



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- 001-33-33-003-2017-00042-00.
Demandante: Ángel del Cristo Diaz Padilla.
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° 037

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: Ángel del Cristo Díaz Padilla, identificado, con la cédula de ciudadanía No.10.875.495; quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹ Folio 12 del C. ppal.

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, le reconoció al señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, pensión vitalicia de jubilación, sin incluir en el IBL pensional, la totalidad de los factores salariales por el devengados durante el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación del señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, teniendo en cuenta para tales efectos todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

TERCERO: Que se le ordene a la entidad demandada darle cumplimiento a la sentencia respectiva en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 del 2011.

CUARTO: Que la condena respectiva sea indexada según el I.P.C conforme a lo ordena el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Que en la sentencia respectiva se ordene el pago de costas del proceso, si estas se llegaren a causarse.

1.1.3. HECHOS.

Indica que, el señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, es docente de profesión y le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución No. 01427 del 30 de octubre de 2015, emanada por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre.

Manifiesta que, al expedir la resolución objeto de control de legalidad, no se incluyó todos los factores salariales que percibió durante el último año de servicio, anterior a la acusación del derecho, como prima de navidad, horas extras y demás emolumentos.

Finalmente, sostuvo que la entidad demandada debe reliquidar la pensión a partir del día siguiente de la causación de este derecho, incluyendo para tales efectos los factores salariales señalados anteriormente.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitucionales: artículos 29, 48, 53 la Constitución Política de Colombia

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 4 de 1976, artículo 9 de la ley 71 de 1988, artículo 2 literal a de la ley 4 de 1992; artículo 150 y 279 de la ley 100 de 1973.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

El acto administrativo objeto de control de legalidad, vulnera las mencionadas normas, dado que el señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, fue vinculado como docente el 14 de octubre del 1980; razón por la cual su pensión vitalicia de jubilación se debía liquidar según lo normado en la Ley 33 del 1985, esto es, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de su status pensional, situación que al ser omitida por la entidad demandada desconoció los derechos adquiridos del libelista, el derecho fundamental al debido proceso que debe imperar en todas las actuaciones de índole administrativo o judicial.

Finalmente, dijo que el acto acusado quebranta el principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas legales consagrada en el artículo 53 Superior; a su vez el inciso 2° del artículo 48 ibídem; toda vez que el derecho pensional del actor se vio reducido, al no haber sido liquidado con base a todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición de tal derecho.

1.2. ACTUACION PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 15 de febrero de 2017², según acta de reparto.
- En Auto datado 10 de marzo de 2017, se admitió la demanda y se ordenó notificar a las partes³.

² Folio 17 del C. ppal.

³ folio 19 y su respectivo respaldo del C. ppal.

- 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 31 de mayo de 2017⁴.
- La entidad demandada, presentó contestación del escrito petitorio, el 26 de julio 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
- En auto de 3 de noviembre de 2017⁷, se fija audiencia inicial para el día 13 de marzo del 2018 a partir de las 02:30 p.m.
- El 6 de marzo del 2018⁸, se celebró la audiencia inicial en el marco de la cual se surtieron todas las etapas previstas en el artículo 180 de la Ley 1437 del 2011, se denegaron las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda y no agotamiento de la vía gubernativa, se prescindió de la etapa probatoria, de la Audiencia de alegatos y juzgamiento, y se le ordenó a las partes alegar de conclusión, oportunidad de la cual solo hizo uso la parte demandante.
- El 12 de abril del 2018, pasó el expediente al despacho para dictar sentencia⁹

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁰: Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, indicando en primer lugar que, el acto administrativo demandado se encuentran acogido por la presunción de legalidad (artículo 88 de la ley 1437 de 2011) y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que el acto objeto de control de legalidad, 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.

⁴ Folios 25 a 27 y su respectivo respaldo del C. ppal.

⁵ Folio 32 a 43 del C. ppal.

⁶ Folio 50 del C. ppal.

⁷ Folio 51 del expediente

⁸ Folio 55 a 61 del C. ppal.

⁹ Folio 66 del C. ppal.

¹⁰ Folio 32 a 44 del C. ppal.

Sumado a ello, Indica que, la liquidación de la pensión contenida en la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, 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 es cierto, los hechos segundo, tercero, cuarto no los afirma ni los niega, el hecho quinto , no es un hecho y los hechos sexto, séptimo y octavo, no los afirma ni los niega y dice que no es un hecho.

Finalmente, formuló las excepciones de I) ineptitud de la demanda II) no agotamiento vía gubernativa III) falta de legitimación en la causa por pasiva IV) Inexistencia de la obligación V) Cobro de lo no debido VI) compensación y VII) la genérica o inonimada, primeras tres en mención que se decretaron no probadas en el desarrollo de la audiencia de que habla el artículo 180 de la Ley 1437 del 2011.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.3.1 Parte Demandante¹¹: Manifiesta que se debe acceder a las súplicas de la demanda; toda vez que al contrastar e acto administrativo cuya nulidad parcial se peticiona von el certificado de los factores salariales devengaods por el señor Ángel del Cristo Díaz Padilla; demuestra que al reconocerle la pensión vitalicia de jubilación, a este ciudadano no se le tuvo en cuenta todos los factores salariales que devengaba en el año anterior a la adquisición de us status pensional; como son, prima de navidad, prima de servicio y la bonificación mensual Decreto 1566 del 2014.

1.3.2 Nación-Ministerio de Defensa - Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio: No presentó alegatos de conclusión.

1.3.3 Ministerio Público: No conceptuó de fondo en este asunto.

¹¹ Folio 63 a 65 del C. ppal.

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 la nulidad parcial de la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, emanada de la Secretaría de Educación Departamental, **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, toda vez que al momento de liquidar la pensión de jubilación del señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su status pensional.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, el problema jurídico en este sub-lite se circunscribe en determinar si al demandante le asiste derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación que le fue reconocida por la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Resolución 1427 del 30 de octubre del 2015, teniendo en cuenta para tales efectos, todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Para dar respuesta al anterior interrogante, se seguirá el siguiente hilo conductor: 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 1993¹² 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...”¹³.*

- *La ley 812 de 2003 aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹⁴. 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 137¹⁵.

- *La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”¹⁶, 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;

¹² 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.

¹³ Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

¹⁴ Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

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 2010¹⁷, 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

¹⁷ *"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).*

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”¹⁸ (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.”

2.6. FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La ley 71 de 1988, 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.

¹⁸ Concepto de 10 de septiembre de 2009, radicado 1857 Aclaración, M.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

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.”¹⁹

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 Subsección²⁰:

¹⁹ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No.

²⁰ 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 Lucía Ramírez.

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

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

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

- ***Asignación básica***
- *Gastos de representación*
- *Prima técnica*
- *Dominicales y feriados*
- *Horas extras*
- *Bonificación por servicios prestados*
- *Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

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

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

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

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

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

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

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó²¹:

“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 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.

2. CASO CONCRETO:

La *causa pretendí* se circunscribe en determinar si hay lugar a decretar la nulidad parcial de la Resolución 1427 del 30 de octubre del 2015, por medio de la cual Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, por intermedio de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, le reconoció una pensión vitalicia de jubilación al

²¹ 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.

señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, toda vez que en el ingreso base de liquidación (IBL) que se utilizó para liquidar la misma, no se tuvo en cuenta los factores salariales que devengó en el año anterior a la adquisición de su status pensional.

En el expediente se encuentra demostrado los siguientes supuestos fácticos relevantes para dirimir el anterior problema jurídico:

- El señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, nació el 27 de julio del 1956 según consta en su cédula de ciudadanía visible a folio 13 del C. ppal.
 - El demandante ingresó al servicio público educativo el 14 de octubre del 1980, donde prestó sus servicios como docente municipal durante 26 años y 20 meses, tal como se evidencia en la Resolución cuya legalidad se debate.
 - El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto de la Secretaría Departamental de Sucre mediante la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, le reconoció al demandante pensión vitalicia de jubilación bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$1.878.593, efectiva a partir del 18 de julio del 2015, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de su **asignación básica mensual e incluyendo el promedio de sobresueldo y la prima de vacaciones**²².
 - El señor Díaz Padilla adquirió el status de pensionado el 18 de julio del 2015, como consta la Resolución objeto de control de legalidad.
- El señor Ángel del Cristo Díaz Padilla devengó durante el año 2015 los siguientes factores salariales: asignación básica, Sobresueldo, bonificación mensual del Decreto 1566 del 1 de junio del 2014, prima de servicio, prima vacacional docente 1/12 y prima de navidad²³.

En este orden de ideas, se avizora que el régimen pensional aplicable al demandante es la Ley 33 del 1985, toda vez que su ingreso al servicio educativo, resulta ser anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003.

De ahí, que sea relevante recordar que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, son meramente enunciativos y no taxativos, por lo cual, el ingreso base de liquidación debe ser dado por aquellas sumas que percibe el trabajador, de manera habitual y periódica, como

²² Folio 10 a 12 del C. ppal.

²³Folio 18 del C. ppal.

contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que le sean dadas²⁴.

Pues bien, al confrontar lo expuesto, con la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, se observa que a través del mencionado acto administrativo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio omitió incluir como factores salariales la bonificación mensual del Decreto 1566 del 1 de junio del 2014, prima de servicio y prima de navidad²⁵, devengados por el actor en el último año de servicio, previo a la adquisición de su status pensional; los cuales, en efecto, se debían tener en cuenta para fijar el ingreso base de liquidación y el monto de su pensión de jubilación.

Así las cosas, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado en el escrito petitorio, es visible que el acto administrativo demandado transgrede las normas pretendidas por el señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, dado que su pensión de jubilación se debe liquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio, previo a la adquisición del mencionado status.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado, consecuentemente; se le ordenará a la parte pasiva de la litis que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación al señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, incluyendo para tales efectos además de los factores reconocidos en la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, la bonificación mensual del Decreto 1566 del 1 de junio del 2014, prima de servicio y prima de navidad.

El monto de la pensión, se establece en un porcentaje del 75% del promedio total de todos los factores salariales, 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

²⁴ H. Tribunal Administrativo de Sucre; Sala Primera de Decisión Oral; Magistrado Ponente: Rufo Arturo Carvajal Argoty Radicación: 70-001-33-33-006-2014-00258-01 Demandante: Oscar Oviedo Torres Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag; Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

²⁵Folio 9 del C. ppal.

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) 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:

$$\begin{array}{c} \text{ÍNDICE FINAL} \\ R= RH \times \text{-----} \\ \text{INDICE INICIAL} \end{array}$$

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 encuentra demostrado que la parte actora adquirió el derecho de pensión, el 18 de julio del 2015, según lo anotado en la Resolución 1427 del 30 de octubre del 2015, y que el escrito genitor se presentó, el 19 de diciembre del 2016 en la oficina Judicial de Sincelejo, de ahí que, no se cristalicé en este proceso el fenómeno jurídico de la prescripción.

CONCLUSIÓN:

El interrogante inicial es positivo, puesto que al señor Ángel del Cristo Díaz Padilla, al momento de reconocerle su pensión vitalicia de jubilación, se debió liquidar la misma teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó en el último año de servicio; sin embargo, como así no sucedió, se tendrá que decretar la nulidad parcial de la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto de la Secretaría Departamental de Sucre.

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 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%.

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: DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto de la Secretaría Departamental de Sucre, dado que no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación del señor Ángel del Cristo Días Padilla, todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se le **ORDENARÁ** a Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, realizar una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor Ángel del Cristo Días Padilla, 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 además de los factores reconocidos en la Resolución No. 1427 del 30 de octubre del 2015, la bonificación mensual del Decreto 1566 del 1 de junio del 2014, prima de servicio y prima de navidad.

TERCERO: 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%.

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

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

SEXTO: 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