



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

Barranquilla, veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado	08001333300620160011600
Medio de control o Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	LUZ MARINA PRZYBYLKOWSKI GUZMAN
Demandado	NACIÓN –MEN –FOMAG –DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO
Juez	MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por Luz Marina Przybylowski Guzman, contra la Nación .Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Departamento del Atlántico –Secretaría de Educación Departamental, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

II.1.- DEMANDA

Se sintetiza de la siguiente manera:

- 1.- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación.
- 2.- Que se ordene a la parte demandada restablecer el derecho en el sentido de incluir la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, tales como horas extras y prima de navidad.
- 3.- Como consecuencia de tal declaración, condenar al pago del retroactivo desde la fecha en que la demandante adquirió el estatus de pensionada hasta que se haga efectivo el pago, junto con sus intereses y debidamente indexado.
- 4.- Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada
- 5.- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

II.2.- HECHOS

- 1.- La demandante cumplió con los requisitos de tiempo de servicio y edad señalados en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, para el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación por parte de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.- la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012, reconociendo y ordenando el pago de la pensión de jubilación.

3.- La Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012 liquidó la pensión de jubilación de la actora teniendo en cuenta los factores de asignación básica y prima de vacaciones por cuantía de \$1.673.425.00.

4.- La demandante devengó además de los factores salariales antes señalados, los de horas extras y prima de navidad, los cuales fueron excluidos del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación.

II.3.- CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Fueron invocados como fundamentos de derecho los siguientes:

Constitución Política: Artículos 25, 48 y 53

Legales:

Ley 62 de 1985

Ley 33 de 1985

Ley 91 de 1989

Arguye la parte actora que, la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012 al aplicar en estricto sentido las disposiciones contenidas en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y 1° de la Ley 62 de igual año, resulta violatoria de los artículos 48 y 53 constitucional al no incluir la totalidad de factores salariales al liquidar la pensión de vejez la señora Luz Marina Przybylkowski Guzman, así como el precedente jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado, citando in extenso distintos pronunciamientos de esa Corporación sobre la materia.

II.4.- CONTESTACIÓN

II.4.1.- NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FOMAG

Manifestó la apoderada judicial de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –FOMAG que, se opone a todas las pretensiones de la demanda, por considerar en síntesis que, la pensión de vejez de la actora fue liquidada teniendo en cuenta los factores salariales contemplados en la Ley y que aquellos cuya inclusión se pretende no resulta viable conforme al ordenamiento jurídico actual, dado que, los mismos no fueron tenidos en cuenta como base para la cotización de los aportes pensionales durante el último año anterior a adquirir el estatus de pensionada.

Aduce la demandada que se configura las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y excepción genérica o innominada.

II.4.2.- DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO

El apoderado judicial del ente territorial al contestar la demanda, sostuvo que se opone a las pretensiones de la misma, dado que, la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012 fue fundamentada en el régimen jurídico de la Ley 33 de 1985 aplicable a los docentes por no

existir un régimen especial, dado que los mismos se encuentra excluidos de la Ley 100 de 1993, por lo que no se encuentran incluidos la prima de navidad y las horas extras como factores salariales para la liquidación de la pensión de jubilación de la actora.

Así mismo, señala la entidad demandada al expedir la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012 lo hizo a nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –FOMAG y con la aprobación de la FIDUPREVISORA S.A., por lo que en sus sentir, el Departamento del Atlántico no está facultado para reconocer la pensión de jubilación de la actora dado que era el fondo administrador de los recursos del FOMAG a quien le correspondía indicar qué emolumentos debían ser incluidos en la liquidación, conforme al artículo 56° de la Ley 962 de 2005.

En ese sentido planteó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, genérica e innominada.

II.5.- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 22 de junio de 2016, siendo admitida a través de auto de 29 de julio de 2016, mediante el cual se dispuso notificar a las partes y a la señora Procuradora Delegada ante este Despacho, diligencia surtida el día 12 de octubre de 2018.

Vencido el término de traslado de la demanda de que trata el artículo 199 CPACA y 612 del CGP, mediante auto de 08 de mayo de 2017 fue fijado el día 21 de junio de 2018 a las 9:45 a.m. como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, diligencia en la que se tuvieron como prueba los documentos aportados por la parte demandante, prescindiéndose de la audiencia de pruebas por considerarse innecesaria, y disponiendo la presentación de los alegatos de conclusión mediante auto de 08 de agosto de 2018, dictándose auto de mejor proveer el día 09 de septiembre de 2018 requiriendo al Departamento del Atlántico con el fin de que allegara certificación de los factores salariales que sirvieron como base de cotización de los aportes a pensión de la demandante durante el último año de servicios anterior a adquirir el estatus de pensionada.

II.6.- ALEGACIONES

II.6.1.- PARTE DEMANDANTE

La parte actora, dentro de la oportunidad procesal para ello no alegó de conclusión.

II.6.2.- PARTE DEMANDADA

La Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante escrito de 21 de agosto de 2018 describió el traslado y alegó de conclusión aduciendo que, para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003 los únicos factores salariales que deben ser tenidos en cuenta son la asignación básica mensual conforme a la Ley 91 de 1989 y el sobresueldo según el Decreto 3621 de 2003, por lo que, conforme a la Ley 1151 de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al FOMAG se realizará teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, situación que no se ajusta al caso objeto de la presente demanda, por cuanto al momento en que la demandante adquirió el estatus de pensionada, se encontraba vigente el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 manteniéndose inmodificables éstas por ser situaciones jurídicas consolidadas y respecto de las cuales a la Ley 1151 de 2007 no estableció modificación alguna.

Por tanto, concluye que deben negarse las pretensiones de la demanda, por cuanto los factores salariales que deben hacer parte de la liquidación de la pensión de vejez de los docentes del FOMAG están delimitados por la Ley y son inmodificables.

II.7.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El ministerio público rindió concepto en el presente asunto, en el cual sostuvo que, una vez analizadas las pruebas que rezan en el expediente y conforme a la sentencia de unificación que sobre la liquidación de las pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 expidió el Consejo de Estado fechada 28 de agosto de 2018, deben concederse las pretensiones de la demanda, dado que la actora tiene derecho a la inclusión de la totalidad de factores salariales que sirvieron de base para cotización de los aportes de pensión por ser beneficiaria de la Ley 91 de 1989, pues la señor Luz Marina Przybyłkowski Guzmán se vinculó al FOMAG con anterioridad al 26 de junio de 2003 por lo que es aplicable las disposiciones allí contenidas.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

IV.- CONSIDERACIONES

IV.1.- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

Tanto la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como el Departamento del Atlántico propusieron las excepciones previas de falta de legitimidad en la causa por pasiva, las cuales fueron resueltas en audiencia inicial de 21 de junio de 2017, quedando por resolver únicamente las excepciones de mérito por ellas propuestas, las cuales se abordarán con el fondo del asunto.

IV.2.- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae en determinar si debe declararse la nulidad parcial de la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012, por medio del cual le fue reconocida la pensión de jubilación a la actora, y en consecuencia ordenar la reliquidación de esa prestación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados al momento de adquirir el estatus de pensionada

IV.3.- TESIS

El Despacho sostendrá la tesis de que en el presente asunto le asiste derecho a la demandante de percibir la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de factores salariales que sirvieron de base para la cotización en pensión durante el último año de servicio anterior a adquirir el estatus de pensionada, conforme a la Ley 91 de 1989.

IV.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Sea lo primero indicar que, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 sobre prestaciones oficiales, consagró:

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

...

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

En principio, la Ley 6 de 1945 rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que posteriormente, se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968, subrogado por la Ley 33 de 1985 para los servidores territoriales. Dicho Decreto Ley 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, comprende un régimen “especial” de los educadores, no obstante, de manera pacífica tanto el Consejo de Estado como los distintos Tribunales y Jueces Administrativos, habían sostenido que esa disposición no regulaba las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de manera que era preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1°, establece:

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

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. 2°. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

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. 3°. 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.”

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 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 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.

2. Pensiones: A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

(...) “(Subrayado por el Despacho)

De la norma en cita se colige que, los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a partir del 01 d enero de 1981 y los nombrados a partir del 01 de enero de 1990, tienen derecho a que se les reconozca una pensión equivalente al 75% de lo devengado durante el último año de servicios.

Ahora bien, en lo que respecta al régimen general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, se tiene que el artículo 11° de la Ley 100 de 1993, modificado a su vez por el artículo 1° de la Ley 797 de 2003, dispuso:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”.

Seguidamente el artículo 36° *bidem*, consagró el régimen de transición pensional aplicable a las personas que a la entrada en vigencia de esa normativa cumplieran las siguientes condiciones:

“(…)

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

(…)” (Negrilla y subrayado nuestro)

De lo anterior se colige que, aquellos servidores públicos que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tuvieran 35 o más años de edad, en el caso de las mujeres, y 40 o más años de edad, en el caso de los hombres, o hubieren cotizado 15 o más años de servicios, se les aplicarán las disposiciones contenidas en el régimen pensional anterior al cual estuvieran afiliados.

No obstante la aplicación de la disposición contenida en el citado artículo, quedó condicionada en el tiempo a lo establecido en el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 001 de 2005, por medio del cual fue adicionado el artículo 48° constitucional, así:

“Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”. (Negrilla y subrayado nuestro)

En ese sentido, los efectos del régimen de transición contenido en el artículo 36° de la Ley 100 de 1993 rigió hasta el 31 de julio de 2010 y solo se extendieron hasta el año 2014 para

aquellas personas que tuvieran un mínimo de 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la fecha de entrada en vigencia de esa modificación, esto es, el 25 de julio de 2005.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones beneficiarias del régimen de transición, se permite acotar el Despacho que, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado¹, sobre este tema había sido pacífica, pues había establecido que se debe entender que el Artículo 3º de 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. En efecto, a través de su jurisprudencia, sostenía lo siguiente:

"En casos como el presente, es decir, el de aquellos empleados que están cobijados por el régimen anterior de acuerdo con lo señalado en la transición señalada en la Ley 33 de 1985, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que si bien esta disposición no señaló nada en cuanto al monto de la liquidación, lo procedente, en atención no sólo al principio de favorabilidad sino también al de inescindibilidad de la Ley, es aplicar el régimen anterior en cuanto a este aspecto también, pues una actuación en contrario, desconoce el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho". (...)

En consecuencia, es procedente aplicar a la actora, el régimen anterior a la Ley 33 de 1985 en su totalidad, que no es otro que el contenido en el Decreto Ley 3135 de 1968, por tratarse de una empleada de carácter nacional, pues durante los 33 años de su vida laboral, se desempeñó en la Registraduría Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano Agropecuario." (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 23 de febrero de 2012, Rad.: 2004-01309-01(1143-08).

En efecto, jurisprudencia² del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo hasta hace poco, sintetizaba su línea jurisprudencial respecto al régimen de transición en los siguientes términos conceptuales:

"(...)La línea jurisprudencia del Consejo de Estado, se sintetiza en que esta Corporación, ha entendido el régimen de transición: a) bajo los principios de integridad e inescindibilidad normativa b) la noción de "monto" e "ingreso base de liquidación" como una unidad conceptual, c) los factores integrantes de éste, como meramente enunciativos y no taxativos, d) y ha ordenado el descuento por aportes en cuanto no se hubieren efectuado, para mantener el equilibrio en las finanzas públicas pensionales."

No obstante ello, debe precisarse que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fueron excluidos del régimen general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, por lo que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de ese cuerpo normativo no le es aplicable, tal y como lo establece el artículo

¹ sentencia de unificación del Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso, Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

² Consejo de Estado consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017), RADICADO: 250002342000201301541 01, NÚMERO INTERNO: 4683-2013.

279 ibídem. Así lo adujo el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018:

"Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 198930. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

"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:

[...]

2. Pensiones:

[...] B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...]."

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media

establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

“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 [...]”.

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

"[...] Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones

sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. (...)” (Negrillas y subrayas nuestras)

Conforme a la nueva postura del Consejo de Estado, dos son las reglas que se deben tener en cuenta para efectos del cálculo del IBL de la mesada pensional de los beneficiarios del régimen pensional contemplado en la Ley 33 de 1985, la primera tiene que ver con la aplicación integral del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que la liquidación de esta prestación dependerá del estudio concreto de cada caso, es decir, si al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 al beneficiario le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Ahora, si al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 al beneficiario del régimen de transición le hiciere falta más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Quedando exceptuado de esta interpretación los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con anterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, a los cuales se les aplicará lo dispuesto en el literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, quedando entonces limitada la aplicación de la Ley 100 de 1993 a los docentes vinculados a partir de la vigencia de la mencionada Ley.

No obstante, en lo que tiene que ver con los factores salariales que deben conformar ingreso base de liquidación, deben tenerse en cuenta únicamente aquellos que sirvieron como base para los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, sin excepción alguna, es decir, aplica para todos los beneficiarios del régimen de transición pensional.

Es claro entonces que, el IBL de las pensiones de los docentes afiliados al FOMAG antes del 26 de junio de 2003, se calculará conforme al 75% de la totalidad de factores salariales que sirvieron como base de cotización al Sistema de Pensiones durante el último año de servicios anterior a adquirir el estatus de pensionado, conforme a lo preceptuado en la Ley 91 de 1989.

V.- CASO CONCRETO

V.1.- HECHOS PROBADOS

Se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

1.- Que la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán fue nombrada docente de vinculación municipal desde el 13 de febrero de 1992 hasta el 11 de marzo de 2014, para un total de 22 años y 28 días de cotización al FOMAG, conforme al certificado de salarios obrante en el expediente administrativo. (Folio 134)

2.- Que a la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán le fue reconocida pensión de jubilación mediante Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012 expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico, en cuantía de \$1.673.425.00 en la cual se tuvo como IBL los factores salariales de asignación básica y prima de vacaiones. (Folio 7)

3.- Que en el último año de servicios sirvieron como factores salariales para el ingreso base de cotización en pensión de la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán, asignación básica, prima de vacaciones y horas extras, conforme al certificado expedido por la Oficina de Nómina de la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico. (Folio 160)

4.- Que durante el último año de servicios la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán devengó por horas extras un total de \$3.084.149.00, conforme al certificado de salariales expedido por el FOMAG (Folios 18-19)

4.- Que la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán se afilió al FOMAG con anterioridad al 26 de junio de 2003, por lo que es aplicable la Ley 91 de 1989. (Folio. 134)

V.2.- ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURÍDICO

La parte demandante en sus pretensiones solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012 y en consecuencia, se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Conforme a lo aducido en el marco normativo y jurisprudencial del presente proveído, se tiene que en tratándose de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales con anterioridad al 26 de junio de 2003, se encuentran excluidos del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que el régimen general de seguridad social en pensión los excluyó conforme al artículo 279 ibídem.

En ese sentido se tiene que, los docentes que para el 26 de junio de 2003 se encontraran afiliados al FOMAG, tienen derecho a percibir una pensión de jubilación equivalente al 75% de la totalidad de factores salariales que sirvieron de base para cotización en pensión durante el última año de servicio anterior a adquirir el estatus de pensionado, conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Descendiendo al caso concreto se tiene plenamente probado que, la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán se afilió al FOMAG el día 13 de febrero de 1992, es decir, con

anterioridad al 26 de junio de 2003 , por lo que le es aplicable las disposiciones de la Ley 91 de 1989.

Igualmente se encuentra acreditado que, durante el último año de servicios anterior a adquirir el estatus de pensionada, esto es entre el 12 de febrero de 2011 y el 12 de febrero de 2012, la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán tuvo como factores salariales para la cotización en pensión los de asignación básica y horas extras, factor este último que fue excluido por la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico al momento de efectuar el cálculo del Ingreso Base de Liquidación.

Así las cosas, observa el Despacho que le asiste derecho a la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán de percibir la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión del factor salarial de horas extras, por haber servido como base de cotización en pensión durante el último año de servicio, aplicando el 75% sobre dicho factor, por lo que habrá lugar a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0604 de 2012.

Habiéndose encontrado la prosperidad de las pretensiones de la demanda, es menester estudiar la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas, indicando 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 se le reconoció pensión de jubilación a través de la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012, frente a la cual no se presentó recurso alguno, por lo que ha de tenerse en cuenta que el término de prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda, esto es 22 de junio de 2016, operando dicho fenómeno a partir de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de junio de 2013, por lo que la diferencia de las mesadas de pagarán a partir de esa fecha debidamente indexadas.

Las diferencias resultantes 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 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.

VI.- 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, conforme al artículo 188 CPACA.

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,

VII.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. 0604 de 11 de julio de 2012, por medio del cual la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico reconoció pensión de jubilación a la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán .

TERCERO: CONDÉNASE a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, a título de restablecimiento del derecho, reliquidar la pensión reconocida a la señora Luz Marina Przybylkowski Guzmán, mediante 0604 de 11 de julio de 2012, incluyendo el valor total de las horas extras, devengadas 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 22 de junio de 2013.

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 CAPACA dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

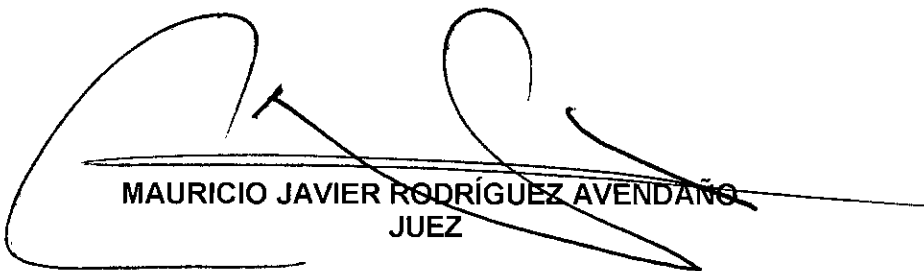
SEXTO: Désele cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA

SÉPTIMO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del CPACA

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 CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MAURICIO JAVIER RODRÍGUEZ AVENDAÑO
JUEZ