

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

Barranquilla, treinta y uno (31) de Agosto de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO- MUNICIPIO DE SOLEDAD

La señora BLANCA MIRYAM LINARES MARIN, a través de apoderado judicial, ha promovido acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE SOLEDAD, formulando las siguientes:

I. PRETENSIONES

Las súplicas de la demanda fueron expuestas de la siguiente forma:

1. *Que se declare nulo de pleno derecho, el acto administrativo recibido el 3 de diciembre de 2014, firmado por ALEJANDRO FERNANDEZ YEPEZ, Secretario de Educación de Soledad Atlántico, en el que se da respuesta a la petición en la que solicita el ajuste de su pensión ordinaria vitalicia, incluyendo todos los factores salariales, que según la ley debían tenerse en cuenta al momento de su liquidación, requerimiento que fue presentado por mi poderdante el 16 de octubre de 2014.*
2. *Y con ello se orden el restablecimiento del derecho a mi representada ordenando que se revoque, aclare o adicione parcialmente la resolución No. 000153 de 4 de noviembre de 2009, a nombre del pensionado BLANCA MIRYAM LINARES MARIN, con cedula de ciudadanía No. 22.422.587 de Barranquilla, por la cual se reconoció y ordenó pago de su pensión ordinaria de jubilación incluyendo en su liquidación todos los factores salariales que según la ley debían tenerse en cuenta al momento de su liquidación inicial.*

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

3. *Que se le incluyan además de los factores salariales reconocida en ella, los demás que efectivamente devengaba al momento de adquirir el estatus de pensionada y que no fueron incluidos en la liquidación tales como prima de vacaciones, prima de navidad, prima de exclusividad y se ordene el estatus de pensionada hasta la fecha en que se haga efectivo el citado reconocimiento junto con la indexación a que haya lugar.*

II. HECHOS

El Despacho se permite sintetizar los hechos de la demanda así:

-La demandante fue vinculada al servicio educativo nacional mediante resolución No, 1.506 de 1 de febrero de 1980, expedida por el Ministerio de Educación Nacional. Con resolución No. 000153 de fecha 4 de noviembre de 2009, la Secretaria Municipal de Soledad, reconoció y ordenó el pago de su pensión vitalicia de jubilación por ser docente nacional de situado fiscal y haber cumplido los requisitos de la ley.

- Al momento de su liquidación de pensión ordinaria, no se le incluyó el total de los factores salariales recibidos el año inmediatamente anterior al reconocimiento pensional, como lo ordena la ley a saber: La prima de exclusividad, prima de navidad, factores que debieron ser incluidos por tratarse de bonificaciones recibidas durante todo el año.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Señala la accionante, como normas violadas:

- Artículos 81 de la ley 812 de 2003
- Artículo 48 de la Constitución nacional.
- Ley 33 de 1985 Los artículos 1, 3, 4 de la ley 33 de 1995.
- El decreto 1045 de 1978

IV. ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada 24 de abril de 2015, correspondiéndole por reparto al Juzgado Séptimo Administrativo Oral Del Circuito. Sin embargo en virtud del acuerdo PSAA13-9260 del 21 de febrero de 2015 en su artículo 5, y la redistribución de 352 procesos del Juzgado Séptimo Administrativo, con destino a este despacho, correspondió el conocimiento del presente proceso y se avocó su conocimiento mediante auto de 10 de julio de 2015.

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

El 22 de febrero de 2016, se inadmitió por presentar falencias en los requisitos de la demanda ordenándose subsanar, lo cual fue realizado el día 29 de febrero de 2016, siendo admitida 18 de abril de 2016, ordenándose y realizándose las notificaciones correspondientes.

Vencido los términos de traslado se realizó audiencia inicial el día 4 de mayo de 2017, en la cual se declaró precluido el periodo probatorio, y considerando innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, razón por la cual se ordenó la presentación de alegatos por escrito, dentro de los 10 días siguientes. Término que fue utilizado por las partes. El 5 de julio de 2017 mediante auto este despacho ordenó una prueba de oficio que fue surtida hasta el 11 de agosto de 2017, recibiendo el concepto del Ministerio público del 2 de noviembre de 2017.

V. POSICION DE LAS PARTES

V.1 PARTE DEMANDANTE.

El apoderado de la parte demandante manifiesta que la liquidación de la pensión de jubilación ordenada y pagada a la actora no tuvo cuenta todos los factores que constituyen su salario, violando disposiciones de tipo Constitucionales y Legal, como son: El artículo 91 de la ley 812 de 2003. Debiéndose aplicar las normas que reconocen los derechos pensionales a los docentes nacionales, de tal forma que esta ley se debe aplicar los factores de artículo 45 del decreto 1045 de junio 7 de 1978 para el caso en estudio.

Así mismo, se dejó de aplicar la ley 33 de 1985 y la ley 62 de 1985.

V.2 PARTE DEMANDADA.

-. La Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, a través de apoderado judicial contestó la demanda de la referencia oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo en síntesis lo siguiente:

La pretensión de reajuste a la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año al estatus de pensión no es viable conforme a la ley. Así mismo, el acto administrativo demandando goza de la presunción de legalidad (artículo 88 de la Ley 1437 de 2011), y la parte accionante no

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

acredita siquiera sumariamente que esta haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

- El Municipio de Soledad, se opuso a toda las pretensiones en los siguientes términos: La resolución No. 0153 de 4 de noviembre de 2009, fue expedida conforme a derecho, en observancia de las disposiciones legales contenidas en la ley 91 de 1989 y la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985. Por lo tanto no es pasible de ser anulado por que en su expedición, no se adecuó, ni se materializó ninguna de las causales de nulidad prevista en el artículo 137 del CPACA.

Ahora bien, si en gracia a la discusión, se dijera que la prima de navidad y la prima de exclusividad son parte de los factores que sirvieron para liquidar la pensión de jubilación, toda la responsabilidad recae en cabeza de la Fiduciaria La previsora S.A., ente encargado de la administración del FOMAG.

V.3 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Judicial delegada en asuntos administrativos ante éste Despacho, en su concepto rendido manifiesta que deben concederse las pretensiones de la demanda, toda vez que se encuentra demostrado en el sub iudice que la actora tiene derecho a la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación y en ese sentido le sean incluido todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a obtener el estatus de pensionada tales como prima de navidad y prima de vacaciones.

VI. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

VI. 1 EXCEPCIONES DE MERITO

La Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones sociales de Magisterio, propuso como excepciones de méritos (i) Inexistencia de la obligación (ii)

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

cobro de lo debido (iii) prescripción (iv) Compensación (v) Excepción genérica o innominada.

El Municipio de Soledad, propone como excepciones de mérito: (i) inexistencia de la obligación (ii) Prescripción.

Al respecto, advierte el Despacho que por estar sustentadas con argumentos que serán objeto de análisis para la resolución del fondo de la Litis, su resolución se efectuará junto con el fondo de las pretensiones en el presente fallo de mérito.

PROBLEMA JURÍDICO:

Reitera el Despacho el problema jurídico así:

¿Tiene derecho la señora BLANCA MIRYAM LINARES MARIN que la entidad demanda le reliquide la pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución 00153 de 4 de noviembre de 2009, incluyendo todos los factores salariales que devengaba en el último año inmediatamente anterior al momento de adquirir el status de pensionada, de conformidad con lo preceptuada por la Ley 33 de 1985?

Lo probado en el proceso:

Se relacionan como pruebas relevantes, las siguientes:

-. Resolución 000153 de 4 de noviembre de 2009, por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación, por el cumplimiento de los requisitos para ello, teniendo en cuenta para su liquidación el sueldo y una doceava parte de la prima de vacaciones. (fls. 131-132)

-. Certificado de salarios expedido por el FOMAG, de 1 de enero a 31 de diciembre de 2008 y 1 de enero a 11 de mayo de 2009. En el que consta que la actora recibió como factor salarial asignación básica o sueldo, prima de exclusividad, prima de vacaciones y prima de navidad. (fl. 139)

MARCO JURÍDICO

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

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

"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%)

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

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.

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

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 1° 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 1° 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 2° del artículo 279, excluye a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al expresar:

”Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”.

De esta forma, según el Consejo de Estado, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplicaba a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación –

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

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 1993 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..."; posteriormente fue expedida la ley 812 de 2003 que aprobó "el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario". 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".

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137. Finalmente, la Ley 1151 de 2007, por la cual se expidió el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, 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 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 Estado, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación calendada 04 de agosto de 2010, 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

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones".

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 Estado en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda con fecha veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), y con criterio de Unificación, donde se dijo:

RADICACIÓN	: 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO	: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

"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 2010. 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 Estado, Sección Segunda, Subsección A, de veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), 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 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.

(...)

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

(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.
(...)

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 premisas a saber: i) el Consejo de Estado es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y su

RADICACIÓN	: 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	: BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO	: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

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 párrafo 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 de marzo veintitrés (23) de dos mil diecisiete (2017), el Consejo de Estado, Sección Quinta, ponencia del Dr. Carlos Moreno Rubio,

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

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.

CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO FORMULADO:

Siendo ello así, tenemos que en el *sub iudice* la actora adquirió el status de pensionada a través Resolución 000153 de 4 de noviembre de 2009, con efectos a partir del 26 de abril de 2009, es decir, 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, de acuerdo al certificado de historia laboral obrante a folio 115, ingresó a la docencia 20 de marzo de 1980, 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 al 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 FOMAG - Fiduprevisora visible a folio 139, son, además la asignación básica, la prima de exclusividad, la prima de vacaciones y prima de navidad.

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 a la señora BLANCA MIRYAM LINARES MARIN, sólo tuvo en cuenta como factores salariales de base para la liquidación la asignación básica y una doceava parte de la prima de vacaciones; por lo que habrá de incluirse en la base de liquidación, el valor total de la prima de navidad, la prima de exclusividad y el valor total de la prima de vacaciones.

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

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 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 Estado Sección II Subsección B en Sentencia de diecisiete (17) de marzo de 2011, con ponencia del Dr. Víctor Alvarado Ardila, en la 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”*.

En cuanto al fenómeno 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 a la actora se le reconoció pensión de jubilación a través del acto administrativo N°. 000153 de 4 de noviembre de 2009, que frente a esta no presentó recurso alguno; solicitando su reliquidación para la inclusión de todos los factores salariales, el 16 de octubre de 2016, lo cual implica que se interrumpió la prescripción trienal que opera en el ámbito administrativo laboral, por tanto respecto de las diferencias pensionales dejadas cancelar anteriores al 16 de octubre de 2013, operó el mencionado fenómeno jurídico.

Las diferencias resultantes, a partir del 16 de octubre de 2013, se ajustarán en su valor aplicando la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la

• **RADICACIÓN** : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
• **MEDIO DE CONTROL** : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
• **DEMANDADO** : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

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.

- **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.

DECISION

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,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE no probadas las excepciones de mérito propuestas por las partes demandadas.

SEGUNDO: DECLÁRESE La Nulidad del acto administrativo expedido por la Secretaría de Educación de Soledad Atlántico, recibido por la actora, el día 3 de diciembre de 2014, el cual negó la reliquidación de pensión de jubilación vitalicia reconocida a la señora BLANCA MIRYAM LINARES MARIN mediante Resolución No. 000153 de 4 de noviembre de 2009, en la que no se incluyeron todos los factores salariales, como prima de navidad, prima de exclusividad y el total de la prima de vacaciones. Esto 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- FOMAG, a reliquidar la pensión reconocida a la señora BLANCA MIRYAM LINARES MARIN, mediante Resolución No. 000153 de 4 de noviembre de 2009, incluyendo el valor total de la prima de vacaciones, el valor total de la prima de navidad y el valor total de la prima de exclusividad, devengado 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 16 de octubre de 2013, indexada como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

RADICACIÓN : 08-001-33-33-003-2015-00617-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : BLANCA MIRYAM LINARES MARIN
DEMANDADO : NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -MUNICIPIO SOLEDAD, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SOLEDAD.

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: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAURICIO JAVIER RODRÍGUEZ AVENDANO

JUEZ