



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-31-003-2014-00089-00
Demandante: **Rafael Barrios Ortega.**
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional-
Fondo 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.

SENTENCIA: N° 15.

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: **RAFAEL BARRIOS ORTEGA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.835.087, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

¹ Folio 6.del Expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 0140 del 19 de Mayo de 1999, emanada del Secretario de Educación del Departamento de Sucre, que en nombre de la Nación, Ministerio de Educación y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió el acto precitado.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Nación, Ministerio de Educación y el fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la Pensión de Jubilación reconocida al accionante, teniendo en cuenta todos los factores salariales a que por Ley tiene derecho, tales como: prima de navidad, prima vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras y los demás conceptos dejados de cancelar durante el año inmediatamente anterior a la causación de su derecho.

TERCERO: Que se ordene a dar cumplimiento a la Sentencia proferida en este proceso, dentro de los términos previstos en el inciso 2° y 3° del artículo 192 del CPACA.

CUARTO: Que la condena impuesta sea indexada, ajustando su valor al índice de precios al consumidor (IPC), artículo 187 del nuevo del CPACA.

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

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

1.1.3. HECHOS.

Indica el actor, que es docente de profesión, y en tal virtud le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución N° 0140 del 19 de mayo de 1999, emanada Ministerio de Educación Nacional, debidamente delegada por las entidades demandadas, Nación, Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Argumenta que, en la resolución referida en el hecho anterior, al liquidarse, no incluyó los factores salariales que percibió durante el último año de servicios anterior a la causación de su derecho, como la prima de navidad, prima vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras y demás emolumentos que habitualmente percibía cuando lograra su estatus.

Menciona que, la Nación, Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deben liquidar la pensión a partir del día siguiente de la causación de su derecho, incluyendo todos los factores salariales que le asistían, es decir, indica que con todos los

factores salariales señalados en el hecho anterior, el monto correspondía a UN MILLON CUATROCIENTOS VEINTIDÓS MIL SETENTA Y CINCO PESOS (\$ 1.422.075).

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Legales y constitucionales: artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia; Art. 15 de la Ley 91 de 1989; decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, y 1045 de 1978; ley 33 de 1985; artículo 1 Ley 62 de 1985; artículo 4 de la Ley 4ta de 1976; artículo 9 de la Ley 71 de 1988; artículo 2º de la LEY 4ta de 1992.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

- 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 siguientes normas :
- Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del primero (01) de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes y aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.
- Teniendo en cuenta que el acto acusado parcialmente, por el cual se reconoció la pensión de jubilación, expresa que el actor es Docente Nacional, vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que inicio su labor docente el día 10 de marzo de 1978, para efectos del reconocimiento y reliquidación de sus prestaciones económicas y sociales, mantiene el régimen prestacional que ha venido disfrutando de acuerdo con la normatividad vigente, que entre otras se destaca la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, que en el Artículo 1º prevé que las pensiones de los empleados oficiales serán liquidadas sobre los mismos factores que hubieran servido de base para calcular los aportes, al señalar que el empleado judicial

que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos o llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, y el artículo 3° de esa misma ley modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 expuso: “ todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión, deben pagar los aportes que proveer 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. La asignación básica, gastos de representación, prima de antigüedad, prima técnica, prima ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y 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 liquidara con los mismos factores que hayan servido de base para liquidar los aportes”.

Indica que, demanda parcialmente la resolución por no incluir los factores salariales a que tiene derecho y que fue reconocida al tenor de la ley 33 de 1985, se hace indispensable retomar los factores salariales señalados en el Art. 1° de la ley 62 de 1985, habida cuenta que prevalece, el principio de inescindibilidad de la norma, debiendo en consecuencia aplicar además de la asignación básica mensual establecida por ley, tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, entendido, como las sumas que habitual o periódicamente recibe como retribución de sus servicios, por lo que arguye se le debió reliquidarse con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, considerando como salario la suma de la asignación básica mas todos los factores salariales que por ley le corresponden.

Agrega que, el acto acusado viola disposiciones de carácter legal y constitucional, en atención a que las entidades demandadas, expidieron un acto administrativo que no consulta su tenor literal, al excluir conceptos que son inherentes a la prestación principal, desconociendo criterios constitutivos de factor salarial.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 10 de abril de 2014 fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 25 de abril de 2014³.
- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico número 38 de fecha 28 de abril de 2014.

² Folio 19 del expediente.

³ Folio 21 del expediente.

- La entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con fecha 11 de julio de 2014, contestó la demanda dentro del término legal.⁴
- El día 10 de septiembre de 2014, a través de Secretaría del Despacho, se corrió traslado de las excepciones presentadas por las entidades demandadas a la parte demandante, la cual guardó silencio.⁵
- A través de auto de fecha 29 de septiembre de 2014, se fijó fecha para audiencia inicial⁶, el día 11 de junio de 2015.
- Por proveído del 26 de octubre de 2015⁷, se fijó fecha a audiencia de prueba, para el día 25 de febrero de 2016.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁸.

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

La entidad demandada se pronuncia sobre los supuestos fácticos de la siguiente manera:

- Que el hecho primero parece ser ciertos, según los documentos aportados.
- Que el hecho segundo no es cierto, toda vez que los factores salariales que se tiene en cuenta al momento de liquidar la pensión, es dependiendo la normatividad pertinente para el caso.
- Con respecto a los hechos, tercero, cuarto, quinto y sextos, manifiestan que no son hechos, pues corresponden a señalamientos normativos, antecedentes jurisprudenciales y pretensiones traídos a colación por la parte demandante.

Radican su defensa, en que según los documentos anexos en la demanda, se puede verificar que la pretensión del accionante, no está ajustada a derecho, toda vez, que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores devengados durante el año en que obtuvo su status pensional.

Expresan que, la pensión de jubilación del demandante se realizó conforme a los postulados de la Ley 33 de 1985, en atención a ello se procedió a reconocerle pensión mensual vitalicia de jubilación por valor de \$1.287.890, tal como consta en la resolución número 0140 del 19 de mayo de 1999.

⁴ Folios 32 – 54 del expediente

⁵ Folio 59 del expediente

⁶ Folio 61 del expediente.

⁷ Folio 117 del expediente.

⁸ Folios 43 – 69 y 70 – 95.

Señalan que, el señor RAFAEL BARRIOS ORTEGA, a la fecha de expedición de la ley 33 de 1985, no completaba 15 años de servicios continuos o discontinuos y mucho menos se encontraba retirado del servicio por haber cumplido 20 años de labor continua, razones por las cuales no se puede aplicar otros parámetros para el reconocimiento de su pensión de jubilación, sino solo los previstos en la ley 33 de 1985.

Además propuso las siguientes excepciones:

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

Se estructura este hecho exceptivo bajo el presupuesto con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales del demandante, es decir de conformidad con la ley 33 de 1985, ley 62 del 1985.

- **BUENA FE.**

La entidad demandada ha actuado con la más absoluta buena fe, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante hasta la fecha, por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la ley 33/85 al pensionado como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y en esta forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación.

- **PRESCRIPCIÓN:**

Manifiestan 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, por lo que solicita que en caso de ser procedente se decrete la prescripción trienal de los derechos laborales aquí reclamados.

- **PAGO:**

Indica que, se ha cancelado todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas teniendo en cuenta como base todos los factores salariales establecido 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 numeral 6 del artículo 180 del

C.P.A.C.A, cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. MINISTERIO PÚBLICO⁹:

La agente del Ministerio Público realizó un resumen de los antecedentes de la demanda, al igual que de la contestación de la misma, llevó a cabo un análisis probatorio; y en sus consideraciones dentro del caso concreto argumentó:

La ley 33 de 1985, será la regente para el actor, toda vez que este inicio su labor como docente el 10 de marzo de 1978, es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afirma que se reconoció su pensión de jubilación a través de la resolución 00140 de 19 de mayo de 1999, pero no se le reconocieron todos los factores salariales devengado en el último año del servicio, además expresa que se debe declara la nulidad parcial de dicha resolución como también de las excepciones expuesta por el demandado.

Por las razones expuestas la Procuraduría Delegada es del criterio que se debe acceder a las pretensiones del actor, ya que se encuentra el sustento jurídico y respaldo probatorio, razón por la cual deben de prosperar y despacharse favorablemente.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

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

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad parcial de la resolución No. 0140 de fecha 19 de mayo de 1999, expedida por el (la) REPRESENTANTE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN 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 30 de diciembre de 1998.

⁹ Folio 141-146 del expediente

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:

¿Si hay lugar a que se le reconozca y ordene la reliquidación de la pensión de jubilación al señor RAFAEL BARRIO ORTEGA, teniendo en cuenta todos los factores salariales a que por ley tiene derecho?

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

2.4. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS.-

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 1993¹⁰ creó el “sistema de seguridad social integral” y como parte de él estructuró el “sistema general de pensiones”, pero exceptuando de su aplicación algunos sectores de pensionados, entre ellos “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”¹¹.*

- *La ley 812 de 2003 aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”¹². Esta normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales:*

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. *El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.

¹⁰ Ley 100 de 1993 (Diciembre 23) *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, Diario Oficial 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

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

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

Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137³.

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

La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así:

*i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la **ley 812 de 2003**, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;*

*Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (**régimen de transición**).*

ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantienen e introducen modificaciones al régimen pensional general.

- El párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, se ocupa expresamente de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

***"Parágrafo transitorio 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la **Ley 812 de 2003**, y lo preceptuado en **el artículo 81** de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del **artículo 81 de la Ley 812 de 2003**" (resaltado y subrayas fuera del texto).*

*Si bien es cierto que el Acto Legislativo 01 de 2005, disposición que elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos grupos pensionales del **artículo 81 de la ley 812 de 2003**, estableció que los regímenes especiales o exceptuados expirarían el 31 de julio de 2010¹⁵, también lo es que este límite temporal de fenecimiento, de acuerdo con los antecedentes que le dieron origen, no es aplicable a los docentes del servicio oficial. Así lo concluyó, recientemente, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:*

¹³ Artículo 137 de la ley 812 de 2003. “Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga el artículo 8 de la Ley 160 de 1994, el artículo 14 de la Ley 373 de 1997 y todas las disposiciones que le sean contrarias”. La fecha de promulgación fue el 27 de junio del 2003.

¹⁴ Ley 1151 de 2007 (julio 24), “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, Diario Oficial 46.700 de 25 de julio de 2007. Cfr. Artículo 160, vigencia y derogatorias.

¹⁵ “**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).

“El Acto legislativo en estudio fue de iniciativa gubernamental contenida en los proyectos radicados en la Cámara de Representantes bajo los números 34 y 127, presentados el 23 de julio y el 19 de agosto de 2004, respectivamente, los que fueron acumulados para su trámite y en su contenido original proponían la eliminación de todos los regímenes especiales y exceptuados, dejando exclusivamente el de la Fuerza Pública y un régimen de transición que terminaría el 31 de diciembre de 2007.

Desde el primer debate en la Comisión Primera Permanente de Cámara, se introdujo el tema de los docentes como parte del ‘régimen de transición’; y como un párrafo transitorio fue conservado y ajustado en su texto a lo largo de las dos vueltas requeridas para la aprobación del acto legislativo, remitiendo al artículo 81 de la ley 812 de 2003.

*Se tiene pues que el legislador, como constituyente derivado, optó por referirse al régimen pensional de los docentes vinculados al servicio educativo estatal en un párrafo que calificó como ‘transitorio’ bajo dos supuestos: (i) **cuando se pensione el último de los docentes vinculados con antelación a la entrada en vigencia de la citada ley 812 se extinguirá el régimen que para ese momento existía;** (ii) los docentes vinculados o que se vinculen a partir del 27 de junio de 2003, quedan sujetos el régimen pensional del sistema general.*

*En esta perspectiva, la transitoriedad del régimen es predicable exclusivamente del grupo de docentes que entraron al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003. El régimen de los docentes que ingresan al servicio a partir de la vigencia de la ley 812 de 2003 tiene un elemento de diferenciación o especialidad que es la edad, respecto del régimen general, y así se conserva. **En ninguno de los dos casos se estableció relación alguna con la fecha finalmente acordada para terminar el régimen de transición respecto de todos los regímenes diferentes al general.***

.....

En criterio de la Sala, las dificultades surgen de estar consagrado en una norma denominada ‘transitoria’ y de su redacción en cuanto no se hizo explícita su continuidad más allá del 31 de julio de 2010, pues tal continuidad se consagra mediante la remisión al artículo 81 de la ley 812 de 2003 por el cual se había reformado el régimen establecido desde la ley 91 de 1989.

.....

Atendiendo los antecedentes del párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010 no es aplicable como fecha de expiración de ninguno de los regímenes pensionales establecidos para los docentes al servicio oficial”¹⁶ (resaltado fuera del texto).

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

2.5. FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La ley 71 de 1988 que prevé:

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

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

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

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

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

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

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, ha sido unánime en señalar que los factores salariales mencionados en la ley 62 de 1985, no son taxativos sino meramente enunciativos, de tal suerte, que la liquidación de la pensión de jubilación o vejez se debe efectuar con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social. Lo anterior en virtud del principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social y de favorabilidad en la aplicación de las normas laborales, dentro de las cuales se cuentan las normas sobre seguridad social en pensiones.

En efecto, en sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 la Sala Plena de la Sección II del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, señaló:

*“Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la **Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.** Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución*

en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del Reconocimiento y pago de las pensiones. (Negrillas fuera del texto)

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.”¹⁷

Postura que fue acogida por la Sección Segunda Subsección B, en providencia del 27 de enero de 2011, donde al resolver sobre la reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario. Expuso la Subsección¹⁸:

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

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

¹⁷ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No.

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

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, precisó¹⁹:

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. (0208-2007). Nota de la cita.

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación..”.
...”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, esto es el primero de julio de 2004”

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.

3. CASO CONCRETO:

Se encuentra debidamente probado que el señor RAFAEL BARRIOS ORTEGA, nació el 29 de diciembre de 1943²⁰, que para efectos del reconocimiento de pensión de jubilación, prestó sus servicios como docente nacional, por más de 20 años de servicio, desde el 1 de marzo de 1978 hasta el 29 de diciembre de 1998²¹, razones por las cuales el accionante goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985 y la ley 71 de 1988, tal como fue argumentado en la resolución Nro. 0140 del 19 de mayo de 1999, 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 MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en calidad de docente nacional, a partir del 30 de diciembre de 1998²², y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta en un equivalente del 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio; (asignación básica, sobre sueldo, horas extras, prima de alimentación, prima de vacaciones), sin tener en cuenta la prima de navidad, como se puede observar al hacer una comparación con el certificado de salario del último año y la resolución cuestionada.

²⁰ Folio 17 del expediente.

²¹ Folio 8 del expediente.

²² Folios 8 del expediente.

Luego entonces de conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia traída a colación anteriormente, es claro que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debió al momento de realizar la liquidación de la pensión de jubilación o vejez reconocida al actor, efectuarla con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

De esta forma, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es visible que el acto administrativo demandado transgrede las normas pretendidas por la accionante.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, se 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 además de los factores salariales de ASIGNACIÓN BÁSICA, SOBRE SUELDO, HORAS EXTRAS, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE VACACIONES, también la PRIMA DE NAVIDAD devengadas el año anterior a la fecha que adquirió su estatus pensional es decir desde 29 de diciembre de 1998.

El monto de la pensión, se establece en un porcentaje del 75% del promedio total de dichos factores, sin consideración si sobre ellos se hicieron aportes o no, o si la entidad territorial efectuó descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar²³.

Por tanto, el restablecimiento del derecho se concretará así: a) la parte demandada deberá realizar la reliquidación de acuerdo con lo dicho, y la correspondiente mesada deberá reajustarla de acuerdo con la ley; b) luego de lo anterior, deberá descontar de la suma que resultare de la liquidación, las sumas de las mesadas pensionales pagadas; c) la diferencia insoluta deberá indexarla en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor y la siguiente fórmula utilizada para estos eventos por el H. Consejo de Estado que deberá aplicarse mes por mes para cada mesada:

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

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

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

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 la Resolución N° 0140 del 19 de mayo de 1999, y la demanda fue presentada el **10 de abril de 2014**. En consecuencia, al demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar la reliquidación de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **10 de abril de 2011**.

Declárese las excepciones de **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRONEA INTERPRETACION DE LA NORMA, PAGO, BUENA FE**, se tiene con lo hasta aquí considerado, que las mismas no tienen vocación de prosperar, por lo que se declarará no probadas.

5. CONCLUSIÓN:

El problema jurídico inicial es positivo, puesto que, tal como quedó advertido en la resolución 0140 de 19 de mayo de 1999, no se incluyeron todos los factores salariales al señor RAFAEL BARRIOS ORTEGA al momento de liquidarle la pensión de jubilación de manera que haya derecho al aquí reclamado.

6. 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 CINCO (5%) 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.

7. DECISIÓN.

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

FALLA:

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

SEGUNDO: DECLÁRESE la **PRESCRIPCIÓN** de la reliquidación de las mesadas pensionales anteriores al **10 de Abril de 2011**, por lo argumentado previamente.

TERCERO: DECLÁRASE LA NULIDAD PARCIAL de acto administrativo contenido en la **Resolución No. 0140 del 19 de Mayo de 1999**, proferida por el Ministerio de educación nacional en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

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 **RAFAEL BARRIOS ORTEGA**, con base a lo establecido en la Ley 33 de 1985, es decir con el 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, incluyendo **LA ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA VACACIONAL, HORAS EXTRAS, SOBRE SUELDOS Y 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 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.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS

JUEZ