

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla

D.E.I.P. de Barranquilla, trece (13) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 08-001-33-33-006-2015-00509-00.

Accionante: ALVARO MORALES CUDRIZ

Accionado: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Procede el Juzgado a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral instaurada, a través de apoderado judicial, por el señor ALVARO MORALES CUDRIZ, contra la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

I. ANTECEDENTES

I.1 Pretensiones:

- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0108 de 2005, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al actor.
- Que como consecuencia de tal declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluyendo la prima especial, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de vacaciones, asignación básica año 2004 y los demás a que tenga derecho
- Que se ordene el reconocimiento y pago retroactivo desde la fecha en que el demandante adquirió el status hasta cuando se haga efectivo el pago.
- Que se cumpla la condena al tenor de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA. Y se condene en costas.

Expediente: 08-001-33-33-006-2015-00509-00.
Accionante: ALVARO MORALES CUDRIZ
Accionado: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

I.2. Hechos:

- Que al señor Álvaro Morales Cudriz, se le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución 0108 de 11 de febrero de 2005, con fundamento en el salario básico del año 2003, en cuantía de \$1.097.816.

- Que al liquidar la pensión se le excluyeron los conceptos salariales devengados en el último año de servicios, incluyendo la prima especial, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de vacaciones y con la asignación básica año 2004.

- Que debieron incluirle todos los emolumentos devengados en los últimos 12 meses.

I.3. Normas Violadas.

Señala la actora, como normas violadas las siguientes disposiciones legales:

Constitución Política. Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53 y 336
Ley 91 de 1989.
Ley 33 de 1985.
Decreto 1743 de 1966
Ley 4ª de 1966
Ley 60 de 1993
Decreto 2277 de 1979
Ley 4ª de 1992.

1.4 Posición de las partes:

Demandante:

Manifestó en síntesis el apoderado de la parte actora que, se da una violación de la ley y la jurisprudencia de parte de la demandada, por la no inclusión de todos los factores en la liquidación de la pensión de jubilación del demandante.

Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La demandada Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando en síntesis que, la liquidación de la pensión se hizo conforme a lo estipulado en la ley 33 de 1985 y que por ello al acreditar el tiempo de servicios de veinte años y la edad de cincuenta y cinco, le concedió la pensión de jubilación incluyéndole los factores debidamente cotizados por lo que aquellos que solicita sean incluidos, no son procedentes. Asimismo sostuvo que, el acto de

Expediente: 08-001-33-33-006-2015-00509-00.

Accionante: ALVARO MORALES CUDRIZ

Accionado: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

reconocimiento fue expedido en vigencia del Decreto 3752 de 2003, por tanto su liquidación se hizo conforme a lo que allí se disponía.

Continuó manifestando que, la Ley 4ª de 1966 en sus artículos 2 y 4, dispuso sobre algunas bases sobre las que se calcularían las prestaciones económicas de los servidores públicos, así como que los factores para pensión quedaron establecidos en el Decreto 1045 de 1978, para luego mediante la Ley 33 de 1985, quedar determinados en el 75% del promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios y dada la calidad de servidores públicos que poseen los docentes ésta es la que debe aplicarse en armonía con la Ley 6ª de 1945.

En igual sentido sostuvo que, con posterioridad fue expedida la Ley 812 de 2003, la cual estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, la cual en su artículo 81 estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, condicionando la cuantía de la pensión a los factores sobre los cuales a partir de la fecha de la vigencia de la Ley cotiza el educador al FNPSM, esto es, la suma de aportes que para salud y pensión establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Igualmente indicó que, el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812 de 2003, estableció que el IBL de los docentes es el ordenado en el Decreto 1158 de 1994 y que a su vez, el Decreto 3752 de 2003, estableció que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la Ley 812 de 2003, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente, teniéndose como factores los consagrados en el Decreto 688 de 2002.

Finalmente, sostuvo que, con base en el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones elevado a canon constitucional por el acto legislativo No. 01 de 2015, solicita al Despacho que en caso de una condena, se aplique lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2015, rad. 2328-2013 en la que se concedió la facultad a la parte accionada a descontar de las mesadas pensionales, el monto que legalmente le correspondía asumir al actor.

Propuso las excepciones de Ineptitud de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y genérica o innominada.

II.3. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Delegada en asuntos administrativos ante este Despacho no rindió concepto en esta oportunidad.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

El libelo demandatorio fue presentado el 8 de abril de 2015¹, ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad; correspondiéndole por reparto a al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Barranquilla y mediante auto de 7 de julio de 2015, se avocó el conocimiento por parte de este Despacho, siendo admitida a través de auto de 25 de noviembre de 2015², notificándose las partes como corresponde. La demanda fue contestada en tiempo, fijándose las excepciones en lista entre el 25 y el 27 de mayo de 2016 y se realizó audiencia inicial el 15 de septiembre de 2016, dentro de la cual se ordenó la práctica de pruebas, la cuales fueron allegadas y se les corrió traslado entre el 7 y el 9 de febrero de 2018. Finalmente, mediante auto de 5 de marzo de 2018, se les corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, dentro del cual alegaron.

III. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente, reiterando la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, así:

III.1 FIJACIÓN DEL LITIGIO:

Tiene derecho el señor Álvaro Morales Cudriz, a que la demandada le reliquide la pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución 0108 de 11 de febrero de 2005, incluyendo todos los factores salariales que devengaba al momento de adquirir el status de pensionado.

III.2. PRUEBAS RELEVANTES

Se relacionan como pruebas relevantes, las siguientes:

- Resolución 0108 de 11 de febrero de 2005, por medio de la cual se le reconoció pensión de jubilación al actor, a partir del 21 de septiembre de 2004, con constancia de notificación de 18 de febrero de 2005. (Folios 16-18)
- Certificación laboral del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que se deja constancia que entre el 1 de enero de 2003 y el de enero de 2004, devengó como asignaciones mensuales, los emolumentos de asignación básica mensual, prima especial, prima de alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones. (Folio 19)

¹ Ver folio 39 del expediente.

² Folios 83-85

- Copia simple de la hoja de vida del actor, allegada por la Secretaría Distrital de Educación de Barranquilla, de la que se extrae como relevante lo siguiente:

- Resolución 07242 de 30 de septiembre de 2014, mediante el cual se declara el retiro forzoso del actor. (Folio 6 del cuaderno de anexos)
- Resolución 0108 de 11 de febrero de 2005, por medio de la cual se le reconoció pensión de jubilación al actor, a partir del 21 de septiembre de 2004, con la inclusión del factor salarial sueldo únicamente. (Folio 85 del cuaderno de anexos).
- Certificación suscrita por el Jefe de la División Administrativa de la Secretaría de Educación Distrital correspondiente al último año de servicio del actor, esto es, entre septiembre de 2003 y septiembre de 2004, en la cual se incluyen el sueldo, prima de alimento, prima especial, prima de navidad y prima de vacaciones. (Folio 342 del cuaderno de anexos)
- Resolución 04894 de 2015, mediante el cual se le reconoce y ordena el pago de una reliquidación pensional de jubilación al actor a partir del 28 de octubre de 2014. (Folios 395 y 396 del cuaderno de anexos)

III.3. ANÁLISIS DEL DESPACHO

Inicialmente habrá que traer a colación lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, sobre prestaciones sociales, así:

"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..."

Como ha de verse, esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, para luego extenderse a aquellos del nivel territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968 y en el caso de 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, indiscutiblemente 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.

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."

Más adelante, 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", como 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 señala que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales.

Ahora, pese a que la ley 100 de 1993³ 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...⁴; posteriormente fue expedida la ley 812 de 2003 que aprobó "el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"⁵. Esta normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo concerniente 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 137⁶. Finalmente, la Ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el "Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010"⁷, en su artículo 160 prorrogó la vigencia de algunas de las disposiciones de la Ley 812, entre ellas, las contenidas en el artículo 81.

³ 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.

⁴ Inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

⁵ Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

⁶ 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.

⁷ 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.

Según toda la normatividad precedente se puede colegir 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 y, 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.

Ahora bien, en lo que concierne al objeto de litis, tenemos que, el mismo ya ha sido estudiado por el Consejo de Estado⁸, entre otras, la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, en la cual manifestó:

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

(...)

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero Ponente Dr.: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, quien dentro de la Sentencia de Unificación proferida dentro del expediente con Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), de fecha 04 de agosto de 2010

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

(...) dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

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

(...)"

Como ha de verse, no cabe duda que la lista de factores salariales establecida en la Ley 33 de 1985, no es taxativa sino meramente enunciativa, lo cual no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador, durante el último año de prestación del servicio, percibidos de manera habitual como retribución directa del servicio.

Lo anterior y a manera de ilustración también lo refuerza el Despacho con la Sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Luis Fernando Álvarez, del 10 de Agosto de 2011, donde figura como parte actora el Ministerio de Educación Nacional, referencia Prestaciones Sociales del Magisterio – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidación y reconocimiento de las pensiones causadas durante la vigencia del Decreto 3752 de 2003, donde el Honorable Consejo de Estado, aclara lo siguiente, para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público oficial al entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 el Régimen pensional es el establecido por las normas que la regían para esa fecha, es decir, la Ley 81 de 1989 y demás normas concordantes.

Estableció así mismo, que por el contrario el de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de junio 27 de 2003, es el Régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los mismos requisitos en él exigidos.

La anterior postura, fue reiterada por el Honorable Consejo de Estado⁹ en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, y con criterio de Unificación, donde se dijo:

“Ahora bien, en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹⁰. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes”.

Dilucidado lo anterior, es pertinente hacer referencia a la Sentencia de extensión de jurisprudencia, del Consejo de Estado¹¹, donde se pronuncia con relación a la Sentencia SU -230 de 2015, de la Honorable Corte Constitucional:

“2.1.1.- Línea jurisprudencial en sede de revisión de tutelas, hasta la Sentencia SU-230 de 2015.

Conforme a una línea jurisprudencial consolidada en Salas de Revisión de Tutela, la Corte Constitucional sostuvo, hasta la Sentencia SU-230 de 2015, que en tratándose de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de los servidores públicos regidos por la Ley 33 de 1985 (entre otros) el concepto de monto debe comprender tanto el porcentaje

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Expediente: 25000234200020130154101, Referencia: 4683-2013.

¹⁰ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto en la referida sentencia, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores salariales contenidos en la leyes 33 y 62 de 1985 para el sector oficial. Pese a tal discrepancia, la Sección Segunda, en forma unánime, ha reconocido que la sentencia del 4 de agosto de 2010 constituye sentencia de unificación jurisprudencial y en tal carácter la ha aplicado, tanto en sentencias de segunda instancia, como en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, al igual que en sentencia de tutela contra providencias judiciales.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, Bogotá D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13).

aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resultaría quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquidara el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo resultaría aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora.

(...)

Mantiene el Consejo de Estado las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, así:

(...)

(i).- Como en virtud de lo dispuesto en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política, el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida a esta jurisdicción, es aquella dictada por este tribunal de cierre dentro del marco de la interpretación que la Constitución y la ley le confieren; por ello, no se considera vinculante la proferida por ninguna otra autoridad jurisdiccional, salvo la que expida la Corte Constitucional, en el ejercicio de control de constitucionalidad, esto es, como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución o la que expida la misma Corte Constitucional (en la forma como se expuso anteriormente) o a través de sentencias de unificación (también llamadas "SU"), en cuanto se refieren a la aplicación, interpretación y alcance de las normas constitucionales (en especial de los derechos fundamentales) y no en cuanto a la interpretación de las normas legales. Admitir una tesis contraria, esto es, que todas las sentencias SU de la Corte Constitucional tienen mayor fuerza vinculante que las dictadas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conduciría, como atrás se dijo, a desconocer uno de los pilares del Estado Social de Derecho, cual es la estricta separación del poder público en ramas y el insoslayable marco de competencias regladas.

(..)

(iii).- Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

(...)

(viii).- Aplicar un criterio distinto al señalado en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, conlleva una regresión de los derechos laborales.

(...)

Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen

pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos bajo el imperio de una ley anterior, menos aunque”.

De la jurisprudencia transcrita deduce el Despacho las siguientes primicias a saber: i) el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y su jurisprudencia es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia le está atribuida; por lo que se considera que además de ésta sólo resulta vinculante la que expida la Corte Constitucional, en el ejercicio de control de constitucionalidad, a través de sentencias de unificación; ii) que conforme al artículo 48 de la Ley 270 de 1996, las sentencia “C” de la Corte Constitucional sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efectos *erga omnes* en su parte resolutive y *“en la parte motiva sí y solo si ésta fundamentara de manera directa e inescindible la decisión contenida en la parte resolutive”*, por lo que las adoptadas en ejercicio de acciones de tutela sólo constituyen un criterio auxiliar. Es así como que, la única sentencia de las antes enunciadas, que es tipo “C”, es la C-258 de 2013, pues las SU 230 de 2015 y SU 427 de 2016, son sentencias de tutela; sin embargo, la misma se refiere exclusivamente al sentido y alcance del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que no resulta aplicable al asunto que nos ocupa; iii) que lo dispuesto en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, tienen carácter prevalente y vinculante para esta jurisdicción, a la luz de lo dispuesto en los artículo 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011; iv) que de conformidad con el parágrafo del artículo 334 de la Constitución, *bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derecho fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”*, lo cual se traduce en el hecho que no se puede favorecer la sostenibilidad fiscal sobre el menoscabo de los derechos fundamentales de los pensionados, relacionados con la reliquidación y reajuste de su prestación social; v) que en virtud del principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 constitucional, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho se debe privilegiar al trabajador; vi) que si bien, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos es susceptible de ser modificado, no es menos cierto que, para evitar la vulneración de derechos adquiridos y expectativas legítimas, el legislador previó el régimen de transición, el cual es inescindible en cuanto a sus beneficios, pues no pueden ser desconocidos, los cuales abarcan edad, tiempo de servicio y monto, donde este último incluye factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación; vii) que el hecho que la entidad pública empleadora no hubiere efectuado los aportes de ley, no puede traducirse en un menoscabo de los derechos de los trabajadores, viii) que aplicar la tesis dispuesta por la Sección Segunda del Consejo de Estado, no viola el principio de razonabilidad en la prestación, toda vez que la misma se refiere es a que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral.

Posteriormente y en Sentencia de Tutela, el Consejo de Estado¹², concluyó que los Jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, pues deben respetarse los derechos adquiridos, en el sentido de que para aplicar la Sentencia SU, debe tenerse en cuenta la fecha de su publicación, es decir, que quienes adquirieron el status de pensionado (a) con anterioridad a la fecha de publicación de la Sentencia SU 230 de 2015, (06 de julio de 2015), se les debe aplicar la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010.

Siendo ello así, tenemos que en el *sub iudice* el actor adquirió el status de pensionado a través de Resolución 0108 de 11 de febrero de 2005, por medio de la cual se le reconoció pensión de jubilación al actor, a partir del 21 de septiembre de 2004, es decir, mucho antes de la publicación de la Sentencia SU-230 de 2015, a que hicimos referencia en líneas que anteceden, lo que nos conduce a afirmar que resulta procedente la aplicación de los preceptos contenidos en principio en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado 4 de agosto de 2010, máxime si tenemos en cuenta que ingresó a la docencia el 8 de febrero de 1966¹³, esto es, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003.

En este orden de ideas, y a fin de garantizar la igualdad material, la primacía de la realidad sobre las formalidades, así como el principio de favorabilidad en materia laboral resulta procedente la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la demandante con la inclusión de los factores que constituyen salario, y que efectivamente percibió de manera habitual en el último año de servicio y que no le fueron liquidados por la entidad demandada, los cuales, según certificación del FNPSM visible a folios 19, son además la asignación básica, la prima de alimento, prima especial, prima de navidad y prima de vacaciones.

Así las cosas, tenemos que las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperar, habida cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el acto administrativo mediante el cual reconoció la Pensión Vitalicia de Jubilación al señor Álvaro Morales Cudriz, sólo tuvo en cuenta como factores salariales de base para la liquidación, el sueldo básico.

Ahora bien, en lo que concierne a la solicitud de la demandada de que en caso de ser condenada, se determine la actualización a valor presente del pago que debe realizar el docente por los factores sobre los cuales nunca cotizó durante la relación laboral, habrá que decir que, le asiste a la demandada el derecho a descontar los aportes

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, Bogotá, D. C., marzo veintitrés (23) de dos mil diecisiete (2017), RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2016-03366-01, ACTOR: MARTHA NELLY BENAVIDES NOGUERA, DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Y OTROS, ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

¹³ Según certificación visible a folio 144

correspondientes a los factores sobre los cuales no haya efectuado la deducción legal, en procura de no lesionar las finanzas del Estado, en especial aquellas con las cuales se financian las pensiones de todos los Colombianos. Tal como también lo ha reconocido el Consejo de Estado¹⁴, en el que señaló que, *"Por otra parte, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación indicando que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento pensional"*.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto al fenómeno jurídico de la prescripción, se tiene que el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con los artículos 488 y 489 del C.S. del T., contemplan la prescripción de los derechos laborales por el término de tres (3) años, así mismo indican que el reclamo escrito interrumpe la prescripción por un lapso igual.

Revisado el expediente, se aprecia que el actor adquirió el status de pensionado a través de Resolución 0108 de 11 de febrero de 2005, por medio de la cual se le reconoció pensión de jubilación, a partir del 21 de septiembre de 2004. No obstante, se advierte que, el demandante no presentó petición ante la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el ajuste de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al status de pensionado, lo cual implica que se interrumpió la prescripción trienal que opera en el ámbito administrativo laboral¹⁵, con la presentación de la demanda, esto es, el 8 de abril de 2015, por tanto respecto de las diferencias pensionales dejadas cancelar anteriores al 8 de abril de 2012, operó el mencionado fenómeno jurídico.

Por consiguiente, es menester indicar que, se encuentran prescritas las diferencias pensionales no canceladas, anteriores al 8 de abril de 2012, por lo que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio deberá liquidar y reajustar la asignación de retiro de la actora a partir del 21 de septiembre de 2004, pero sólo se encuentra obligada a cancelar las diferencias, que resulten de dicho reajuste o incremento, aquellas causadas a partir del 8 de abril de 2012.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección II. Subsección B. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de 2011. Radicación número: 13001-23-31-000-2006-00577-01 (1559-10).

¹⁵ El artículo 42 del Decreto 3135 de 1968, consagra: *"Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."*
Igual disposición es reiterada por el artículo 101 del Decreto 1848 de 1969.

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.

IV.COSTAS.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

V.DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Consejero FALLA:

PRIMERO: Declárase probada la excepción de prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 8 de abril de 2012. ---

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la Resolución 0108 de 11 de febrero de 2005, expedida por el FOMAG, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación del señor Álvaro Morales Cudriz con cargo al el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: 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 al señor Álvaro Morales Cudriz, mediante Resolución 0108 de 11 de febrero de 2005, incluyendo los factores salariales de asignación básica, prima de alimento, prima especial, prima de

Expediente: 08-001-33-33-006-2015-00509-00.

Accionante: ALVARO MORALES CUDRIZ

Accionado: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

navidad y prima de vacaciones, devengados durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho. Se deberán aplicar los reajustes anuales correspondientes y se deberán cancelar las diferencias desde el 8 de abril de 2012.

CUARTO: 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.

QUINTO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, 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: Désele cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

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

NOVENO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
RAVIA JUJUE
MAURICIO JAVIER RODRÍGUEZ AVENDAÑO
JUEZ

