICIEMBRE /15, LA PRIMA DE NAVIDAD Y LA PRIMA DE SERVICIOS

TERCERO: CONDÉNASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación de la señora ROSA ELENA ESPITIA CARRASCAL, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

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 señora ROSA ELENA ESPITIA CARRASCAL, 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 del 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

OCTAVO: En firme este fallo, devuélvase al 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