

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, Treinta (31) de julio de dos mil quince (2015)

<u>MEDIO DE CONTROL:</u>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
<u>DEMANDANTE:</u>	CECILIA INES GAMBA GARCÍA
<u>DEMANDADO:</u>	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRETACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
<u>EXPEDIENTE:</u>	150013333013201300246-00.
<u>TEMA:</u>	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN

Procede el Despacho a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del asunto de la referencia, toda vez que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

I. DEMANDA Y CONTESTACION

1. PRETENSIONES.

Estuvo encaminada a que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0659 de 17 de junio de 2004, expedida por la Secretaría de Educación en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada expedir el acto administrativo por medio del cual se incluyan todos los factores salariales devengados por la demandante, durante el año inmediatamente anterior al status de jubilada, es decir desde el 4 de septiembre de 2002 al 3 de septiembre de 2003.

Se condene a la entidad accionada a pagar a la actora la diferencia de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales desde el momento en que cumplió los requisitos para la pensión de jubilación, que dichas sumas sean indexadas y pagadas en los términos de la ley 1437 de 2011.

Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. HECHOS.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narra los siguientes:

- La accionante ingreso al servicio público de la educación el 14 de septiembre de 1977.
- La parte actora adquirió el status jurídico para la pensión vitalicia de jubilación, el 03 de septiembre de 2003.

- La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la Resolución No. 0659 de 17 de junio de 2004, reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la accionante, a partir del 4 de septiembre de 2003.
- Como ingreso base de liquidación, en la mencionada resolución la accionada tuvo en cuenta la ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN Y PRIMA DE VACACIONES, devengadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha en la cual adquirió el status, dejando por fuera lo devengado por otros factores salariales: PRIMA DE NAVIDAD Y PRIMA DE EXCLUSIVIDAD.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.

A. Como disposiciones violadas cita la parte actora de orden Constitucional el preámbulo, los artículos 2º, 4º, y 25; y de orden legal el CPACA, en sus artículos 2º, 3º, 137, y 138; ley 812 de 2003; artículo 4º de la ley 4 de 1966; Decreto 3135 de 1968; y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

B. Respecto al concepto de violación grosso modo afirma lo siguiente:

Señala que el acto administrativo impugnado adolece de nulidad, toda vez que al negar el derecho a la reliquidación de la pensión de la accionante trasgrede los derechos al trabajo y a la justicia, que la coloca en una situación de desigualdad respecto a docentes que estando en las mismas condiciones sí se les han tenido en cuenta todos los factores salariales al momento de liquidarles la pensión, desconociendo además el principio de favorabilidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Aduce que, resulta violatoria la decisión adoptada por la administración mediante el acto administrativo impugnado, porque a pesar de haberse probado los haberes laborales devengados por la demandante durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional, mediante la certificación de los factores, no accedió a lo pedido, desconociendo los derechos previstos en la ley e incurriendo en su decisión en la causal de nulidad por violación de normas superiores, además inobservó la sentencia de unificación que emitió el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, siendo MP. Dr. Víctor Hernando Alvarado, en la cual se determinó que los factores contenidos en la ley 33 de 1985 no son taxativos, por lo que permite la inclusión de otros factores que haya devengado el trabajador.

4. CONTESTACION DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS.

La entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES EL MAGISTERIO, presentó contestación de la demandada manifestando al respecto:

Comienza por oponerse a las pretensiones de la demanda y luego de referirse a los hechos, indica que a la accionante como docente le es aplicable la ley 91 de 1989, la cual establece que los docentes se regirán por el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, es decir el contenido en la ley 33 de 1985, modificada en su artículo 3 por el artículo 01 de la ley 62 de 1985.

Según las enunciadas normas, la pensión que corresponde a la demandante, debe calcularse teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales consagrados en la ley

62 de 1985 y devengados el último año de servicios, por lo que no le asiste derecho a la actora a reclamar el reconocimiento de factores salariales que no estén contenidos en dicha ley. Para apoyar su argumentación, la apoderada de la demandada cita apartes de sentencias proferidas por el H. Consejo de Estado.

Así mismo, refiere que la accionada solo puede liquidar la pensión sobre los factores que hayan servido como base para calcular los aportes, siempre y cuando estos sean aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues así lo establece el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 (folio 45 y ss).

Como excepciones propuso las que denomino:

- a) Prescripción: sobre cualquier derecho reclamado frente al cual haya operado este fenómeno, de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968

Efectuado el correspondiente traslado de las excepciones, la parte actora guardo silencio (folios 54 y ss).

II. TRAMITE DE LA INSTANCIA

1. TRAMITE.

La demanda fue presentada el 18 de octubre de 2013 (folio 8 Vto), admitida el 20 de noviembre del mismo año (folio 32); auto notificado en debida forma a la parte demandante el 21 de noviembre de 2013 (folio 34), a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, el 9 de junio de 2014 (folios 38 a 41), el termino común de 25 días de que trata el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P, corrió desde el 13 de junio de 2014, y se extendió hasta el 25 de julio de 2014 (toda vez que el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá ordenó el cierre extraordinario de términos del periodo comprendido del 8 al 11 de julio de 2014 (folios 42 y 43) y el traslado de la demanda (artículo 172 ley 1437) inició el 28 de julio y finalizó el 09 de septiembre de 2014 (folio 44); términos estos que fueron hechos saber a las partes mediante publicación en la página web de la rama judicial. Mediante auto de 20 de enero de 2015 se señaló fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial (artículo 180 ibídem) (folio 64), la que se celebró el 3 de marzo del año en curso (fl. 70). En igual forma, el día 26 de marzo de 2015, se dispuso la celebración de la audiencia de pruebas (Folio 131), diligencia que fue suspendida con el fin de recaudar la totalidad del material probatorio y se reanudó el día 18 de junio de 2015 (fl. 153).

2. ALEGATOS DE LAS PARTES Y TRASLADO AL MINISTERIO PÚBLICO.

En audiencia de pruebas celebrada el día 18 de junio de 2015 (Folio 153), por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme al inciso final del artículo 181 del CPACA: ésta instancia dispuso la presentación por escrito de los alegatos por parte de los sujetos procesales, dentro de los **diez (10) días** siguientes a la audiencia; advirtiéndose igualmente que se dictaría sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento del concedido para presentar alegatos.

A. PARTE ACTORA. Sostiene que quedo probado dentro del expediente que la demandante adquirió el status de pensionada el 3 de septiembre de 2003; por lo tanto para establecer el I.B.L, del monto de la pensión se debe tener en cuenta todo lo devengado en el año inmediatamente anterior, esto es del 4 de septiembre de 2002 al 3 de septiembre de 2003. Agrega que se acreditó que factores salariales como la prima de navidad y la prima de exclusividad, fueron devengados por la actora en el año anterior al status, los cuales no fueron incluidos por la entidad demandada en la liquidación de la pensión, omitiendo lo dispuesto por el Decreto 1045 de 1978, artículo 45 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado – Sección Segunda emitida dentro del radicado No. 250002325000200607500901 (01122009) de agosto 4 de 2010, siendo CP. Dr. Victor Hernando Alvarado (folios 165 a 166).

B. PARTE DEMANDADA. La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, recalca lo manifestado en la contestación de la demanda, en el sentido de señalar que la pensión que le corresponde a la demandante debe calcularse teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicios.

Precisa que, a la actora solo se le puede liquidar la pensión sobre los factores salariales que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando éstos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se cause con posteridad a la expedición de la ley en comento, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo de Prestaciones, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente (fls. 156 a 159).

C. MINISTERIO PÚBLICO. Luego de reseñar los antecedentes de la acción, hace referencia al caso concreto para concluir que se deben acceder a las súplicas de la demanda, en razón a que la demandante tiene derecho a que su pensión se reliquide incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del status pensional, como asignación básica, prima de alimentación, prima de exclusividad y prima de navidad, los cuales se encuentran debidamente acreditados en el expediente y en sus anexos. Lo anterior por cuanto a la actora le es aplicable la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año, además el Consejo de Estado en sentencia de unificación calendada el 4 de agosto de 2010, señaló que, para efectos de establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios prestados, independientemente de la denominación que se les dé y que hayan sido devengados durante el último año de servicios, excluyendo aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado en razón de su labor. Aclara que la entidad accionada debe realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordene y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, tal como lo indicó el Consejo de Estado en sentencia de 26 de febrero de 2004, Magistrada Ponente Ana Margarita Olaya Forero. Finalmente aduce que debe declararse la prescripción de las mesadas pensionales a partir del 13 de julio de 2013 (folios 163 a 165).

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMAS JURIDICOS.

Es de mencionar que al momento de fijar el litigio ésta Instancia determinó como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

1. Qué factores salariales y en qué lapso, deben tenerse en cuenta para efecto de liquidar la pensión reconocida a la actora, quien se desentpeñó como docente, desde el día 14 de septiembre de 1977?
2. ¿El régimen anterior a la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo No 1 de 2005. implica que para efecto de la liquidación pensional se tenga en cuenta la edad, el tiempo de servicio, monto y factores de liquidación, o conlleva solamente a que se tenga en cuenta uno de ellos y no su totalidad?

2. POSICION DE LAS PARTES RESPECTO AL CASO SUB EXÁMINE.

La PARTE ACTORA, afirma que debe accederse a las pretensiones de la demanda, ya que, el que la entidad demandada no tenga en cuenta todos los factores salariales devengados por la docente en el año anterior a la adquisición del status, para efectuar la liquidación de su pensión de jubilación, la coloca en situación de desigualdad, además la accionada olvida la primacía de la relación de trabajo sobre las formalidades y la irrenunciabilidad de los derechos pensionales.

La PARTE DEMANDADA, manifiesta que la Ley 33 de 1985, como la jurisprudencia son claras en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando éstos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985 por así consagrarlo el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003.

El MINISTERIO PÚBLICO, sostiene que a la demandante en materia de pensión de jubilación le es aplicable la ley 33 de 1985 modificada por la ley 62 de la misma anualidad; que el Consejo de Estado en sentencia de unificación determino que en las liquidaciones de pensiones a los servidores públicos se les deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios; de manera que como se acredita en el expediente que la actora en el año anterior a la consolidación del status pensional devengo asignación básica, prima de alimentación, prima de exclusividad y prima de navidad la prestación debe ser reliquidada para que se reconozcan adicionalmente los factores no incluidos en su liquidación.

3. HECHOS PROBADOS.

- A. Determinados por existir elementos de convicción al momento de la Audiencia Inicial.
 - La señora CECILIA INES GAMBA GARCIA, nació el 3 de septiembre de 1948. Lo anterior según copia simple de su registro civil de nacimiento. (Folio 21), de igual manera se indica en el acto demandado. (Folio 10)
 - Mediante resolución No. 0659 de 17 de junio de 2004, se le reconoció y ordeno el pago a la demandante de pensión vitalicia de jubilación, teniendo como base de liquidación los siguientes factores salariales: ASIGNACIÓN

BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN Y PRIMA DE VACACIONES. Lo anterior según copia autentica de dicha resolución vista a folios 10 a 11.

- La accionante adquirió el status para acceder a la pensión de jubilación el 03 de septiembre de 2003, según se manifiesta en la resolución No. 0659 de 17 de junio de 2004, mediante la cual se le reconoció pensión de jubilación (Folio 10).
- B. Incorporados como medios de convicción durante la Audiencia de Pruebas llevada a cabo el 26 de marzo de 2015 (Folio 131 y ss).
 - Oficio suscrito por la Profesional Especializada – Historial Laborales de la Gobernación de Boyacá, mediante el cual allega el expediente administrativo de la demandante de reconocimiento de la pensión de jubilación.
 - Oficio remitido por el Profesional Especializado de Talento Humano de la Alcaldía de Tunja, en cumplimiento al oficio No 147 de 5 de marzo de 2015, emanado de este Despacho.
- C. Incorporados como medios de convicción durante la continuación de la Audiencia de Pruebas llevada a cabo el 18 de junio de 2015 (Folio 153 y ss).
 - Oficio 1.2.5.1.3-38 2015 PQR15172 de fecha 14 de abril de 2014, suscrito por el Profesional Especializado de Historias Laborales de la Gobernación de Boyacá –Secretaría de Educación, el cual allega en el mismo sentido certificación de salarios y devengados que corresponden a la señora CECILIA INÉS GAMBA DE CORREDOR para el periodo comprendido de enero a diciembre de 2002 a diciembre de 2002, lo anterior de acuerdo a lo observado en los folios 143 a 145.

4. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS.

Es de mencionar que la demandada, NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -; propuso como excepción de fondo la siguiente (Fls 45 a 49):

- a) Prescripción: sobre cualquier derecho reclamado frente al cual haya operado este fenómeno de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Advierte el Despacho que éste medio exceptivo, pende de la prosperidad del fondo del asunto, razón por la cual será desatado de consuno con las pretensiones de la demanda, una vez verificado y analizado el material probatorio y conforme a los supuestos jurídicos aplicables.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA.

Se debate en el Sub exámine si, la demandante CECILIA INES GAMBA CORREDOR, le asiste el derecho a que su pensión sea reliquidada con inclusión de todos los factores salariales que devengo en el año inmediatamente anterior a adquirir el status de pensionada.

5.1. EL RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES.

Primeramente es de mencionar que conforme a lo advertido en el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, es Personal nacional los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional: Personal nacionalizado, son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975 y, Personal territorial, son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, es decir sin la autorización del Ministerio de Educación Nacional.

Tal como ha sido manifestado por el Consejo de Estado, los Docentes no gozan de un régimen especial o distinto de pensiones, siéndoles aplicables las normas generales en materia pensional.

En efecto, la referida posición de la Corporación Judicial es posible observarla en Sentencia de fecha 2 de septiembre de 2010, Rad. No. 1999-09, Consejero Ponente VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, cuando advirtió:

“El Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial. Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985. La actora en su calidad de docente nacionalizada ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 2 de mayo de 1977, por ende, se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, esto es, la Ley 33 de 1985. En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es el régimen legal general.”

Igualmente dijo el máximo Tribunal de ésta Jurisdicción:

“El inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones. Por disposición del artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional,

Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros. En materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad. Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagró la posibilidad para los empleados oficiales de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, pero con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, al 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la ley.” (Negrillas y Subrayas fuera del texto)

De la Jurisprudencia señalada se colige que, los docentes que prestan sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3º del Decreto 2277 de 1979), pero no regula lo relativo a régimen pensional, tanto que esas normas no previeron requisitos especiales para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales.

5.2.- LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LA ACTORA.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica... a 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incisos 2 y 3 disponen:

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.

Por su parte, el párrafo transitorio No 1 del artículo 48 de la Carta Política, con la modificación efectuada por el Acto Legislativo No 1 de 2005 dispone:

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 ésta. 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.

El Consejo de Estado en Sentencia de fecha 18 de febrero de 2010, Radicación Número Interno 1276-2009. Siendo Consejera Ponente la Doctora BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ manifestó:

De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.

Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional.

Tampoco es cierto que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 tengan un régimen especial de pensiones pues la Ley 91 de 1989 solo se refirió al régimen prestacional que venían disfrutando en cada ente territorial pero en ningún momento estableció requisitos pensionales diferentes a los consagrados en las normas de carácter general vigentes que, en este caso, es la Ley 33 de 1985 dado que el actor no se encontraba dentro del régimen de transición previsto por dicha normatividad para acceder al derecho conforme a lo dispuesto en la norma anterior, ello es la Ley 6ª de 1945.

Como conclusión de lo antes dicho se extrae que, todo docente que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo No 1 de 2005, tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida y liquidada en los términos del régimen anterior, es decir el contemplado en la ley 33 de 1985 y además que en virtud del principio de inescindibilidad dicho régimen debe ser aplicado en su totalidad, esto es no sólo para efectos de tiempo de servicio y edad, sino para determinar el valor de su pensión.

5.3. RÉGIMEN APLICABLE PARA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN, CONFORME A LA LEY 33 Y 62 DE 1985.

En primer término, el Despacho debe pronunciarse respecto a si es aplicable el decreto 3752 de 2003, para efectuar la liquidación de la pensión de la accionante, como se afirma en la contestación de la demanda, y por consiguiente es necesario manifestar que:

El artículo 81 de la ley 812 de 2003, reguló lo referente al régimen prestacional de los docentes según se hubieren vinculado al servicio público educativo, antes o después de entrar en vigencia dicha ley, estableciendo que a quienes se encontraran ya vinculados se les continuarían aplicando las disposiciones hasta entonces vigentes y a quienes se vinculen con posterioridad 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.

El referido artículo 81 fue reglamentado, entre otros, por el artículo 3o. del decreto 3752 de 2003, el cual estableció que para efectos del reconocimiento de las pensiones que se causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, el ingreso base de liquidación debe ser equivalente al ingreso base de cotización.

Conforme a lo anterior es claro que modificó de esta manera los factores de liquidación consagrados para tal fin en las normas que regían, en materia prestacional, a los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003, esto es, la ley 91 de 1989 y demás disposiciones concomitantes.

Resulta importante señalar que la ley 1151 de 2007, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, en el artículo 160¹ conservó la vigencia del artículo 81 de la ley 812 de 2003, pero por el contrario **derogó expresamente el artículo 3o. del decreto 3752 de 2003.**

De lo dicho se concluye que el artículo 3o. del decreto 3752 de 2003 rigió durante el lapso comprendido entre el 23 de diciembre de 2003 y el 24 de julio de 2007, esto es, 3 años y medio aproximadamente.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en providencia de fecha 10 de agosto de 2011, No. de radicación 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048) ante la consulta elevada por la Ministra de Educación Nacional referente al “¿... . el alto número de solicitudes de ajustes de pensiones solicitados ante Fiduciaria la Previsora Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, relacionadas con la no inclusión de la totalidad de factores salariales en la liquidación de pensiones, por la aplicación del artículo 3o. del decreto 3752 de 2003 y toda vez que existe un alto número de demandas en contra del Fondo, es posible dar viabilidad al ajuste de las pensiones causadas entre el 23 de diciembre de 2003 y el 24 de julio de 2007, en el sentido de incluir todos los factores de liquidación consagrados en el manual unificado de liquidación de prestaciones (docentes nacionales y nacionalizados) y en los convenios de afiliación (docentes afiliados al fondo en virtud del decreto 1913 (sic) de 1995)?” señaló que:

“En este orden de ideas, teniendo en cuenta la modulación señalada en sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado² sobre los alcances del artículo 3o. del decreto 3752, su posterior derogatoria por la ley 1151 de 2007, lo dispuesto por la ley 812 de 2003 en su artículo 81, y en consideración al texto de la consulta formulada, se identifican 2 grupos de personas:

- **GRUPO 1:** Integrado por los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir el 27 de junio de 2003; para este grupo el régimen prestacional aplicable es el establecido en las normas que como docentes los regían para esa fecha, es decir, la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.

¹ LEY 1151 DE 2007, “ARTICULO 160. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial... el artículo 3o del Decreto 3752 de 2003... Continúan vigentes los artículos... 81 ... de la Ley 812 de 2003”.

² Providencia de 06 de abril de 2011.

Por tanto, si su pensión se causó durante la vigencia del artículo 3o. del decreto 3752 de 2003 y se liquidó y pagó con la fórmula establecida en dicha norma, tienen derecho al reajuste de la misma, con el fin de incluir los factores de liquidación contemplados en las normas que se encontraban rigiendo al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003... (Negrillas del despacho).

Finalmente, cuando la Sala resuelve el interrogante planteado por la Ministra considera que:

*“El ajuste de las pensiones causadas y liquidadas durante la vigencia del decreto 3752 de 2003, con la fórmula en él establecida, **sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003**, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley”*

De lo anterior se puede concluir que el Decreto 3752 de 2003 no incide en el derecho al reajuste de la pensión de jubilación de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003.

A efecto, de determinar el régimen aplicable para liquidación de la pensión, conforme a la ley 33 y 62 de 1985, es necesario observar lo siguiente:

La Ley 33 de enero 29 de 1985³ en su artículo 1 establece:

*“**Artículo 1:** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

El artículo 3 de la ley 33 de 1985 reza:

*“**ARTÍCULO 3.-** 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 inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y***

³ Publicado el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial 36856

trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio. (Negrillas del Despacho)

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

Ahora bien, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, el que dispuso lo siguiente:

“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”

*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, cuanda 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”.** (Negrillas del despacho)*

Respecto al punto de los factores a tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación, en aras de garantizar el principio de favorabilidad en materia laboral (in dubio pro operario) el Consejo de Estado recientemente varió su posición respecto a la interpretación que ha de darse en éste aspecto a las Leyes 33 y 62 de 1985.

Lo anterior por cuanto anteriormente había expresado el Consejo de Estado, que los factores a tener en cuenta para la pensión de jubilación bajo la vigencia de las leyes 33 y 62 de 1985, eran los que allí taxativamente se enunciaban (*Sentencia del 04 de diciembre de 2008 del Consejo de Estado, Sección 2, Subsección B, exp. 1478-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Actor: Luis Antonio Sora Parra, Contra: Caja Nacional de Previsión Social.*); en efecto allí se dijo:

“Conforme a lo explicado, resulta acertada la exclusión de la prima de vacaciones, como lo hizo la Administración en los actos acusados, y la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 que fijaron los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión del actor, esto es, 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.

Resulta importante aclarar que los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 citados son taxativos y no es posible aplicar otros factores como la prima de vacaciones pese a que sobre ella se hayan hecho descuentos por aportes, como lo afirma la demanda. Lo anterior, porque si bien la Sala no desconoce que dichas normas consagraron que “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”; tal expresión debe leerse bajo el entendido de que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores

taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión⁴.

Para la Sala es claro que si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la Ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido, ningún factor diferente puede válidamente incluirse en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente la norma señaló". (Resaltado del Despacho).

En éste sentido se reseña que el Consejo de Estado, a través de **Sentencia de unificación** de la Sección Segunda, fechada el día 4 de agosto de 2010, Radicación No **25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)**, Magistrado Ponente Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA manifestó que:

La interpretación taxativa de los factores a tener en cuenta, vulnera el principio de progresividad, vulnera el principio de igualdad, vulnera el Principio de la realidad sobre las formalidades, no vulnera el Principio de Protección del Erario Público y en consecuencia, en la Liquidación de la pensión de jubilación deben tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

Allí se advirtió que, *"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.* (Subrayas Fuera de Texto)

Aunado a lo dicho, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Concepto de 16 de febrero de 2012, Exp.: 11001-03-06-000-2011-00049-00 MP. WILLIAM ZAMBRANO CETINA. Autorizada la publicación con oficio 2012EE42734 O 1 de 26 de marzo de 2012), se ha pronunciado respecto al asunto materia de las diligencias en la siguiente forma:

A partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen

⁴ Cita de cita: Sentencia de 6 de agosto de 2008, exp. 0640-08 M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

de transición de la ley 100 de 1993 artículo 36 se les aplica la ley 33 de 1985. En la sentencia analizada se resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición; se apoya para ello en los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Así, considera que la lista de factores salariales del artículo 3 de ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica dicha ley, deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización. La sentencia concluyó entonces que para liquidar las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones a que alude la presente consulta. A partir de la unificación de jurisprudencia hecha en la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado ha venido reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Adicionalmente, en sentencia del tutela los derechos al debido proceso y la igualdad vulnerados por un tribunal en sentencia de segunda instancia, al desconocer el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda en su Sentencia del 4 de agosto de 2010 y negar la reliquidación pensional de un trabajador en régimen de transición, a quien no se le tuvieron en cuenta las primas de navidad, de vacaciones y semestral. En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones. Cabe señalar finalmente, que en la jurisprudencia revisada anteriormente, la aplicación del régimen de transición no depende del tipo o naturaleza jurídica de la entidad de previsión encargada de reconocer el derecho pensional (CAJANAL, ISS u otra cualquiera), sino del hecho de que el interesado reúna las condiciones objetivas establecidas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 para acceder al mismo. En ese sentido, con independencia de que en el caso concreto de esta sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 la entidad demandada hubiera sido Cajanal, la regla allí establecida para la jurisdicción contencioso administrativa, debe orientar el reconocimiento de las pensiones de las personas sujetas a la ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993.

De acuerdo a lo anterior, es claro que la Pensión de jubilación de quienes les aplique el régimen contenido en la ley 33 de 1985, debe liquidarse con el 75 % del salario promedio devengado durante el último año de prestación de servicio; teniéndose en cuenta en los términos del Consejo de Estado, 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.

Ahora bien, es de mencionar que el despacho no desconoce el pronunciamiento efectuado por la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU - 230 de

fecha 29 de abril de 2015, emitida dentro del expediente T. 3.358.256, siendo MP. Dr. Jorge Ignacio Prelet Chaljub, donde concluyo que no existió la transgresión de los derechos fundamentales invocados por el actor, por habersele reconocido la pensión de jubilación con base en el 75% del promedio salarial que sirvió de base para realizar los aportes en los últimos 10 años de relación laboral, como lo precisa el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con el 75% del promedio de los salarios percibidos en último año de servicios, como lo ordena el artículo 1° de la ley 33 de 1985.

No obstante lo anterior, el Juzgado advierte que sobre la referida providencia el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, se pronunció dentro del expediente con radicado No. 152383333752201400159-01, precisando que se continuará aplicando en su integridad la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida el 4 de agosto de 2010, por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, la que tiene efectos vinculantes y obligatorios para los Jueces y Magistrados Administrativos, postura que desde luego comparte esta instancia no solo por provenir del superior funcional, sino porque se considera obedece a criterios de justicia y equidad. La citada providencia textualmente señala:

“Son varios aspectos de la providencia en mención los que llaman la atención de la Sala, principalmente, se hace referencia a la Sentencia de Constitucionalidad C- 258 del 17 de mayo de 2013, señalando que allí se *fijó una interpretación en abstracto en relación con el Ingreso Base de Liquidación* de las pensiones, así mismo, aclara que se deben tener en cuenta las reglas contenidas en el régimen general, pues, dicho IBL no es susceptible de ninguna transición y, su regulación es independiente del régimen especial al que pertenezca el demandante.

En este sentido, para la Sala resultan contradictorios los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en las providencias mencionadas, toda vez que, en principio, se reiteró de manera enfática que las decisiones y consideraciones plasmadas en la C- 258 de 2013 se aplicarían únicamente al régimen pensional establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, por tanto, estos no se harían extensivos a otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados por otras normas. Si bien, analizó el régimen pensional especial de los congresistas, la reciente Sentencia de Unificación de la misma Corporación desconoció su propio precedente, al deducir que dicha providencia era susceptible de una interpretación en abstracto y que tenía carácter erga omnes.

En efecto, las anteriores consideraciones motivan a esta Sala a apartarse de la Sentencia de Unificación SU-230 del 29 de abril de 2015, pues, a todas luces, es evidente que no existe coherencia en las providencias mencionadas, motivo por el cual es inapropiado construir una posición sólida y coherente respecto al derecho reclamado por el actor y con fundamento en las providencias de la H. Corte Constitucional.

Igualmente, a efectos de justificar la inaplicación de la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, la Sala expondrá los argumentos que permiten continuar con el precedente de Unificación emitido el 04 de agosto de 2010 por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En principio, dirá la Sala que en aplicación del artículo 10 del CPACA, el cual señala que:

(...)

Al respecto, el H. Consejo de Estado reiteró la importancia de las Sentencias de Unificación como precedente jurisprudencial, señaló además, que se deben tener en cuenta los pronunciamientos de unificación emitidos por dicha Corporación, pues, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa, a cargo del cual se encuentran las sentencias de unificación y sus efectos en el interior de la propia jurisdicción. Así mismo, dichos precedentes jurisprudenciales generan un imperativo para las autoridades judiciales y administrativas, que están obligadas a tenerlas en cuenta para decidir casos similares, *para extender sus efectos a los ciudadanos que lo soliciten y se encuentren en los mismos supuestos tácticos y jurídicos:*

(...)

La Sala concluye que, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos, es clara la postura de éste Tribunal en relación con la normativa aplicable al Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación de la demandante. Por tanto, se continuará aplicando en su integridad la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010 emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pues, representa un importante precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción, por tanto, dicho pronunciamiento tiene el carácter vinculante para los Jueces y Tribunales Administrativos.

Finalmente, es deber de esta Sala señalar que al tener en cuenta la sentencia emitida por la H. Corte Constitucional SU-230 del 29 de abril de 2015. no encontraría salvaguardia el derecho a la igualdad de aquellos pensionados que adquirieron su derecho en las mismas condiciones que quienes fueron cobijados integralmente por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en aplicación de la providencia del 04 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado, por tanto, es válido concluir que en virtud del principio fundamental de favorabilidad se continuará aplicando el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

5.4. SOLUCIÓN AL CASO DE MARRAS.

- Como ha sido advertido, se debate en el caso *sub exámine*, si la actora tiene derecho a que se le reajuste la pensión reconocida por la demandada, tomándose como base el promedio del salario devengado durante el año anterior al status de jubilada, incluyendo todos los factores salariales devengados de conformidad a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.
- Es necesario puntualizar que está probado el derecho que le asistía a la demandante para obtener la pensión de jubilación conforme al régimen anterior a la Ley 812 de 2003.
- Lo anterior, por cuanto al momento de entrar en vigencia esta normativa, la actora se encontraba vinculada al servicio público de la educación, toda vez que inició a laborar en el año de 1977.

- Establecido lo anterior, es posible encontrar que a la demandante CECILIA INES GAMBA GARCIA, en virtud de la normatividad que la cobija, **le es aplicable el régimen contenido en la ley 33 de 1985⁵, por tanto tiene derecho a que la pensión de jubilación, sea reconocida y liquidada en los términos de dicha ley, no sólo para efectos de tiempo de servicio y edad, sino para determinar el valor de su pensión.**
- Así pues, en el presente caso encontramos que a la demandante CECILIA INES GAMBA GARCIA, mediante Resolución No 0659 de fecha 17 de junio de 2004, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de pensión mensual vitalicia de jubilación, teniendo como factor de liquidación la asignación básica, la prima de alimentación y prima de vacaciones (folios 10 a 11).
- No obstante lo anterior de las pruebas obrantes en el plenario, encuentra el Despacho que la demandante, durante el año anterior a la consolidación del status – 3 de septiembre de 2002 a 3 de septiembre de 2003 (fl. 10), devengó: la asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de exclusividad. (Folios 12, 13, 144, y 145).

Conforme a lo anterior, debe declararse la Nulidad parcial del Acto demandado, ordenándose al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, efectuar una nueva liquidación de la pensión reconocida y en la cual se tenga en cuenta el **75% de los factores devengados durante el último año a la adquisición del status** de la demandante, quien adquirió éste el día 03 de septiembre de 2003, de manera que el año anterior a la consolidación del status pensional corresponde **del 3 de septiembre de 2002 al 3 de septiembre de 2003**, toda vez que el inciso 2o. del artículo 67 del Código Civil Colombiano, establece que el primer y último día de plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses, postura que ha sido adoptada por el Consejo de Estado en providencia de fecha 27 de julio de 1992, siendo CP. Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ, emitida dentro del radicado No. 4684.

La nueva liquidación de la pensión debe observar las siguientes salvedades:

1. En el caso de aquellos factores que remuneran el servicio por año cumplido **se tendrán en cuenta en sus doceavas partes**. En efecto, ha advertido el Consejo de Estado⁶ con respecto a las **doceavas partes** lo siguiente:

⁵ Resulta necesario precisar que la demandante, no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 1° de la ley 33 de 1985, toda vez que el citado artículo 1°, en el parágrafo 2°, estableció que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la Ley, podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones contenido en la Ley 6ª de 1945. El tenor literal de parágrafo es el siguiente: *“Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley...”*. Pero la actora para la fecha en que se expidió dicha norma, esto es el 1° de febrero de 1985, no contaba con 15 años de servicio, porque se vinculó en el año de 1977 (fl. 22)

⁶ Sentencia del 23 de febrero de 2012, Radicación No 52001-23-31-000-2009-00288-01(1072-11). Igualmente en Sentencia del 29 de junio de 2011 Radicación No 25000-23-25-000-2007-01039-01 (1751-09) dijo: *Así las cosas, procede la reliquidación pensional reclamada con inclusión de los factores salariales anteriormente enunciados; no obstante, resulta necesario recordar que algunos de*

... El régimen especial permite la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año pero ello no quiere decir que su inclusión sea por el valor total porque el monto de la pensión se calcula en “mesadas” Una vez se determinan los factores salariales devengados en el último año se calcula el valor mensual de cada uno para así calcular el valor de la “mesada pensional”. En esas condiciones, la estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto en consideración a que su pago se hace de manera anual y la mesada pensional se calcula con la proporción mensual de “todos los factores salariales devengados en el último año”.

2. La demandada habrá de tener en cuenta lo advertido por el Consejo de Estado, en cuanto al **descuento de los factores sobre los cuales no se hayan efectuado aportes y que se ordena sean tenidos en cuenta para la liquidación**, toda vez que en Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2010 (Radicación No 73001-23-31-000-2007-00146-01(0465-09)) dijo:

Finalmente, esta Sala como consecuencia del reconocimiento precedente, ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se accede y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, pues tal omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Y en Sentencia del 22 de noviembre de 2012 (Radicación No 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11)) manifestó:

En lo que respecta a los factores que no se tuvieron en cuenta para realizar aportes al Sistema General de Pensiones, pero que sí se ordenaron incluir en la liquidación de la pensión en la sentencia de primera instancia, la Sala considera que **de la suma que se ordene reconocer a el demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al Sistema.** La anterior decisión tiene como fundamento el **principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, toda vez que el pensionado no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema,** pues con base en ellos se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

3. La demandada habrá de efectuar los correspondientes **descuentos adicionales con respecto a las cotizaciones por salud**, conforme fue dicho

éstos conceptos se reconocen y pagan anualmente, luego para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas de cada uno de ellos.

por el Consejo de Estado⁷ en Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2012 cuando acotó:

La Sala considera que le asiste razón al recurrente en cuanto a los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que de haberse reconocido la pensión desde un principio, con base en la totalidad de factores ordenados en la sentencia de primera instancia, se habrían efectuado mensualmente los descuentos por concepto de aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la integridad de la pensión y no sobre el valor liquidado, sin inclusión de la totalidad de factores devengados por el causante; lo anterior tiene total sustento en el principio de solidaridad del Sistema General de Salud; por lo tanto, se adicionará la sentencia recurrida, en el sentido de disponer que sobre las diferencias que se ordene reconocer y pagar a favor de la demandante, se hagan los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

- A lo anterior, considera el Despacho debe advertirse que los descuentos en salud son aquellos que comprenden las diferencias que en éste caso se reconocen y efectivamente habrán de pagarse y que también penden de la declaración de prescripción trienal extintiva; toda vez que no sería factor de equidad y de igualdad, el que se paguen las diferencias con tres años de antelación a la presentación de la demanda (En éste caso), pero que de otra parte el descuento de las cotizaciones de salud sobre las diferencias causadas, lo sean a partir de la adquisición del status.

Esta es la interpretación que considera ésta instancia debe darse a éste punto toda vez que en los términos del Consejo de Estado, los descuentos se efectúan, **sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión**, que no son otros que los que efectivamente se liquidan y pagan al pensionado.

LA PRESCRIPCIÓN.

- De otra parte y conforme a lo dispuesto en el Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968⁸ y el Artículo 102 del Decreto 1848 de 1969⁹; es del caso declarar la

⁷ Radicación No 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11)

⁸ **Artículo 41°.**- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. (Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-916 del 16 de noviembre de 2010).

⁹ **Artículo 102°.**- Prescripción de acciones.

Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

prescripción de las **diferencias** de las MESADAS PENSIONALES que aquí se ordenan y no reclamadas antes del 18 de octubre de 2010, por cuanto a la actora le fue reconocida la pensión de jubilación el 17 de junio de 2004 y la presente demanda fue interpuesta solo hasta el 18 de octubre de 2013, (folio 8 Vto).

CONCLUSIÓN.

Corolario de lo advertido por el Despacho y **además de lo ya dicho**, la actora CECILIA INES GAMBA GARCÍA:

1. Es beneficiaria del Régimen Pensional dispuesto en las normas anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo No 1 de 2005;
2. Por lo anterior, al serle aplicable la Ley 33 de 1985, la Pensión debe liquidarse con el 75% del salario promedio devengado durante el último año a la adquisición del status jurídico, esto es del 03 de septiembre de 2002 hasta el 03 de septiembre de 2003 y certificados a folios 12, 13, 144 y 145;
3. Atendiendo la posición del Consejo de Estado, en la liquidación deben tenerse 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;
4. En la liquidación habrán de tenerse en cuenta los factores y porcentajes a los que se hizo alusión y, que se encuentran probados en el plenario, en especial **la prima de navidad y la Prima de exclusividad**.¹⁰
5. Deben efectuarse las exclusiones y los descuentos advertidos en éste proveído;
6. Habrá de declararse probada la excepción de prescripción.

LA ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA.

El reconocimiento de las diferencias reconocidas deberá ajustarse en su valor dando aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del CPACA; en consecuencia:

El valor presente debe determinarse, multiplicando el reajuste dejado de pagar a la demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula pertinente se

¹⁰ factor que también ha sido reconocido por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, entre otras en la sentencia de fecha 12 de octubre de 2011, proferida dentro del expediente con radicado 08001233100020060192601, siendo CP Dr : LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, donde especificó: "Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de su mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, que en este caso comprende además del sueldo y la prima de vacaciones, las horas cátedra, **las primas de navidad de las horas cátedra, de navidad y de exclusividad**, según aparece en las certificaciones de folios 14 a 16." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

COSTAS.

El artículo 188 del CPACA 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 de Procedimiento Civil.

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso:

- a) Se dispone la condena en costas a la parte vencida en el proceso, esto es a la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio. Líquidense por Secretaría.
- b) Como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación se señala la suma de \$ 200.000, conforme lo señala el Acuerdo No 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.
- c) En la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (Numeral 8° del artículo 365 del CGP)

CONCLUSIÓN GENERAL.

En conclusión, se considera que las pretensiones están llamadas a prosperar, por lo tanto se ordenará a la demandada Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio relíquidar la pensión de jubilación de la demandante en los términos señalados, incluyendo como nuevos factores la prima de navidad y la prima de exclusividad, y ajustar las diferencias en su valor con aplicación de la fórmula, aceptada por el Consejo de Estado, así como lo previsto en el inciso 4° del artículo 187 del CPACA.

En mérito de lo expuesto el JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO. Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0659 de 17 de junio de 2004, mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de pensión mensual vitalicia de jubilación a la demandante, en cuanto a la liquidación efectuada.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

liquidará la pensión de jubilación reconocida a CECILIA INÉS GAMBA GARCÍA, identificada con C.C. No. 23.275.477, y aplicará los reajustes de ley, **desde el 4 de septiembre de 2003**, atendiendo para ello el promedio del 75% de lo devengado en el periodo comprendido entre el **3 de septiembre de 2002 y el 3 de septiembre de 2003**, por concepto de: asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de exclusividad. Pagará las diferencias con efectos fiscales desde el momento de causación de la pensión.

CUARTO. CONDÉNESE a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagarle a la demandante, la diferencia entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer por concepto de mesadas pensionales, según la declaración anterior.

QUINTO. Declarase prescritas las diferencias de las mesadas pensionales causadas antes del 18 de octubre de 2010.

SEXTO. La Entidad demandada dispondrá el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se accede y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, pues tal omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

SÉPTIMO. La Entidad demandada dispondrá igualmente los descuentos de ley, destinados a las cotizaciones de salud, con posterioridad al 18 de octubre de 2010.

OCTAVO. CONDÉNESE al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a actualizar el valor de los dineros adeudados en términos del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \quad \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho periodo, como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

NOVENO.- Ordénase a la entidad demandada a dar cumplimiento a éste sentencia según lo dispuesto en los artículos 192 y S.S. del CPACA.

DÉCIMO. Costas en esta instancia y Agencias en Derecho en contra de la parte vencida según lo indicado.

DECIMOPRIMERO. La presente providencia deberá ser notificada conforme a lo dispuesto en el artículo 203 de la ley 1437 de 2011, de igual manera se indica que contra la misma procede recurso de apelación en los términos y condiciones del artículo 247 de la misma obra.

DECIMO SEGUNDO. En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa anotación en el programa “Justicia Siglo XXI”. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. Desde ahora se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Juez