

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**JUZGADO SÉPTIMO (7º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
BARRANQUILLA**

Barranquilla, D. E. I. P, diecisiete (17) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Ref. Exp. No. 08-001-33-33-007-2015-00042-00.

DEMANDANTE: ELSA MATILDE HELD CAMACHO.

**DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LABORAL)

Procede el Juzgado a proferir sentencia de primera instancia dentro de la demanda que en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral instaurara, a través de apoderado judicial, la señora **ELSA MATILDE HELD CAMACHO**, contra la **NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y vinculado el **DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL**.

I. PETITUM

Lo expresa la accionante de la siguiente manera:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0061 del 23 de febrero de 2006, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación.
2. Que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio restablecer el derecho que le asiste a mi poderdante en el sentido que se le incluya además de los factores salariales reconocidos en ella, los demás que efectivamente devengaba al momento de adquirir el status tales como: Prima de Alimento, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad y todos los demás que según la ley tenga derecho.
3. Que se ordene el reconocimiento y pago del retroactivo desde la fecha en que mi poderdante adquirió el estatus hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, junto con sus intereses y debidamente indexado.
4. Que como pretensión secundaria, se de aplicación al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, es decir la inaplicación parcial de la resolución No. 0061 del 23 de febrero de 2006, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación.
5. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

6. Que se ordene el cumplimiento de la Sentencia en y dentro de los términos del artículo 192 del C.PA.CA.
7. Que se me reconozca la correspondiente personería jurídica.

II. CAUSA PETENDI

HECHOS

Los narra el actor así:

1. **ELDA MATILDE HELD CAMACHO**, cumplió con los requisitos de tiempo de servicio y edad que exigen el artículo primero de la ley 33 de 1985, para el reconocimiento y pago de su Pensión de Jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como quedó demostrado en la actuación administrativa que dio lugar al derecho citado.
2. Dando Sucesión cronológica de los hechos y de acuerdo a lo anotado en el punto anterior la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió la Resolución No. 0061 del 23 de febrero de 2006, reconociendo y ordenando el pago de la Pensión de Jubilación a mi poderdante, basándose en los hechos probados (tiempo de servicio y edad).
3. En la Resolución relacionada en el numeral anterior, se le efectuó la liquidación con fundamento en el salario básico dando como resultado la suma de \$1.368.253.00, cuantía con la cual se le reconoció la Pensión de Jubilación.
4. En el certificado de salarios aportado con la solicitud que diera lugar al reconocimiento referido, se relacionan además del salario básico los factores salariales denominados prima de alimento, prima de vacaciones y prima de navidad ingresos que no fueron tenidos en cuenta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio al momento de la liquidación.
5. La Pensión de Jubilación de los docentes vinculados antes del 23 de diciembre de 2003, fecha en que fue expedida la Ley 812, es la que corresponde a lo establecido en la Ley 91 de 1989 por disposición de la misma norma en mención, donde el régimen jurídico que determinan estas liquidaciones, no excluye en ningún momento ningún factor salarial, razón por la cual la administración al momento de liquidar esta prestación social debe tener en cuenta todos los factores salariales que la docente devengaba durante los últimos doce (12) meses a la fecha en que adquirió el status de pensionado, por lo tanto la liquidación que le correspondería a mi mandante sería la siguiente:

FACTORES SALARIALES	AÑO 2005-240días	AÑO 2004-120días	PROMEDIO / MES
Sueldo	1.845.990.00	1.749.753.00	1.824.337.00
Prima de Vacaciones	76.916.00	72.906.00	74.911.00
Prima de Navidad	1.847.390.00	1.751.153.00	149.939.28
Prima de Alimento	1.400.00	1.400.00	1.400.00
Sueldo Base Liquidación			2.050.587.28
Pensión de Jubilación			1.537.940.46

Factores salariales estos que se omitieron al momento de concederle la Pensión de Jubilación, fijándosele el monto en \$1.368.253.00 y no en la cuantía legal que era de \$1.537.940.46

III. Normas violadas y concepto de la violación

Señala el actor, como normas violadas las siguientes disposiciones legales:

Legales.

Ley 1437 de 2011. Art. 138 y 148.

Ley 812 de 2003, Artículo 81.

Decreto 3752 de 2003. Art. 3º

Ley 91 de 1989. Artículo 15.

Ley 114 de 1913. Arts. 1 y 3

Constitución Política. Artículos 25, 48 y 53.

En el concepto de la violación manifiesta que hay violación al Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 porque al aplicar el Artículo 3º del D.R. 3752 de 2003 en el acto administrativo de reconocimiento de pensión de jubilación, fue más allá de lo que había establecido la Ley 812 de 2003 en su art. 81; porque el Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 en su inciso primero declara que a los docentes que se encuentren vinculados a la fecha de expedición de la Ley, se regirían por las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia de la misma.

Considera también la Falsa Motivación del acto acusado, al fundamentarlo en el Decreto Reglamentario 3752 de 2003, que según la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio era vigente y aplicable para el caso concreto; cuando lo real y lo legalmente aplicable era el Manual Unificado de Liquidación de Prestaciones Sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, esto es, de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985.

IV. Contestación de la demanda

La demandada Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respondió la demanda dentro del término de traslado, manifestando en relación con los hechos ser ciertos el primero, segundo, tercero y cuarto; en cuanto al hecho 5 manifestó que corresponde a una discriminación del actor respecto a los factores que a su juicio deben incluirse para efectos de liquidación de pensión vitalicia de jubilación, de la que discrepan.

En cuanto a las pretensiones solicita que se denieguen en su totalidad, por cuanto los actos administrativos demandados, no violan las disposiciones invocadas por la actora.

Propuso las excepciones de Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Cobro de lo no Debido, Buena Fe, Prescripción de derechos, Compensación y Genérica o Innominada.

V. Actuación Procesal

El libelo demandatorio fue presentado y repartido el 26 de Febrero de 2015 (Fls. 13 Vto. y 19) ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad.

A la demanda se le imprimió el trámite consagrado en los Artículos 171 y ss. del CPACA, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas, actuaciones y ordenaciones: admisión (Fls. 20-21); notificación a la agencia nacional de defensa jurídica del estado (Fl. 24) a la demandada (fl.23) a la procuraduría delegada (fl.22), al demandante (Fl. 25); la demandada contestó la demanda dentro del término de traslado.

Mediante auto de Julio nueve (09) de 2015 (Fl. 57), se citó a audiencia inicial para el día 30 de julio del año 2015 a las 10:a.m, en la cual las partes presentaron sus alegatos de conclusión, reiterando los argumentos y planteamientos de la demanda y su contestación, dictándose fallo de primera instancia, el cual siendo apelado se decretó su nulidad por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante auto de Marzo 12 de 2016, para que se vinculara al Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación Departamental, a lo cual se dio cumplimiento mediante auto de Abril 1° de 2016 (Fl. 82), siendo notificado este ente territorial el 12 de Abril de 2016 (Fl. 85).

Estando dentro del término de traslado el Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación Departamental dio respuesta a la demanda y propuso las excepciones de Legalidad del Acto Administrativo, Prescripción y Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, a las cuales se les dio el trámite secretarial correspondiente.

Posteriormente, mediante auto de Agosto 01 de 2016 (Fl. 102), se citó nuevamente a audiencia inicial para el día 17 de Agosto de 2016 a las 8:30:a.m, la cual se evacuó totalmente; se resolvió la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva propuesta por el Departamento del Atlántico, la cual se declaró probada y como consecuencia de ello, se declaró terminado el proceso en relación con el Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación Departamental, y la continuación del mismo, teniendo como único demandado a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; se prescindió del período probatorio y se ordenó a las partes que presentaran sus alegatos de conclusión.

El demandante manifestó que sus alegaciones de conclusión se concretaban a ratificarse en los hechos y pretensiones y en las causales de violación presentadas en la demanda, solicitando al despacho se acceda a las pretensiones y se ordene el restablecimiento en la forma pedida.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Acto demandado

Resolución 0061 de febrero 23 de 2006, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a un docente Nacionalizado, Fuente Recursos: Sistema General de Participación Ley 91/89”*.

6.2. Acervo probatorio

1. Copia de la Resolución 0061 de Febrero 23 de 2006, por medio de la cual se reconoció la pensión Ordinaria de Jubilación a la actora. (Fls. 15-17)
2. Copia de los certificados salariales devengados en el periodo de consolidación de la pensión de jubilación del accionante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fl. 18).
3. Certificación del Ministerio de Educación Nacional sobre no posesión en sus oficinas de los antecedentes administrativos del presente caso. (Fls. 52-55).

6.3. De las excepciones de mérito del demandado

Antes de entrar al análisis considerativo de mérito, se hace necesario examinar los medios exceptivos propuestos por la parte demandada y los que de oficio puede estudiar el Juzgado, habida cuenta que de prosperar alguno de ellos, podrían inhibir al Despacho a un pronunciamiento de fondo en la presente litis.

6.3.1. Excepciones de Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Cobro de lo no Debido, Prescripción de derechos, Compensación y Genérica o Innominada

Se arguye en la primera excepción que la mesada pensional reconocida y ahora impugnada fue liquidada con arreglo a la normatividad legal; y en la segunda, que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de la solicitud de reliquidación pensional.

Compensación dineraria que el demandado solicita en el caso de ser condenada; y **prescripción** solicitando al Despacho en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, declarar la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con 3 años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda.

En relación con estas excepciones, el Despacho considera que deben tratarse como argumentos de fondo, pues la demanda se contrae precisamente a verificar la legalidad de los actos demandados, por lo que más que medios exceptivos constituyen argumentos de defensa de la parte demandada, estando en consecuencia atado su estudio a la resolución del fondo de la litis.

6.3.2. Excepción de Buena Fe

Respecto a la excepción anterior, el despacho debe decir, que la buena fe es un principio constitucional consagrado en el Artículo 83 de la Carta Política, que indica que *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"*, es decir, es obligatorio que las autoridades públicas y la misma ley, actúen de buena fe y que se presuma la misma buena fe de las personas que actúan ante ellas.

Como este principio de la buena fe, hace presumirla, es decir, la ley obliga a presumir que todas las personas actúan de buena fe, por lo que si alguien actúa de mala fe, habrá necesidad de cuestionar esa presunción de buena fe, siendo necesario entrar a

probar que la otra parte ha actuado de mala fe, porque la buena fe se presume y la mala fe se prueba.

Por lo dicho anteriormente, se concluye que no debe tenerse como excepción la propuesta de buena fe, porque todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades vienen precedidas de tal presunción.

6.4. Planteamiento de problemas jurídicos

6.4.1. Principal

La controversia se contrae a determinar si la demandante ELSA MATILDE HELD CAMACHO tiene o no derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, tales como Prima de Vacaciones, Prima de Navidad y Prima de Alimento, ordenando la nulidad parcial de la Resolución 0061 de Febrero 23 de 2006?

6.4.2. Asociados

1. Resultaba aplicable a la actora para la conformación de su ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales el derogado Decreto 3752 de 2003?
2. En caso de accederse a las pretensiones de la demandante, existe prescripción trienal de diferencias pensionales?

6.5. Tesis del Juzgado

La demandante ELSA MATILDE HELD CAMACHO si tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, tales como prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de vivienda, prima de alimento y prima conyugal; el derogado Decreto 3752 de 2003 no resultaba aplicable a la actora para la conformación de su ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales; y existe prescripción trienal de diferencias pensionales a su favor; por las siguientes razones fácticas y jurídicas:

6.5.1. Premisa fáctica

De conformidad con la Resolución 0061 de Febrero 23 de 2006 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional laboró como docente en el Departamento del Atlántico del 30 de Mayo de 1975 hasta el 09 de octubre de 2005, por más de 30 años, reconocie3ndole pensión de jubilación por \$\$1.368.253 efectiva a partir del 10 de Octubre de 2005 (Fls. 15-17).

Según copia del certificado Original de SALARIOS expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (Fl. 18), la señora ELSA MATILDE HELD CAMACHO devengó los siguientes factores salariales en los años 2004-2005 (fl. 25).

FACTORES SALARIALES	AÑO 2005-240días	AÑO 2004-120días	PROMEDIO / MES
Sueldo	1.845.990.00	1.749.753.00	1.824.337.00

1. Copia de la Resolución 0061 de Febrero 23 de 2006, por medio de la cual se reconoció la pensión Ordinaria de Jubilación a la actora. (Fls. 15-17)
2. Copia de los certificados salariales devengados en el periodo de consolidación de la pensión de jubilación del accionante, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fl. 18).
3. Certificación del Ministerio de Educación Nacional sobre no posesión en sus oficinas de los antecedentes administrativos del presente caso. (Fls. 52-55).

6.3. De las excepciones de mérito del demandado

Antes de entrar al análisis considerativo de mérito, se hace necesario examinar los medios exceptivos propuestos por la parte demandada y los que de oficio puede estudiar el Juzgado, habida cuenta que de prosperar alguno de ellos, podrían inhibir al Despacho a un pronunciamiento de fondo en la presente litis.

6.3.1. Excepciones de Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Cobro de lo no Debido, Prescripción de derechos, Compensación y Genérica o Innominada

Se arguye en la primera excepción que la mesada pensional reconocida y ahora impugnada fue liquidada con arreglo a la normatividad legal; y en la segunda, que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de la solicitud de reliquidación pensional.

Compensación dineraria que el demandado solicita en el caso de ser condenada; y **prescripción** solicitando al Despacho en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, declarar la prescripción de las mesadas o diferencias de las mensualidades causadas con 3 años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda.

En relación con estas excepciones, el Despacho considera que deben tratarse como argumentos de fondo, pues la demanda se contrae precisamente a verificar la legalidad de los actos demandados, por lo que más que medios exceptivos constituyen argumentos de defensa de la parte demandada, estando en consecuencia atado su estudio a la resolución del fondo de la litis.

6.3.2. Excepción de Buena Fe

Respecto a la excepción anterior, el despacho debe decir, que la buena fe es un principio constitucional consagrado en el Artículo 83 de la Carta Política, que indica que *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"*, es decir, es obligatorio que las autoridades públicas y la misma ley, actúen de buena fe y que se presuma la misma buena fe de las personas que actúan ante ellas.

Como este principio de la buena fe, hace presumirla, es decir, la ley obliga a presumir que todas las personas actúan de buena fe, por lo que si alguien actúa de mala fe, habrá necesidad de cuestionar esa presunción de buena fe, siendo necesario entrar a

probar que la otra parte ha actuado de mala fe, porque la buena fe se presume y la mala fe se prueba.

Por lo dicho anteriormente, se concluye que no debe tenerse como excepción la propuesta de buena fe, porque todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades vienen precedidas de tal presunción.

6.4. Planteamiento de problemas jurídicos

6.4.1. Principal

La controversia se contrae a determinar si la demandante ELSA MATILDE HELD CAMACHO tiene o no derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, tales como prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de vivienda, prima de alimento y prima conyugal?

6.4.2. Asociados

1. Resultaba aplicable a la actora para la conformación de su ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales el derogado Decreto 3752 de 2003?
2. En caso de accederse a las pretensiones de la demandante, existe prescripción trienal de diferencias pensionales?

6.5. Tesis del Juzgado

La demandante ELSA MATILDE HELD CAMACHO si tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, tales como prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio de vivienda, prima de alimento y prima conyugal; el derogado Decreto 3752 de 2003 no resultaba aplicable a la actora para la conformación de su ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales; y existe prescripción trienal de diferencias pensionales a su favor; por las siguientes razones fácticas y jurídicas:

6.5.1. Premisa fáctica

De conformidad con la Resolución 0061 de Febrero 23 de 2006 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional laboró como docente en el Departamento del Atlántico del 30 de Mayo de 1975 hasta el 09 de octubre de 2005, por más de 30 años, reconocíendole pensión de jubilación por \$\$1.368.253 efectiva a partir del 10 de Octubre de 2005 (Fls. 15-17).

Según copia del certificado Original de SALARIOS expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (Fl. 18), la señora ELSA MATILDE HELD CAMACHO devengó los siguientes factores salariales en los años 2004-2005 (fl. 25).

FACTORES SALARIALES	AÑO 2005-240días	AÑO 2004-120días	PROMEDIO / MES
Sueldo	1.845.990.00	1.749.753.00	1.824.337.00

Prima de Vacaciones	76.916.00	72.906.00	74.911.00
Prima de Navidad	1.847.390.00	1.751.153.00	149.939.28
Prima de Alimento	1.400.00	1.400.00	1.400.00
Sueldo Base Liquidación			2.050.587.28
Pensión de Jubilación			1.537.940.46

6.5.2. Premisa normativa

El Honorable Consejo de Estado ha realizado reiteradamente en fallos como los que se citan más adelante el siguiente recuento del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales, que resulta pertinente en orden a resolver el presente asunto:

La Ley 6 de 1945, sobre prestaciones oficiales, consagró:

“Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

...

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a...”.

Inicialmente esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, disponía:

“Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio” (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

Tanto el Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidieron y aplicaron para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones. El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las

pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

Posteriormente, la Ley 33 de 1985, establece:

"Art. 1º. 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%) 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.

...

Parágrafo. 2º. 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.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Par. 3º. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley."

La Ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

De su aplicación se exceptúan tres casos:

1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.

3-) Y, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad, a la Ley 33 de 1985, se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, disponiendo lo siguiente:

"Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

...

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes 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."

Posteriormente, la Ley 60 de 1993, señala en su artículo 6, que:

"...

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación

departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”

Seguidamente, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluye a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al expresar:

“Así mismo, se exceptúan 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...”

De esta forma, según el Consejo de Estado, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplicaba a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

A continuación, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

Sin embargo, en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”. Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.

En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 de 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

Ahora, pese a que la ley 100 de 1993¹ que creó el “sistema de seguridad social integral” y como parte de él estructuró el “sistema general de pensiones”, exceptuó 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...”²; posteriormente fue expedida la ley 812 de 2003 que aprobó “el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”³. Esta

¹ 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.

² Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

³ Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales:

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

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

Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137⁴.

Finalmente, la Ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el "Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010"⁵, en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la **Ley 812**, entre ellas, las contenidas en el **artículo 81**.

Según toda la normatividad precedente se puede 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;
- 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.

Lo anterior lo confirma el párrafo transitorio primero del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, que se refiere a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, así:

⁴ 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.

⁵ 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.

"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).

Por consiguiente, existe una transitoriedad del régimen predicable exclusivamente del grupo de docentes que entraron al servicio educativo oficial antes del 27 de junio de 2003.

Lo anterior es confirmado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con fallo de fecha 6 de abril de 2011 por medio del cual se decidieron acciones de simple nulidad acumuladas con radicados bajos los número 4582-2004 y 9906-2005, entre otras normas, contra el artículo 3° del Decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003 expedido por el Ministerio de Educación Nacional, por medio del cual se reglamentaron los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reiterada el 12 de octubre de 2011⁶, que consagra lo siguiente:

"Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. Derogado por el art. 160, Ley 1151 de 2007. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8° y 9° del Decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización".

Según el actor, el artículo anterior, excedió la ley, por cuanto mientras en aquella se plantean dos supuestos diferentes, en esta norma se plantea de manera general, que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causaran con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, no podría ser diferente de la base de cotización sobre la cual realizaba aportes el docente.

⁶ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00190-01(1650-06).

El fallo de fecha 6 de abril de 2011 citado niega la nulidad de dicho artículo 3o. del Decreto 3752 de 2003, respecto de la acusación de extralimitar el mismo lo normado en los incisos primero, segundo y cuarto del **artículo 81 de la ley 812 de 2003**, declarando la legalidad de aquél artículo con la modulación señalada en la parte motiva de la sentencia, razonando el Consejo de Estado, así:

“Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento ‘pleno’ y ‘oportuno’ de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales - ley 91 de 1989).

No sobra precisar, en este punto, que la seguridad social en pensiones, al constituirse en derecho adquirido, debe ser respetada (con aplicación del principio de favorabilidad) y es exigible ante los jueces (artículos 48, 86, 228 y 229 CP).

El artículo controvertido 3o. del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.

...

En esa medida y con la limitante de interpretación efectuada, no existe vulneración de derechos adquiridos (artículos 58 de la C.P. 11 de la ley 100 de 1993, 2.a ley 4ª de 1992) ni de previsiones que, con anterioridad a la ley 812 de 2003, pueden consolidar, en los docentes, prerrogativas pensionales (artículo 15 de la ley 91 de 1989).

...

*Como la precisión y las previsiones adoptadas en los decretos enjuiciados, tendientes a darle viabilidad al sistema del que son beneficiarios los docentes, fueron proferidas dentro de la facultad reglamentaria del Presidente de la República (artículo 189-11 de la Constitución Política), queda sin sustento el motivo principal de inconformidad planteado en los dos procesos acumulados, circunstancia que impone denegar las súplicas de la demanda, **con la aclaración de que el artículo 3º del decreto 3752 de 2003 debe entenderse, mientras estuvo vigente, referido únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003**”.* (Negritas y subrayas son del texto original).

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto de fecha 10 de agosto de 2011⁷, ante consulta de la Ministra de Educación Nacional,

⁷Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Radicación número: 11001-03-06-000-2011 00004-00(2048)

acerca de la posibilidad de ajustar las pensiones de los docentes que fueron causadas y reconocidas durante la vigencia del artículo 3o. del Decreto reglamentario 3752 de 2003, esto es, el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2003 y el 24 de julio de 2007, utilizando los argumentos del precedente fallo de fecha 6 de abril de 2011 que denegó la nulidad del artículo 3° del Decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003, respondió 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”*.

El demandante formuló cargos contra el acto demandado, por violación de la Ley y Falsa Motivación.

En cuanto a la violación de la Ley, afirma que hay violación al Artículo 81 de la Ley 812 de 2003, porque al aplicarle a la actora el Artículo 3° del Decreto reglamentario 3752 de 2003, en la Resolución que le reconoció la pensión de jubilación, ese Decreto desbordó lo señalado por la Ley.

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial, no obstante, que según el fallo de fecha 6 de abril de 2011 del Consejo de Estado, las previsiones adoptadas en el Decreto 3752 de 2003, tendientes a darle viabilidad al sistema del que son beneficiarios los docentes, fueron proferidas dentro de la facultad dentro de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, no queda ninguna duda, de que por haberse vinculado la demandante, señora ELSA MATILDE HELD CAMACHO al servicio docente oficial en el Departamento del Atlántico el día 30 DE MAYO DE 1975, esto es, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, ostentando la calidad de docente nacionalizada, el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, mientras estuvo vigente, entre el 23 de diciembre de 2003 y el 24 de julio de 2007, no le resultaba aplicable a la misma para calcular la base de liquidación de sus prestaciones sociales, pues dicha norma solo era aplicable a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003, correspondiéndole a aquélla para su reconocimiento pensional lo establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, resultando así procedente el ajuste de las pensiones causadas y liquidadas durante la vigencia del Decreto 3752 de 2003, con la fórmula en él establecida, para dichos 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, como lo determinó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto de fecha 10 de agosto de 2011⁸ mencionada.

Vistas así las cosas, conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen

⁸Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048)

prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, que son las Leyes 33 y 62 de 1985, rigiendo la primera desde el 13 de febrero de 1985, disponiendo su artículo 1°:

“Art. 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%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

(...)

Parágrafo. 2°. 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”.

Teniendo en cuenta la certificación visible a folio 23 del expediente la señora ELSA MATILDE HELD CAMACHO ingresó a prestar sus servicios a partir del 30 de MAYO de 1975, es decir, que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró a regir la citada Ley 33 de 1985, la accionante no había cumplido siquiera 10 años de servicio como docente.

En estas condiciones, se concluye que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la actora no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 33 de 1985:

En el artículo 3 ibídem se señalaron los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes el cual fue modificado por la Ley 62 de 1985 en el siguiente sentido:

“Artículo 1. 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 determinar 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, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado

Ardila, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1 de en la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan.

La decisión anterior se sustentó en las siguientes razones:

“Así las cosas, 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; aún 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.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar 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.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

(...)

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.

(...)

Sin embargo, las finanzas públicas no pueden convertirse en el fundamento único y determinante para limitar el acceso a las prestaciones sociales o disminuir sus garantías,

pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema.

En efecto, en lo que concierne a las pensiones de jubilación y vejez se ha previsto que el trabajador efectúe aportes durante la relación laboral como requisito indispensable para acceder a tales beneficios.

Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.”.

En aplicación de la jurisprudencia en cita se concluye que no tiene razón el apoderado de la entidad demandada al afirmar que la inclusión de todos los factores devengados en el último año se limite a aquellos sobre los cuales se realizaron aportes porque ello implicaría “disminuir sus garantías, pues el legislador ha previsto medidas tendientes a procurar la autosostenibilidad del sistema” con los aportes que realiza el empleado durante toda su vida laboral.

No es aplicable en el sub examine lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación porque la pensión del demandante fue reconocida con base en lo preceptuado por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 que limitó el valor de la pensión al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Según las anteriores consideraciones resultan infundadas las **excepciones propuestas por la parte demandada de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Cobro de lo no debido, Compensación y Genérica.**

De otro lado, se pone de presente que respecto a la **prescripción**, se tiene que este es un fenómeno que en cuanto a mesadas pensionales opera trienalmente, término que se cuenta de manera retrospectiva a la fecha en que el beneficiario del derecho formula a la administración la correspondiente reclamación, que para este caso es el día 26 de febrero de 2015, fecha de presentación de la demanda contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fl. 13 Vto.).

En el presente caso, a la actora le fue reconocida la pensión mediante la Resolución 0061 de Febrero 23 de 2006 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional efectiva a partir del 10 de octubre de 2005, fecha en la que la actora adquirió su derecho, acto que adquirió firmeza por no impugnarla la actora, y solo el 26 de febrero de 2015 (Fl. 13 Vto.) presentó la demandante la acción de nulidad

y restablecimiento del derecho laboral aquí analizada, por lo que para la presente reliquidación pensional opera la prescripción trienal, es decir que las diferencias de las mesadas pensionales que se causan desde el 26 de Febrero de 2012 hacia atrás se encuentran prescritas.

En consecuencia, el Despacho considera que se debe declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0061 del 23 de Febrero de 2006, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a la actora ELSA MATILDE HELD CAMACHO con el promedio de los salarios devengados en el último año, sin incluir los factores salariales que en esta demanda se reclaman, y, a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a la reliquidación y pago de la pensión de jubilación de la actora con la inclusión de la totalidad de los factores salariales, como son PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD y PRIMA DE ALIMENTO, devengados en el año anterior al que adquirió el status pensional, con la aclaración de que el monto señalado para las primas mencionadas corresponden a 1/12 parte.

Las diferencias resultantes se ajustarán en su valor aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, 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 se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

6.6 CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –C.P.A. y C.A., en armonía con lo preceptuado en los artículos 361, 365 numerales 1 y 2 y 366 numeral 4° del Código General el Proceso –C.G.P.-, se dispone condenar en costas a la demandada, parte vencida en el proceso, las cuáles serán liquidadas por la Secretaría del Juzgado en la forma y oportunidad que se indica en el artículo 366 *ejusdem*.

Así mismo, conforme se estipula en el numeral 3° *idem*, se fijan las correspondientes agencias en derecho, las cuales corresponderán a la suma equivalente al 5% de las pretensiones reconocidas en esta sentencia, valor que no supera el límite que estipula el artículo 6°, Capítulo III, numeral 3.1.2. inciso 2° del Acuerdo 1887 de 2003 emanado del Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa- por medio del cual se establecen las tarifas de las agencias en derecho.

La anterior condena en costas se fundamenta, además de lo expresado líneas arriba, en la posición asumida por la demandada de no considerar extrajudicial y judicialmente a través de su Comité de Conciliación y Defensa Judicial, la viabilidad de una posible conciliación con la demandante respecto del objeto de la demanda, en lo transigible o que no constituya derechos ciertos e indiscutibles de la actora, dada la postura del Consejo de Estado desde la sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, reiterada en múltiples pronunciamientos emitidos hasta la fecha, según la cual, la preceptiva contenida en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por lo que en las pensiones deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan; siendo deber de las autoridades al resolver los asuntos de su competencia aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada de Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Cobro de lo no debido, Compensación y Genérica.

SEGUNDO: Decláranse prescritas las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de febrero de 2012.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la Resolución No. 0061 del 26 de Febrero de 2006, expedida por la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual reconoció la pensión de jubilación a la actora ELSA MATILDE HELD CAMACHO con el promedio de los salarios devengados en el último año, sin incluir los factores salariales que en esta demanda se reclaman.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior y, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN** a través del **Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, a reliquidar la pensión reconocida a la actora mediante Resolución No. 0061 del 26 de febrero de 2006, a partir del 10 de octubre de 2005, y pagar las diferencias pensionales resultantes a partir del 26 de febrero de 2012, incluyendo los factores salariales de prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimento, devengados durante el año inmediatamente anterior a la

causación del derecho, es decir, entre el 10 de octubre de 2004 hasta el 09 de octubre de 2005, de conformidad con las normas establecidas; la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN** a través del **Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** podrá descontar los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal para pensión. Se deberán aplicar los reajustes anuales de que trata la Ley 100 de 1993 y se deberán cancelar las diferencias desde el 26 de febrero de 2012.

QUINTO: Los valores adeudados, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A y C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

SEXTO: Costas a cargo de la parte demandada, las que serán liquidadas por la Secretaría del Juzgado y se fija como agencias en derecho la suma equivalente al 5% de las pretensiones reconocidas en esta sentencia

SEPTIMO: Désele cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A. y C.A.

OCTAVO: Notifíquese esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A. y C.A.

NOVENO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el aplicativo Justicia Siglo XXI Web.

DECIMO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del C.G.P.

UNDÉCIMO: Por la Secretaría se hará la liquidación de gastos si los hubiere, y los remanentes serán devueltos a la parte demandante.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JESÚS ENRIQUE HERNÁNDEZ GÁMEZ

JUEZ