

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Barranquilla, D.E.I.P., doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

REF. EXP. NO. 08-001-33-33-007-2016-00064-00

DEMANDANTE: MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA

DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEIP DE BARRANQUILLA.

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, instauró a través de apoderado judicial, la señora MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA, contra la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y D.E.I.P. DE BARRANQUILLA.

I. PETITUM

Lo expresa la accionante de la siguiente manera:

- "1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 04297 del 15 de agosto de 2013 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 – Distrito de Barranquilla 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 la 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 se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.*
- 5. Que se ordene el cumplimiento de la Sentencia en y dentro de los términos de los artículos 192 al 195 del C.PA.CA."*

II. CAUSA PETENDI

HECHOS

Los narra el actor así:

1. *MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA 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 - Distrito de Barranquilla, 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 - Distrito de Barranquilla, expidió la Resolución No. 04297 del 15 de agosto de 2013, 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 y la prima de vacaciones, dando como resultado la suma de \$1.680.080.00, 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 y la prima de vacaciones, el factor salarial denominado Prima de Navidad, ingreso que no fue tenido en cuenta por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - Distrito de Barranquilla al momento de la liquidación.*

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

Ley 33 de 1985, artículo 3º; Ley 33 de 1985, artículo 1º; Ley 91 de 1985, artículo 15;

Ley 1437, artículo 138.

Sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO de fecha 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Constitución Política. Artículos 25, 48, 53.

Considera que hay violación a las normas constitucionales invocadas, porque el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al expedir los actos administrativos no aplicó los principios orientadores de estas normas tales como a un trabajo en condiciones dignas y justas, el derecho irrenunciable a la seguridad social y a los principios de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador y garantía de la seguridad social.

Considera además que se violó por su no aplicación el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y primero de la Ley 62 de 1985 por que la Administración aplicó estas normas en sentido literal o restringido en la Resolución que reconoció la

pensión de jubilación de la demandante, es decir, que viola las mismas normas en mención porque precedente del Consejo de Estado en Sentencia según el cual *"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 por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio"*.

Que los educadores en materia prestacional y más exactamente en lo referente al régimen pensional están regidos por normas de carácter especial como es precisamente la Ley 91 de 1989 y por la Ley 33 de 1985 aplicada ésta última a los empleados públicos del orden nacional, lo cual significa que la administración debió darle aplicación en los actos impugnados a las normas en mención.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

La demandada Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el D.E.I.P. DE BARRANQUILLA notificados de la admisión de la demanda, presentaron memorial de contestación de la misma.

La NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en cuanto a las pretensiones de la demandan, se oponen totalmente afirmando que carecen de sustento factico y jurídico necesario para su prosperidad.

En cuanto a los actos administrativos demandados, manifiestan que se encuentran acogidos por la presunción de legalidad (artículo 88 de la Ley 1437 de 2011), y la parte accionante no acredita que este haya sido expedido con infracción de las normas en que deberán fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación o con desviación las atribuciones propias de quien los profirió.

Frente a la solicitud de condenas en contra de la Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicita que se sirva denegarlas en su totalidad.

En cuanto a los hechos que motivaron la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, manifiestan que lo que concierne al hecho No. 1 es cierto, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente. Los hechos No. 2, 3, 4,5 y 6, no los afirman ni los niega, se atiene a lo que se pruebe en el proceso.

Presentó las siguientes excepciones:

a) Ineptitud de la demanda (excepción previa resuelta); b) cobro de lo no debido; c) prescripción (excepción previa resuelta); d) falta de legitimidad en la causa por pasiva (excepción previa resuelta); e) agotamiento de vía gubernativa (excepción previa resuelta); f) excepción genérica o innominada.

D.E.I.P. DE BARRANQUILLA

Manifiesta en cuanto a las pretensiones que se opone a todas y cada una de ellas. Afirma que *"teniendo en cuenta que la divergencia de la actora radica en el sentido de que la demandada y en especial el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla deberá conocerle la prima de navidad, razón por la cual solicita se le reconozcan y paguen dichos emolumentos y se le tengan como factor salarial para toda prestación, es oportuno señalar que lo pretendido no se encuentra ajustado a derecho, pues no se podía tener en cuenta lo pretendido por la actora teniendo en cuenta el ultimo pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Segunda, Consejera Ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Velez, radicado No. CE-SUJ215001333301020130013401, No. Interno: 3828-2014, de fecha 14 de abril de 2016, en la que se debatió el asunto de Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No.001/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011. Concluyendo el demandado que "Teniendo en cuenta lo que preceptúa la sentencia de unificación de jurisprudencia en lo que tiene que ver sobre controversias del reconocimiento de la prima de servicios docentes oficiales, en el entendido que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no crea dicho factor salarial, se debe acoger lo resuelto por esa Alta Corporación y denegar las pretensiones de la demanda incoada contra mi representada."*

Presentó las siguientes excepciones:

a) prescripción (excepción previa resuelta); d) falta de legitimidad en la causa por pasiva o indebida integración del litisconsorcio por pasiva al vincular al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla (excepción previa resuelta); e) inexistencia de la obligación; f) innominada.

V. ACTUACIÓN PROCESAL

El libelo demandatorio fue presentado y repartido el 30 de Mayo de 2016 (fl. 12, 13 Vto y 39) 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 (fl. 40); notificación al demandado Nación MEN – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; a la agencia nacional de defensa jurídica del estado, a la procuraduría delegada, al demandado D.E.I.P. DE BARRANQUILLA y al demandante (fls. 41 a 45). Las demandadas contestaron la demanda dentro del término y propusieron excepciones, de las cuales se corrió traslado a partir del 6 de septiembre de 2016 (fl.100).

Luego mediante auto de septiembre quince (15) de 2016 (fl.101), se citó a audiencia inicial para el día 11 de octubre del presente año a las 2:00 p.m, empero la misma se reprogramó para el 12 de octubre de 2016 a las 2:00 p.m, surtiéndose hasta el decreto de pruebas, prescindiéndose de la etapa probatoria y en la misma se concedió el uso de la palabra a las partes para que alegaran de conclusión y emitiera su respectivo concepto.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Acto demandado

Resolución No.04297 de agosto 15 de 2013, expedida por la Secretaría de Educación Del Distrito de Barranquilla, "reconocer a la señora **MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA**, identificada con la cedula de ciudadanía no. 34.973.631, una pensión vitalicia de jubilación equivalente al valor mensual de: **\$1.680.080.00 MCTE**, a partir del 14/03/2012, como docente **DISTRITAL RECURSOS PROPIOS**."

6.2. Acervo probatorio

- 1.- Copia de la Resolución No. 04297 de agosto 15 de 2013, expedida por la Secretaría de Educación Del Distrito de Barranquilla (fls. 16-17).
- 2.- Formato Único para la expedición de certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 18-19).
- 3.- Certificaciones aportadas por la demandada Nación-Mineducación-Fondemag a través de la Secretaría Técnica de su Comité de Conciliación y Defensa Judicial y de la Coordinadora Grupo de Asuntos Contenciosos Oficina Asesora Jurídica a folios 72 a 73 y folios 74 a 77.

6.3. Planteamiento de problemas jurídicos

6.3.1. Principal

La controversia se contrae a determinar si la demandante **MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA** 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 navidad y todo lo demás que según la ley tenga derecho.

6.3.2. Asociados

1. En caso de accederse a las pretensiones de la demandante, determinar ¿si existe o no prescripción trienal de diferencias pensionales?

6.4. Tesis del Juzgado

A partir de la sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO de fecha 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, quedó claro que 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 tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan. Tesis que esta agencia judicial acoge y, por consiguiente, la señora **MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA** tiene derecho a que se le reliquide su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a adquirir su estatus de pensionado.

6.4.1. Premisa fáctica

Para avalar la tesis planteada por el Despacho, se procede en primera medida a dejar sentado cuales son los hechos que se encuentran probados dentro del plenario y que se consideran relevantes para decidir el caso concreto.

La señora **MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA**, laboró como docente desde el 01 de enero del año 1980 hasta el 13 de marzo de 2012 y por el cumplimiento de requisitos solicitó pensión de jubilación, la cual le fue reconocida mediante Resolución No.04297 del 15 de agosto de 2013, en la cual solo le fueron incluidos como factores salariales el sueldo básico, 1/12 prima de vacaciones, sin inclusión la Prima de Navidad y u todos factores que reclama la parte demandante su inclusión por medio de este proceso (fls. 15-18).

Según copia de certificado de salarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Formato Único para la expedición de salarios, aportado por el demandante con la presentación de la demanda, se tiene que la señora **MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA** devengó los siguientes factores en el período comprendido entre el año 2011 y el año 2012 (fl. 19):

	Año 2011	Año 2012
Asignación Básica	2.129.772,00	2.236.261,00
Prima de navidad	2.218.512,00	2.329.438,00
Prima de vacaciones docentes	1.064.886,00	1.118.130,00

6.4.2. 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 2º 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

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.

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 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:

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.

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 3º 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.

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, 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 3º 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. En cuanto a ella, afirma que la entidad demandada violó por no aplicación el Artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, a los cuales omitió darles aplicación.

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

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

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

posterioridad al 1º de enero de 1990, 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, que son las Leyes 33 y 62 de 1985, rigiendo la primera desde el 13 de febrero de 1985, disponiendo su artículo 1º:

"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.

(...)

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".

6.5. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta la Resolución demandada visible a folios 15 a 17 del expediente la señora MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA ingresó a prestar sus servicios a partir del 01 de enero de 1980 hasta el 13 de marzo de 2012, es decir, que conforme a lo normado por la Ley 115 de 1994 y la Ley 91 de 1989, le son aplicables para efectos de la pensión de jubilación, las leyes 33 y 62 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 tiene razón la demandante al solicitar la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año, para la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora, en el presente caso la Prima de Alimentación Especial.

De otra parte, conforme al recuento normativo y jurisprudencia expuesta líneas arriba, 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 reglamentaria del Presidente de la República, no queda ninguna duda, que por haberse vinculado la demandante, señora MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA al servicio docente oficial en el D.E.I.P. DE BARRANQUILLA, el día 01 enero de 1980, esto es, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, corresponde para su reconocimiento pensional lo establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, resultando así procedente la inclusión de todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ella 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 mencionado.

De otro lado, se pone de presente que debe el Despacho estudiar el fenómeno de la prescripción, señalando 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 29 de abril de 2016, fecha de presentación de la demanda contra la Nación – Ministerio de Educación

⁸ C.P. LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO. Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00 (2048)

Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – D.E.I.P. DE Barranquilla (fls. 13 vto.).

En el presente caso, a la actora le fue reconocida la pensión mediante la Resolución No.04297 de agosto 15 de 2013 expedida por la Secretaría de Educación del D.E.I.P. DE BARRANQUILLA, actuando en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional efectiva a partir del 14 de marzo de 2012, fecha en la que la actora adquirió su derecho, siéndole notificada personalmente el 02 de septiembre de 2013 (fl. 17 vto), acto que adquirió firmeza el 17 de septiembre de 2013, por no impugnarla la actora, y dado que la demandante presentó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral aquí analizado el 29 de abril de 2016 (fl. 13 vto.), para la presente reliquidación pensional no opera la prescripción trienal.

En consecuencia, el Despacho considera que se debe declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 04297 del 15 de agosto de 2013, expedida por la Secretaría de Educación Del Distrito de Barranquilla, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a la actora MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA 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 es para el presente caso la PRIMA DE NAVIDAD, devengada en el año anterior al que adquirió el status pensional, con la aclaración de que el monto señalado para la prima mencionada corresponden a 1/12 parte.

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

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

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.

En cuanto al D.E.I.P. DE BARRANQUILLA demandado, debe decirse que en relación con éste, no existe legitimación en la causa por pasiva, tal como se decidió al resolver esta excepción formulada por ambos demandados, por lo cual el Despacho absolverá a dicha Entidad territorial demandada de las pretensiones de la demanda.

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 4º 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 3º *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 6º, Capítulo III, numeral 3.1.2. inciso 2º 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; en el fallo de fecha 6 de abril de 2011 reiterado el 12 de octubre de 2011⁹, que niega la nulidad del artículo 3o. del Decreto reglamentario 3752 de 2003, con la aclaración de que, mientras éste estuvo vigente, se refiere únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003; y su ratificación mediante Concepto de fecha 10 de agosto de 2011¹⁰, acerca de 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; 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 (7º) Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

⁹SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00190-01(1650-06).

¹⁰Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO, Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048)

PRIMERO: DECLARANSE NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por el D.E.I.P. de Barranquilla.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la Resolución No. 04297 del 15 de agosto de 2013, expedida por la Secretaría de Educación Del Distrito de Barranquilla, mediante la cual reconoció la pensión de jubilación a la actora MARIA DEL CARMEN VASQUEZ BARRERA con el promedio de los salarios devengados en el último año, sin incluir el factor salarial PRIMA DE NAVIDAD, que en esta demanda se reclama.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior y, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión reconocida a la actora mediante Resolución No. No. 04297 del 15 de agosto de 2013, y pagar las diferencias pensionales resultantes a partir del 14 de septiembre de 2013, incluyendo el factor salarial de prima de navidad, devengada durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho, es decir, entre el 13 de marzo de 2011 y el 13 de marzo de 2012, de conformidad con las normas establecidas; la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podrá descontar indexados 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 14 de septiembre de 2013.

CUARTO: 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.

QUINTO: Absolver al D.E.I.P. DE BARRANQUILLA, respecto de las pretensiones de la demandante.

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: Esta sentencia queda notificada en estrados.

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.

DECIMO PRIMERO: 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 GAMEZ

JUEZ