



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- 001-33-33-003-2016-00267-00.
Demandante: Fénix Marina Blanco Julio.
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° 045

OBJETO DE LA DECISIÓN:

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

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. PARTES.

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 0307 del 29 de marzo de 2007, emanada de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, que en nombre de la Nación - Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió el acto acusado.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Nación - - Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación reconocida a mi poderdante, teniendo en cuenta todos los factores salariales que por

ley tiene derecho, tales como: prima de navidad, prima de alimentación y prima vacacional.

TERCERO: que se ordene dar cumplimiento a la sentencia proferida en este proceso, dentro de los términos previstos en el inciso 2° y 3° del art´. 192 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Que la condena impuesta sea indexada, ajustando su valor al índice de precios al consumidor (IPC), art. 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Que se omita la etapa procesal del período probatorio, por tratarse de un asunto de pleno derecho.

SEXTO: Que la sentencia que se profiera en la presente demanda ordene el pago de agencia en derecho, gastos y costas procesales a los demandados, si estas llegaren a causarse.

1.1.3. HECHOS.

- Indica que, laboró al servicio del estado como docente nacionalizada.
- Afirma que, mediante Resolución N° 0307 del 29 de marzo de 2007, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación.
- Señala que, en dicha resolución al liquidar la pensión de jubilación, no se incluyó todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, tales como prima vacacional, prima de navidad y prima de alimentación.
- Indica que, se debe liquidar la pensión a partir del día siguiente de la causación de su derecho incluyendo todo los factores salariales en un monto de \$1'373.117 pesos.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Legales y constitucionales: arts. 29, 48 y 53 Constitución Política, art. 15 de la Ley 91 del 1989, arts. 2° lit. A y 4° de la Ley 4ª de 1966, art. 9° de la Ley 71 de 1988,

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

En primer lugar, expresa que la Ley 91 de 1989 art. 15 expresa: “a partir de la vigencia de la presente Ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al primero (01) de enero de 1990 serán regidos por las siguientes disposiciones.

- Personal nacional: son los docentes nacionales vinculados por nombramientos del gobierno nacional antes del 31 de diciembre de 1989.
- Personal nacionalizado: son los docentes vinculados por nombramientos por una entidad territorial, desde el 1° de enero de 1975 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de/75.
- Personal territorial: son los docentes vinculados por nombramientos por una entidad territorial, desde el 1° de enero de 1975, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 10 de la Ley 73/45.

Fue así como la norma estableció unos efectos en el art. 15 en atención al inciso descrito, los cuales son una serie de beneficios dependiendo de la categoría a la que pertenezca el servicio, de conformidad a las antes mencionadas.

En razón que la pensión de jubilación se hizo con base a la Ley 33 de 1985, establece que se hace indispensable hacer referencia al art. 1° de la Ley 62 de 1985, toda vez que prevalece el principio de inescindibilidad de la norma, debiendo en consecuencia aplicar además de la asignación básica, todos los factores que constituyen salarios, por lo que la liquidación debió efectuarse con base al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio.

Indica que se viola con el acto el art. 4 de la Ley 4ª de 1976, ya que en comparación del contenido del acto administrativo censurado con el tenor de la norma no es coherente, toda vez que esta expresa que, se deberá liquidar con base al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio.

Expone que el acto acusado atenta contra el art. 9° de la Ley 71 de 1988, toda vez que en ella se reitera lo esbozado con relación al monto del salario con el cual se deben liquidar las pensiones a empleados y sector público

Expresa la Condición más beneficiosa que trae el art. 53 de la Constitución Política, por lo que en los casos en los cuales una situación se encuentre reguladas en varias fuentes formales del derecho o una misma, quien ha de aplicar o interpretar la norma, debe escoger la que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El día 02 de diciembre de 2016, se realizó el reparto en la oficina judicial de los Juzgados de la ciudad de Sincelejo correspondiéndole conocer del asunto al Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo¹.
- Por auto de fecha 17 de febrero de 2017, se admitió la demanda, y se ordenó la notificación personal a las entidades demandadas y a la Procuradora Judicial N° 103 Delegada ante este Juzgado².
- La admisión de la demanda fue notificada personalmente a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, mediante buzón electrónico del 12 de mayo de 2017³.
- La entidad demandada, el día 14 de noviembre de 2017, contestó la demanda en extemporánea⁴.
- Mediante auto de fecha 06 de octubre 2017, se convocó a las partes para llevar a cabo la audiencia inicial. Providencia que fue notificada por estado el día 9 del mismo mes y año⁵.
- El 20 de febrero de 2018, se llevó a cabo la audiencia Inicial y se ordenó correr traslado para alegatos de conclusión a las partes por el término común de 10 días⁶.
- Las partes presentaron alegatos en el siguiente orden: La parte demandante el 21 de febrero de 2018⁷; en cuanto a la parte demandada no alegó de conclusión y el Ministerio Público presentó concepto de fiscal el 28 de febrero de 2018.

¹ Folio 14

² Folio 16

³ Folios 23-25.

⁴ Folios 41-55

⁵ Folio 33

⁶ Fls. 56 - 60.

⁷ Fls. 66 - 68.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁸.

En audiencia inicial se indicó que, la contestación presentada no se tendrá en cuenta, por ser presentada por fuera del término.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Alegó de conclusión sosteniendo los mismos argumentos expresados con la presentación de la demanda.

1.4.2. LA PARTE DEMANDADA:

No presentó alegato alguno.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO:

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

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

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

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

⁸ Folios 41-55

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende en el presente medio de control, la nulidad parcial de La Resolución N° 0307 del 29 de marzo de 2007, toda vez que no se incluyeron la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio al que tenía derecho la Sra. Fénix Marina Blanco Julio, identificada con C.C. N° 33'139.002.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si a la Sra. Fénix Marina Blanco Julio le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante la Resolución N° 0307 del 29 de marzo de 2007, teniendo en cuenta todos los factores salariales a los que por ley tiene derecho y devengados durante el último año?

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

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

Con el propósito de ilustrar el régimen jurídico que ha gobernado la pensión ordinaria de los docentes, se trae a colación la sentencia del 12 de octubre de 2011 (la cual por su claridad conceptual se transcribe in extenso) proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Exp. N° 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.*

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.

- *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 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.

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.

*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.

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).

¹⁴ "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).

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

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

2.3.2. FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN.

La Ley 71 de 1988 que prevé:

“Artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social”.

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

“ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

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

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, ha sido unánime en señalar que los factores salariales mencionados en la Ley 62 de 1985, no son taxativos sino meramente enunciativos, de tal suerte, que la liquidación de la pensión de jubilación o vejez se debe efectuar con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la Ley 62 de 1985 o 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

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”.

¹⁶ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena.

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 Sra. FÉNIX MARINA BLANCO JULIO, nació el día 08 de enero de 1952¹⁹, que prestó sus servicios como docente nacionalizado, tal como se observa del Certificado de Tiempo de Servicio²⁰, del Certificado de Salarios²¹, así como de la Resolución N° 00307 del 29 de marzo de 2007²², que para la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, la demandante tenía más de 35 años de edad, por tal razón, goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como se observa en la Resolución N° 00307 del 29 de marzo de 2007²³, 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 NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en calidad de docente nacionalizado por más de veinte (20) años, y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta en un equivalente el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio (asignación básica), sin tener en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales, tal como se puede apreciar, al comparar la Resolución 00307 de 29 de marzo de 2007 y el certificado del último año de salarios de la accionante²⁴ el cual va desde el 09 de enero de 2006 al 09 de enero de 2007; esto es, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE GRADO, PRIMA VACACIONAL DOCENTE 1/12 Y PRIMA DE NAVIDAD, ASIGNACIÓN BÁSICA.

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 a la Sra. FÉNIX MARINA BLANCO JULIO, efectuarla con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la Ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Así las cosas, analizando lo anterior a la luz del concepto de violación presentado, es visible que el acto administrativo demandado transgrede las normas pretendidas por la Sra. FÉNIX MARINA BLANCO JULIO.

¹⁹ Fl. 11.

²⁰ Fl. 08.

²¹ Fl. 09.

²² Fls. 06 - 07.

²³ Fls. 06 - 07.

²⁴ Fl. 09.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado -Resolución N° 0307 del 29 de marzo de 2007; ordenándose a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta los factores de PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE GRADO, PRIMA VACACIONAL DOCENTE 1/12 Y PRIMA DE NAVIDAD, ASIGNACIÓN BÁSICA, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, es decir, el año 2006 - 2007, debiéndose entender que en el caso de la demandante, como todavía sigue activa en servicio devengando el 100% del salario no se ordenará pagar la diferencia entre lo reconocido y lo que debió reconocerse²⁵.

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 lugar²⁶.

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

²⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda subsección "B" Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. del treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Rad. No.: 50001-23-31-000-2010-00085-01(4375-13), Actor: ANA CECILIA TOVAR LIZARAZO, Demandado: Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en donde se indicó lo siguiente:

El artículo 19 de la Ley 4 de 1992, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-133-94, y esa oportunidad esa Corporación, señaló:

"...Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo. ..."¹⁷ (negrilla fuera de texto)

Analizada las normas transcritas, se avizora que en el ordenamiento jurídico colombiana se encuentra prohibido recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado y si bien es cierto antes de la Constitución de 1991, existía la excepción respecto del personal docente y profesionales hasta por dos cargos, no lo es menos que estaba vedado la doble vinculación de tiempo completo. La ley 4 de 1992, prohibió categóricamente desempeñar más de un empleo público y consecuentemente percibir doble asignación.

Es claro, que está proscrito constitucional y legalmente de percibir doble asignación proveniente del tesoro público y está directamente relacionada con el hecho de que ambos emolumentos tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos (dos empleos públicos en forma simultánea o pensión de jubilación – proveniente de entidades de previsión del Estado - y sueldo), cuyo pago o remuneración provenga del tesoro público. Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley, anotadas.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

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) sin lugar al reconocimiento de la diferencia a la que haya lugar, toda vez que la demandante se encuentra percibiendo el 100% del salario al encontrarse activa al servicio del Departamento de Sucre en la Institución Educativa Manuel Ángel Anachury, por lo que los mismo serían pagaderos una vez la docente sea retirada definitivamente del servicio:

4.1. DE LA PRESCRIPCIÓN:

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

En el sub júdice se configura la prescripción, toda vez que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, surgió a partir del reconocimiento de dicha prestación mediante la Resolución N° 0307 del 29 de marzo de 2007, como quiera que la demandante presentó la demanda con el fin de que se reconociera y reliquidara la pensión el 02 de diciembre de 2016, a la actora se le extinguió el derecho a partir del **02 de diciembre de 2013.**

CONCLUSIÓN:

El interrogante inicial es positivo, puesto que la Sra. FÉNIX MARINA BLANCO JULIO, al momento de reconocer su pensión vitalicia de jubilación, se debió reliquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio, como así no sucedió, se tendrá que decretar la nulidad parcial de la Resolución N° 0307 del 29 de marzo de 2007.

5. CONDENA EN COSTAS:

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

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

6. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE probada de Oficio la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, de aquellas mesadas causadas con anterioridad al 02 de diciembre de 2013, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARASE LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución N° 0307 del 29 de marzo de 2007, expedido por el Representante del Ministerio de Educación ante el Departamento de Sucre y el Coordinador de la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio de Sucre, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, **ORDÉNASE** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a la Sra. FÉNIX MARINA BLANCO JULIO, **identificada con C.C. N° 33.139.002**, 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 ALIMENTACIÓN, PRIMA DE GRADO, PRIMA VACACIONAL DOCENTE 1/12 Y PRIMA DE NAVIDAD.

CUARTO: Sin lugar al pago de la diferencia de la mesada pensional de la Sra. FÉNIX MARINA BLANCO JULIO, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ