JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014)

MEDIO DE CONTROL.	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO Nº:	70-001-33-31-003-**2013-00161**-00
DEMANDANTE:	**JOSE MARIA CANCHILA PALENCIA**
DEMANDADO:	NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Tema.	Reliquidación de pensión docente Nacionalizado-aplicación de la Ley 33 de 1985-Factores salariales aplicables a la pensión de Jubilación.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

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

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: **JOSE MARIA CANCHILA PALENCIA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.306.310, quien actuó a través de apoderado judicial.

- Demandado. **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

1.1.2. Pretensiones.

PRIMERA: Que se declare la nulidad parcial de la resolución Nº 1412 de fecha 24 de Abril de 2003, expedida por el representante Del Ministerio De Educación Nacional Ante El Departamento De Sucre, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al señor CANCHILA PALENCIA a partir del 28 de septiembre de 2002, en cuantía de $1.650.501. Pesos.

SEGUNDA: Que se declare que el señor JOSE MARIA CANCHILA PALENCIA, tiene derecho a que la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, le reconozca y pague a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del día que cumplió veinte (20) años de servicio y cincuenta y cinco (55) años de edad, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios con todos sus factores, devengados en el último año de servicio.

TERCERA: Que se condene a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagar el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de la adquisición del status de pensionado, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y de tiempo.

CUARTA: Que se condene a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a favor del demandante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precio al consumidor, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

QUINTA: Que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas al demandante, conforme a lo reglado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTA: Ordenar a entidad demandada que dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEPTIMA: Que se condene el costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.1.3. Hechos.

Se resumen de la siguiente manera:

Indica el actor que, cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicio para la pensión de jubilación, laborando al servicio de la educación oficial en el Municipio De Corozal, por más de veinte (20) años afiliado al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

Señala que, mediante petición con radicado 0524 del 15 de noviembre de 2002, y cumpliendo lo establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas invocadas, solicitó a la Secretaria De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Adiciona, que el representante del Ministerio De Educación Nacional Ante El Departamento De Sucre – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, mediante la resolución No 1412 del 24 de abril de 2003 reconoció la pensión de jubilación al docente solamente con la asignación básica, sobresueldo y prima vacacional, desestimando los factores salariales de prima de navidad, sin ninguna justificación.

Manifiesta que, si en la resolución reseñada en el hecho anterior, el Representante Del Ministerio De Educación Nacional Ante El Departamento De Sucre – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, hubiese tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales acreditados, habría arrojado a favor del accionante una pensión mensual de jubilación en cuantía de $1.783.424.13, o lo que se pruebe, efectiva a partir del 28 de septiembre de 2002.

1.1.4. Disposiciones Violadas.

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

Legales: Art. 15 numeral 1º inciso 1º y artículo 2º numeral 5º de la ley 91 de 1989; artículo 7º del decreto 2563 de 1990; artículo 3º del decreto - ley 2277 de 1979; literal A del artículo 2º y articulo 12 de la ley 40ª de 1992; artículo 1º del decreto reglamentario 1440 del 1º de septiembre de 1992; articulo 115 y 180 de la ley 115 de 1994; ley 65 de 1946; artículo 4º de la ley 4ª de 1966; artículo 5º del decreto 1743 de 1966; artículo 1º par. 2º de la ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la ley 6ª de 1945; decreto 1045 de 1978, articulo 45; artículo 81 de la ley 812 del 2003.

Constitucionales: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228, y 336.

1.1.5. Concepto de la violación.

Sustenta la parte demandante que con la expedición de la resolución acusada se violó el artículo 15 numeral 1º inciso 1º de la ley 91 de 1989 la cual consagra:

> "*Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y* ***nacionalizado*** *y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
> *1.- los* ***docentes nacionalizados*** *que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales,* ***mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial*** *de conformidad con las normas vigentes"* (negrillas y subrayado fuera de texto).

A si mismo manifiesta que el acto administrativo acusado violó expresamente esta norma, por cuanto el régimen prestacional que goza el accionante, por ser docente, es el consagrado en la ley 6ª de 1945, articulo 17, literal B) y su decreto reglamentario 2767 de

1945, artículo 1º. Indica el demandante que a la luz de estas normas, cumplió con los requisitos exigidos, edad y tiempo de servicio, para acceder a la pensión vitalicia de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales tal como se estipulo en el artículo 4º de la ley 4º de 1966 y en el decreto 1743 de 1966 en su artículo 5º.

De igual manera indica que la constitución en su artículo 4º consagra que ella es norma de normas, luego entonces la entidad demandada desconoció este mandato al no reconocer el derecho a la pensión de jubilación con todos sus factores salariales, que no solo se encuentra amparado en normas legales sino en la misma C.P, en los artículos 48, 53 y 58. Resalta que los funcionarios públicos deben tratar a toda persona sin discriminación alguna, porque ello constituye la razón de ser de un Estado; en ese sentido el respeto de los derechos inalienables debe inspirar todas las actuaciones del Estado conforme al artículo 5º de la C.P, el cual también se violentó con el desconocimiento de los factores salariales en la pensión de jubilación a que en razón tiene derecho el accionante.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 20 de Mayo de 2013 fue presentada en la oficina judicial la demanda.(fol. 21-22)
- La demanda fue admitida mediante auto del 31 de Mayo de 2013. (fol.24)
- La demanda fue notificada a las partes el 19 de Julio de 2013. (fol.31-37)
- La entidad demanda contesto la demanda dentro del término. (fol.41-52)
- El 30 de octubre de 2013, por secretaria se corrió traslado de las excepciones propuesta por la entidad demandada a la parte demandante, la cual guardo silencio. (Fol. 52)
- A través de auto del 07 de Noviembre de 2013 se fijó fecha para audiencia inicial. (fol.54)
- El día 25 de Febrero de 2014 se llevó acabo audiencia inicial, se decretaron pruebas y se fijó fecha para audiencia de pruebas. (fol.67-73)
- En auto del día 30 de abril de 2014 se fijó nueva fecha para audiencia de pruebas. (fol.116).
- El 25 de Junio de 2014 se realizó audiencia de pruebas en la cual, se cerró el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión dentro de los 10 siguientes a la fecha. (fol.120-124)
- El apoderado de la parte demandante presento memorial con sus alegatos de conclusión dentro del término conferido, esto es el 02 de Julio de 2014. (fol.127-128).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[1].

Frente al hecho primero indica la parte que es cierto, tal y como consta en el expediente.

En consideración al hecho segundo argumenta que es cierto.

Arguye frente al hecho tercero no es cierto, ya que para la liquidación de la pensión del accionante se tuvieron en cuenta los factores señalados por la ley aplicable, por tanto, los factores que aduce la accionante y que a su juicio debieron tenerse en cuenta no resultan viables conforme el ordenamiento jurídico pertinente.

Así mismo indica que los hechos cuarto y quinto no son hechos son afirmación jurídica de la parte demandante.

El hecho sexto es cierto, tal como consta en el expediente, y el hecho séptimo no es un hecho es un procedimiento propio de la demanda.

Radica su defensa según los documentos anexos en la demanda, se puede verificar que la pretensión del accionante, no está ajustada a derecho, toda vez, que tal como se establece en el considerando de la resolución que pretende anular, no era viable conforma a la ley que se le reajustara la pensión de jubilación tomando factores salariales devengados durante el año de status de pensión, tales como prima de navidad y prima de vacaciones, entre otras.

Además propuso las siguientes excepciones:

- **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA.**

Se estructura este hecho exceptivo en la aplicación de la ley 35/38 al pensionado como régimen legal que define y determina su derecho prestacional, teniendo en cuenta la forma en que debe ser liquidada su pensión y por ello es que se tipifica la excepción de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma. Para su sustentación se remite a jurisprudencia de los tribunales del Quindio, Cundinamarca y del Consejo de Estado.

- **BUENA FE.**

Añade la entidad demandada que ha actuado con la más absoluta buena fe tanto durante la recepción de los aportes del afiliado, al momento de la consolidación del derecho a favor del demandante y hasta la fecha por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la ley 33/85 al pensionado como régimen legal y que define y determina su derecho prestacional y en esta forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación.

[1] Folios 38-52

- **PAGO:**

Agrega que la entidad demandada ha cancelado al demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo como base los factores salariales a tener en cuenta según lo dispuesto en la ley 33 de 1985.

- **EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA.**

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 306 del código de procedimiento civil, aplicable en lo contencioso administrativo de conformidad con el artículo 267 del C.C.A, cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

- **PRESCRIPCIÓN:**

Señala que si bien el derecho a la pensión no prescribe, no ocurre lo mismo tratándose del valor de la mesada, o la mesada misma, las bases y factores sobre las que se calculó el monto o valor de la pensión, sobre los cuales si opera la figura de la prescripción. Este aspecto suele confundir en algunos casos, ya que se llega a creer que si el derecho a la pensión no prescribe, nada relacionado con ella prescribe, lo que naturalmente es incorrecto.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN[2].

- **La parte demandante:** Sustenta sus alegatos argumentando que la parte accionante laboró al servicio de la educación oficial por más de veinte (20) años, como se demostró para el reconocimiento de la pensión de jubilación y se allego como antecedente administrativo del acto acusado. A demás de conformidad con la ley 91 de 1989 en su artículo 3º, el artículo 56 de la ley 962 del 2005, el decreto 2831 del 2005, artículo 3º y la ley 115 de 1993, articulo 180, le corresponde a la Nación – Ministerio De Educación Nacional, reconocer las prestaciones de los docentes, con cargo al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, mediante acto administrativo que debe ser expedido por la secretaria de educación municipal o departamental certificada, donde se encuentre laborando el docente.

  Adicionalmente, es preciso reiterar, que se demostró con el certificado de salarios, que la parte actora devengo durante el año anterior al status pensional, otros factores salariales, que no se tuvieron en cuenta en el acto administrativo acusado.

[2] Fols. 127-128

Por las razones antes expuestas en este memorial de alegatos de conclusión, solicita la parte respetuosamente, se provea favorablemente a las declaraciones y condenas solicitadas, ordenando a la entidad demandada a reconocer y pagar con los correspondientes reajustes de ley, la pensión mensual vitalicia de jubilación en la que se debe incluir todos los factores salariales acreditados en el último año de servicio.

- **Ministerio público.**

No presento pronunciamiento al respecto.

- **La entidad demandada**: guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende **la nulidad parcial de la resolución No. 1412 del 24 de abril de 2003,** expedida por el (la) REPRESENTANTE DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL ante el DEPARTAMENTO DE SUCRE – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al accionante a partir del 28 de septiembre de 2002.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si al momento de ser liquidada la pensión de jubilación del demandante, la entidad demandada no incluyó la totalidad de los factores salariales. Por lo cual se hace necesario responder al interrogante:

¿Cuál es la norma que rige el salario base de liquidación de la pensión, a los docentes nacionalizados que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

2.4 TESIS DEL DESPACHO:

El despacho considera que para la liquidación de las pensiones de los docentes nacionalizados, que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812

de 2003, le son aplicables el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, por lo que hacen parte del salario base de la liquidación la 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, pero 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. Si el pago de los aportes no se realizó sobre todos los elementos del salario, estos deberán ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión y facultar a la entidad de previsión social descontar las sumas que por concepto de aportes haga falta. Lo anterior, de acuerdo a la posición del Consejo de Estado en relación con el tema[3].

3. ARGUMENTOS DEL DESPACHO:

3.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para el pronunciamiento del fondo del proceso, se pronuncia el Juzgado sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

El Juzgado considera que los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz del artículo 162 del C.P.A.C.A.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que el accionante es el directo interesado y perjudicado con los actos administrativos que se demanda.

Tal como lo expresan el mismo acto administrativo, el Departamento de Sucre, actúa como medio para que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, materialice la decisión administrativa relacionada con las prestaciones a su cargo. Para llegar a esta conclusión es importante analizar:

El Decreto 111 de 1996, consagra en su artículo 30 los fondos especiales en el orden nacional, definen dolos como *"… los ingresos definidos en la ley para la prestación de un*

[3] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador".

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3[4], creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de fondo especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fin es el regulado por el artículo 4 de la misma ley, el que consiste en la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella, cuenta que se encuentra adscrita a la Nación y es representada por el Ministerio de Educación, conforme a lo dicho por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, en Concepto del 23 de mayo de 2002, con radicación número 1423 y actor el Ministro de Educación Nacional, en la que se refirió a la representación judicial y extrajudicial del fondo. Como objetivos del mismo, el artículo 5 de la misma normativa, consagra en su numeral 1 el de *"Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado."*.

Igualmente, la norma que crea el mencionado fondo (artículo 3 transcrito a píe de página 2) en su inciso final consagra que este órgano deberá estar dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad.

En complemento y desarrollo de la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994[5], reitera que las prestaciones sociales a cargo del fondo, serán reconocidas por este, a través del representante del Ministerio en la entidad territorial, norma que es reiterada y reglamentada en su operatividad práctica por el Decreto 1775 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 2234 de 1998.

Por otra parte, el legislador a través de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, *"Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos."*, estableció en su artículo 56[6], que el representante del

---

[4] *"Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*
El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad."

[5] *"***Artículo 180º.-** *Reconocimiento de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente.*
*El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.***"**

[6] *"Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.*

fondo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo es el Secretario de Educación Territorial certificada, y que este firmaría el acto administrativo que decide las solicitudes elevadas sobre el mencionado tema, previa aprobación del proyecto de acto por el administrador del fondo.

Así pues, del anterior marco normativo se puede inferir que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien tiene a su cargo las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados y por tanto es a este organismo a quien le correspondería responder por las posibles irregularidades existentes en su liquidación. Igualmente, es claro que el Secretario de Educación territorial, solo actúa como medio regional de atención a los afiliados al fondo, pero no es la voluntad del ente territorial la que se refleja en el acto, sino la voluntad misma del fondo. Quedará por definir, quién representa legalmente al mencionado fondo, para efectos procesales, dado que como lo indica la norma de creación del mismo, no posee personería jurídica, a fin de determinar claramente que es a este órgano y no al Departamento de Sucre.

Para resolver la anterior inquietud, el despacho trae a colación la interpretación Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del que me permito transcribir el aparte de la respuesta:

"2. LA SALA RESPONDE:

> *En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.*
>
> *A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil."*[7]

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro para el despacho, que no obstante que los actos administrativos son expedidos formalmente por parte del DEPARTAMENTO de Sucre a través de su Secretario de Educación, ellos no manifiestan su voluntad, como elemento de existencia del acto, sino que manifiestan la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así las cosas, en caso de demandarse la nulidad de los actos administrativos que definen las prestaciones a cargo de dicho fondo, debe dirigirse la demanda no contra la entidad territorial que expidió el acto, sino contra la NACIÓN-

---

El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

[7] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Concepto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 1423. Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Referencia: fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. representación judicial y extrajudicial del fondo.

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

Por lo anterior, es la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien tiene legitimación en la causa material por pasiva.

Por lo anterior, pasa el despacho a decidir de fondo el asunto:

3.2. DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO:

El demandante ataca el acto administrativo contenido en la Resolución No.1412 del 24 de abril de 2003, proferidos por la Secretaría de Educación Departamental en nombre y representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través del cual se le reconoció la pensión de jubilación para que se tengan en cuenta el factor salarial de **prima de navidad,** y los demás conceptos dejados de cancelar durante el año inmediatamente anterior a la causación de su derecho.

Para abordar el asunto bajo debate, como ya se anunció al plantear el problema jurídico y la tesis del despacho, en primer lugar se estudiará cuál es la normativa aplicable al actor.

3.3 RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES-LEY 33 DE 1985.

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

> - *"La ley 100 de 1993[8] 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…"[9].*
>
> - ***La ley 812 de 2003*** *aprobó "el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"[10]. 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*

[8] 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.
[9] Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.
[10] Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

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 137[11]*.*

- *La ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el "Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010"*[12]*, 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 parágrafo 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***

[11] 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.
[12] Ley 1151 de 2007 (julio 24), *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010"*, Diario Oficial 46.700 de 25 de julio de 2007. Cfr. Artículo 160, vigencia y derogatorias.

la ley 812 de 2003, *estableció que los regímenes especiales o exceptuados expirarían el 31 de julio de 2010*[13], *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 parágrafo 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 parágrafo 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 parágrafo 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*"*[14] *(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****."*

---

[13] *"**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 parágrafos 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).

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

3.4. FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Recordemos que el actor, persigue la reliquidación de su derecho, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y que su reconocimiento pensional, tal como líneas antes se estableció, se rige por la ley 33 de 1985, la cual en materia de factores se definió en lo estipulado por la ley 62 de 1985. La norma en comento 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, se 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."[15][16]

Postura que fue acogida por la Sección Segunda Subsección B, en providencia del 27 de enero de 2011, donde al resolver un caso de supuesto fácticos similares al que nos convoca, esto es, reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, se concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario. Expuso la Subsección[17]:

---

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

[16] -23-25-000-2006-07509-01(0112-09). CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila

[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.

"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, precisó[18]:*
>
> *"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 y que este Despacho acoge, rectificando criterio en materia de factores salariales para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, se tiene que, la pensión de jubilación se debe reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el status pensional.

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

3.5 DEL CASO CONCRETO:

Se encuentra debidamente probado que JOSE MARIA CANCHILA PALENCIA nació el 27 de septiembre de 1947[19], presto sus servicios como docente nacionalizado, desde el 07 de junio de 1971 hasta el 27 de septiembre de 2002[20], para un total de 20 años, 09 meses y 29 días, razones por las cuales el accionante goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como fue argumentado en la resolución Nro. 1412 del 24 de abril de 2003[21], la cual 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 nacionalizado, a partir del 27 de septiembre de 2002[22], y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta en un equivalente del 75% de la asignación básica mensual, sobresueldo, prima de vacaciones devengado durante el último año de servicio; es decir, sin tener en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales, como se puede observar en el certificado de salarios del accionante, esto es PRIMA DE NAVIDAD.

---

[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.
[19] Folio 2
[20] Folio 3
[21] Folios3-6
[22] Folios 3-6

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 el accionante.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, el despacho declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BASÍCA, SOBRESUELDO, PRIMA VACACIONAL DOCENTE 1/12, PRIMA DE NAVIDAD, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, a partir del 27 de septiembre de 2002.

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 efectúo descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar[23].

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 pensiónales 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:

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

4.1 DE LAS EXCEPCIONES:

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

[23] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

la Resolución N° 1412 del 24 de abril de 2003[24], y la demanda fue presentada el **20 de mayo de 2013**[25]. En consecuencia, al demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **20 de mayo de 2010**.

Declárese no prosperas las excepciones de **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRONEA INTERPRETACION DE LA NORMA, BUENA FE, PAGO,** por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del dos (2%) por ciento de las pretensiones otorgadas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

6. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARESE no prosperas las excepciones de **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRONEA INTERPRETACION DE LA NORMA, BUENA FE, PAGO,** por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARESE la **PRESCRIPCIÓN** de la reliquidación de las mesadas pensionales anteriores al **20 de mayo de 2010**, por lo argumentado previamente.

TERCERO: DECLARASE LA NULIDAD PARCIAL de acto administrativo contenido en la **Resolución No.1412 del 24 de abril de 2003**, proferida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados por el actor, durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

[24] Folios3-6
[25] Folio 21

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, se **ORDENA** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO que realice una nueva liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor **JOSE MARIA CANCHILA PALENCIA** 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 BASÍCA, SOBRESUELDO, PRIMA VACACIONAL DOCENTE 1/12, PRIMA DE NAVIDAD.

QUINTO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación del actor, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del dos (2%) por ciento de las pretensiones otorgadas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

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 de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA
JUEZ