

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

AUDIENCIA INICIAL

Manizales, Octubre 22 de 2013

Siendo las tres (3:00) de la tarde, **EL JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, declara abierta la audiencia inicial, consagrada en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dirige esta audiencia el suscrito juez **JAIRO ALEJANDRO GIRALDO PATIÑO**.

Se procede a la verificación de la asistencia de las partes

INTERVINIENTES

Al iniciarse la audiencia se encuentran presentes:

Abogado de la parte demandante. **Dra. LILIANA PATRICIA RODRÍGUEZ DUQUE** quien presenta sustitución de poder otorgado por el **Dr. RUBÉN DARÍO GIRALDO MONTOYA**. El Despacho le reconoce personería para actuar en los términos y para los fines del poder a ella conferido.

Abogado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. **Dr. YENNY TATIANA HURTADO TORO** quien presenta sustitución de poder otorgado por el **Dr. HÉCTOR OCTAVIO RUEDA BARRIOS**. El Despacho le reconoce personería para actuar en los términos y para los fines del poder a ella conferido.

El Despacho deja constancia que la señora delegada del ministerio público **Dra. LUZ ADRIANA GOMEZ OCAMPO**, ni el apoderado del Departamento de Caldas no asistieron a la presente diligencia.

IDENTIFICACIÓN DEL EXPEDIENTE

| | |
|-------------------|---|
| <i>Demandante</i> | : MARÍA ROSALBA DUQUE MEJÍA |
| <i>Demandado</i> | : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. |
| <i>Vinculado</i> | : Departamento de caldas |
| <i>Radicación</i> | : 2012-00109 |

TEMA CENTRAL

Se demanda la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

1) SANEAMIENTO DEL PROCESO (art. 180-5 CPACA)

En el presente caso se cumple los presupuestos procesales ya que el Juzgado es competente, existe demanda en forma, se han cumplido en debida forma las etapas procesales y las partes han actuado con capacidad procesal para intervenir en el proceso.

No se observa impedimento o causal alguna de nulidad que afecte la validez, la eficacia procesal y el debido proceso, razón por la que se procede a estudiar lo que en derecho corresponda.

Se le concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si observan algún vicio o causal de nulidad.

Parte Demandante: No observa vicios y causales de nulidad.

Parte Demandada: El Ministerio no encuentra causales de nulidad.

2. EXCEPCIONES PREVIAS (ART. 180-6 CPACA)

La parte demandada **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Manizales**, no presentó excepciones previas, por tanto, no hay pronunciamiento al respecto.

Respecto de las excepciones denominadas “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, “*PRESCRIPCIÓN*” e *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*, planteadas por la Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado su carácter de mixtas, se resolverán en la sentencia.

Esta decisión queda notificada en estrados. Control de legalidad artículo 207 del CPACA.

3. FIJACIÓN DEL LITIGIO (art. 180-7 CPACA)

HECHOS RELEVANTES

1. La señora María Rosalba Duque Mejía laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

2. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica omitiendo la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado.

PRETENSIONES

- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 5230 del 9 de noviembre de 2007, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del estatus pensional.

- Declarar que la señora María Rosalba Duque Montoya, tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación – Fondo _Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 29 de abril de 2007, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada.

A titulo de restablecimiento del derecho

- Condenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 29 de abril de 2007, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada, indicando que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

- Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que sobre el monto inicial de pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.

- Ordenar a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado.

- Ordenar a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

- Ordenar a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla la totalidad de la condena.

- Condenar en costas a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta la omisión en acatamiento del precedente jurisprudencial.

- Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante, se descuenta lo cancelado en virtud de la Resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada.

Se indaga a la parte accionante sobre si está de acuerdo con el señalamiento de los hechos y pretensiones.

Parte Demandante: Está de acuerdo.

Parte Demandada: El Ministerio está de acuerdo con lo narrado por el Despacho.

DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES

La demandante sostiene que tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, afirma que es improcedente acceder a las solicitudes hechas, toda vez que la docente realizó los aportes para su pensión únicamente teniendo cuenta su salario básico, siendo ilegal se pretenda reconocer la liquidación de su prestación con los demás factores salariales sobre los cuales nunca aportó, manifiesta que tal conducta podría ser un enriquecimiento sin justa causa que beneficiaría al demandante y empobrecería a la demandada generándole un detrimento patrimonial.

El Departamento de Caldas, no dio respuesta a la demanda, dentro de los términos legales.

Se indaga a la parte accionada sobre si está de acuerdo con el señalamiento de los hechos y pretensiones.

Parte Demandante: Está de acuerdo.

Parte Demandada: Está de acuerdo.

Para la **FIJACIÓN DEL LITIGIO** se formula el siguiente problema jurídico para el proceso:

¿Le asiste el derecho a la demandante al solicitar el reajuste de la pensión de jubilación incluyéndosele la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado, con el correspondiente reconocimiento de los intereses generados a partir de la ejecutoria del acto que revisó la pensión?

Concluida entonces la fijación del litigio procede a continuarse con la siguiente etapa.

CONCILIACIÓN (art. 180-8 CPACA)

Procede el suscrito juez a invitar a las partes para que lleguen a un acuerdo de conciliación, para tal efecto, se indaga al Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, si tiene autorización del Comité de Conciliación para proponer fórmula conciliatoria.

Parte Demandada Ministerio de Educación Nacional: Ratifica la política de no conciliación por parte de esa entidad respecto de los asuntos de carácter prestacional.

Se ordena agregar a los expedientes las certificaciones suscritas por el Secretario Técnico del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, donde se decide no proponer fórmula de arreglo conciliatorio para ambos procesos.

El Despacho da por concluida la oportunidad por no encontrar ánimo conciliatorio.

MEDIDAS CAUTELARES (art. 180-9)

El Despacho constata que no existe petición de medidas cautelares pendientes, por tanto, no hay pronunciamiento alguno al respecto.

Concluida esta etapa se pasa a la siguiente.

DECRETO DE PRUEBAS (art. 180-10)

De conformidad con el numeral 10 del Artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ABRE EL PROCESO A PRUEBAS.

I. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE:

DOCUMENTAL:

Hasta donde la Ley lo permita ténganse como prueba documental la aportada con la demanda, y que obra de folios 3 a 5 de la actuación. A cada uno de estos documentos se les dará el valor probatorio que amerite en su oportunidad legal.

La parte demandante no hizo solicitud especial de pruebas.

II. PRUEBAS PARTE DEMANDADA MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

DOCUMENTAL:

Hasta donde la ley lo permita téngase como prueba documental la aportada con la contestación de la demanda y que obra a folios 37 y 38 de la actuación, a cada uno de ellos se le dará el valor probatorio que amerite en su oportunidad legal.

No se decreta la prueba solicitada por la entidad accionada, en el entendido de oficiar a la Fiduprevisora, para que alleguen certificación en la que se indique sobre cuáles factores salariales se efectuó la liquidación para la respectiva pensión, por innecesaria, habida cuenta que dentro del plenario se encuentran documentos que soportan lo pretendido por el apoderado del Ministerio de Educación Nacional, esto es, la resolución N° 5230 de noviembre 9 de 2007 /Fls. 3 y 4 C.1/ en la que se indica cuales fueron aquellos factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de la docente.

Con respecto a la solicitud del expediente de actuación administrativa, el Despacho requiere en este momento a la entidad demandada, para que le informe al Despacho, y a esta audiencia, si tiene consigo el expediente de actuación administrativa, para allegarla al proceso.

Parte demandada Ministerio de Educación Nacional: Manifiesta que no aportó ni tiene los antecedentes administrativos, toda vez que no reposan en esa entidad, y que al estar demandada la Gobernación de Caldas, ella era la encargada de allegar los antecedentes administrativos.

El artículo 175 del CPACA que regula la contestación de la demanda, en el ordinal 4° precisa lo siguiente: “[...] En todo caso, el demandado deberá aportar con la contestación

de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso [...]”.

Por lo tanto la demandada tenía la obligación legal de allegar el expediente Administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

El Departamento de Caldas, no dio respuesta a la demanda.

Por su pronunciamiento oral, esta decisión queda notificada en estrados, conforme a lo dispuesto en el artículo 202 del CPACA. JAIRO ALEJANDRO GIRALDO PATIÑO-JUEZ

En aplicación de lo establecido en el inciso final del Artículo 179 en concordancia con el 189 del C.P.A.C.A., es posible dictar sentencia oral en la presente audiencia. Previamente se dará la oportunidad a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión.

Alegatos parte demandante: reiteró los argumentos expuestos en la demanda, y agrego que en el presente caso quedo demostrado que su mandante prestó sus servicios por más de veinte (20) años al servicio de la docencia, cumplió los requisitos establecidos para que le fuera otorgada la pensión de jubilación sin embargo es claro que no se le liquidó la pensión con todos los factores salariales, toda vez que omitió la prima de navidad, prima de vacaciones. Por lo anterior solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Alegatos parte demandada: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, agregó que considera que la pensión se reconoció con fundamento jurídico aplicable, según el cual solo puede tenerse en cuenta los factores salariales que sirvieron de base para realizar los aportes, de conformidad con el ordenamiento jurídico existente, e insistió que fue la entidad territorial la que expidió el acto administrativo demandado.

Surtido el traslado a cada uno de los sujetos procesales se ordena un receso antes de proceder a dictar sentencia oral.

Transcurridos quince (15) minutos se retoma la audiencia.

SENTENCIA ORAL

Demandante : **MARÍA ROSALBA DUQUE MEJÍA**
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Vinculado : Departamento de caldas
Radicación : 2012-00109
Sentencia N°.

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, Octubre 22 de 2013

ASUNTO

Se demanda la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La señora MARÍA ROSALBA DUQUE MEJÍA, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.724.940, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el juzgado mediante auto del **27 de agosto de 2012**, admitió la demanda.

PRETENSIONES

- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 5230 del 9 de noviembre de 2007, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del estatus pensional.

- Declarar que la señora María Rosalba Duque Mejía, tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación – Fondo _Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 29 de abril de 2007, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada.

A titulo de restablecimiento del derecho

- Condenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 29 de abril de 2007, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada, indicando que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

- Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que sobre el monto inicial de pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.

- Ordenar a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado.

- Ordenar a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

- Ordenar a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla la totalidad de la condena.

- Condenar en costas a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta la omisión en acatamiento del precedente jurisprudencial.

Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante, se descuente lo cancelado en virtud de la Resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada.

HECHOS RELEVANTES

1. La señora María Rosalba Duque Mejía laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

2. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica omitiendo la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Despacho deja constancia que a pesar de habersele notificado a la parte vinculada Departamento de Caldas, no contesto la demanda.

Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

1. Falta de legitimidad por pasiva: la que hace consistir en el hecho que la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no fue la entidad que expidió el acto demandado, y el mismo no contiene la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio.

2. Prescripción: En la que indicó que aunque la acción de nulidad y Restablecimiento del derecho contra actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas puede intentarse en cualquier tiempo, debe tenerse en cuenta que la prescripción opera frente al hecho de reclamar mesadas no pagadas o reajuste de las mismas por estar sometidas al término de prescripción de tres (03) años.

3. Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley: la que fundamentó en que el Ministerio efectuó el reconocimiento de la prestación con base en el ordenamiento jurídico existente y por tanto el monto de la prestación se obtuvo teniendo en cuenta los factores autorizados de conformidad con las normas de orden constitucional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos parte demandante: reiteró los argumentos expuestos en la demanda, y agrego que en el presente caso quedo demostrado que su mandante prestó sus servicios por más de veinte (20) años al servicio de la docencia, cumplió los requisitos establecidos para que le fuera otorgada la pensión de jubilación sin embargo es claro que no se le liquidó la pensión con todos los factores salariales, toda vez que omitió la prima de navidad, prima de vacaciones. Por lo anterior solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Alegatos parte demandada: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, agregó que considera que la pensión se reconoció con fundamento jurídico aplicable, según el cual solo puede tenerse en cuenta los factores salariales que sirvieron de base para realizar los aportes, de conformidad con el ordenamiento jurídico existente, e insistió que fue la entidad territorial la que expidió el acto administrativo demandado.

I. CONSIDERACIONES

A. Cuestión Previa

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece la obligación de los jueces de dictar las sentencias en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al Despacho para tal fin, sin que dicho orden puede alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.

Con todo, en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse, entre otros casos, en atención a la naturaleza de los asuntos.

Y es lo que sucede en este caso, en que se pretende la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora María Rosalba Duque Mejía reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta el 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas del ultimo año de servicios, tema que ya ha sido tratado por el Despacho en múltiples oportunidades, y que se encuentra íntimamente relacionado con un asunto de carácter pensional.

Adicionalmente con la entrada en vigencia de la Ley 1395 de 2010, “por el cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”, en el artículo 115¹, se facultó a las distintas autoridades judiciales, para proferir sentencia alterando el turno de ingreso a Despacho para fallo, cuando existan antecedentes jurisprudenciales sobre casos similares al asunto materia de debate por esta Jurisdicción Contencioso Administrativa, en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a los asuntos que aquí se discuten.

B. Excepciones propuestas

Antes de entrar en la decisión de fondo, es preciso pronunciarse sobre la excepción denominada “**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**” planteada por la Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Se tiene que:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989, estableciéndose en sus artículos 3 y 9 lo siguiente:

“Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

“Artículo 9º.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales”.

De otra parte la Ley 962 de 2005 en su artículo 56, en cuanto a la racionalización de los trámites efectuados ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dispuso:

“Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se

¹ ARTICULO 115. Facúltese a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, y el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Posteriormente el Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005, el cual derogó expresamente en su artículo 10 el Decreto 1775 de 1990, prescribió en sus artículos 2 y 3 lo siguiente:

“ARTÍCULO 2o. RADICACIÓN DE SOLICITUDES. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite”.

“ARTÍCULO 3o. GESTIÓN A CARGO DE LAS SECRETARÍAS DE EDUCACIÓN. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91

de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

PARÁGRAFO 1o. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo”.

De la normatividad aquí referida se concluye, de un lado, que las prestaciones sociales atendidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación, y de otro lado, que el trámite para la atención de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales que paga dicho fondo, se efectúan actualmente por intermedio de las Secretarías de Educación de la entidades territoriales certificadas, o de las dependencias que hagan sus veces.

En este orden de ideas, no encuentra razones el despacho para declarar probada la excepción propuesta.

En cuanto a la excepción de **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”** formulada por la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará conjuntamente con el fondo del asunto, dada su estrecha relación con el mismo.

Respecto de la excepción de **PRESCRIPCIÓN** planteada también por la parte demandada Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se estudiará en caso de que sea procedente el reconocimiento del derecho reclamado.

De otra parte, y teniendo en cuenta que el Departamento de Caldas no fue demandado por la parte demandante, y que el mismo fue vinculado de oficio por el Despacho, habida cuenta del posible interés que pudiera tener en el resultado del proceso, preciso es en este momento, resolver sobre su vinculación.

Para esta Agencia Judicial, el Departamento de Caldas, deberá ser desvinculado de la presente acción, por las siguientes razones:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica; por tanto, judicialmente actúa a través de la Nación y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales pagadas por el Fondo, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará en las entidades territoriales.

La función delegada (art.9º Ley 489 de 1989), se enmarca en el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes y en virtud de lo dispuesto por el art. 56 de la Ley 962 de 2005, y de los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 2005, el ente territorial dentro de ese procedimiento, únicamente expide el acto de reconocimiento de las prestaciones sociales en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto por el citado art. 56 de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales de los docentes, las pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El H. Consejo de Estado, en Sala de Consulta y Servicio Civil, consideró que “...*En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional....*”²

Del contenido de los arts. 6 y 7 de la ley 715 de 2001, no encuentra el Despacho que a las entidades territoriales se les haya asignado la de pagar la prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Se reitera, fue la Ley 91 de 1989, en su art. 9, la que dispuso que tal pago se haría a través del Fondo y su reconocimiento a través del Ministerio de Educación Nacional.

Las razones anteriormente bosquejadas, llevan a concluir que en este asunto la entidad que debe responder por el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, es el Ministerio más no la entidad territorial, por lo tanto se desvinculará del presente medio de control, se declarará terminado el proceso frente al ente territorial vinculado, y se ordenará continuar el proceso en contra de la Nación Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para abordar el asunto de fondo procede el Despacho a efectuar el siguiente análisis jurídico:

PROBLEMA Y ANÁLISIS JURÍDICO

La controversia se centra en establecer si a la actora le asiste el derecho al reajuste de la pensión de jubilación incluyéndosele la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada, con el

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Cesar Hoyos Salazar, Sentencia de 23 de mayo de 2002, Radicación número: 1423.

correspondiente reconocimiento de los intereses generados a partir de la ejecutoria del acto que revisó la pensión.

LOS FACTORES SALARIALES EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DOCENTES.

En virtud del proceso de implantación de la nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, señalándose igualmente cómo la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente. En el tema de pensiones, la referida ley 91 de 1989 unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión, también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. A propósito en el artículo 15 ibídem, estableció lo siguiente:

"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 efectos 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:

...

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales o 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..." (Subraya el despacho)."

De acuerdo con lo anterior, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o los que se expidan en el futuro; por su parte, los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial. Y en lo relacionado con el régimen de pensiones, se les aplica el régimen vigente, regulado de manera general y ordinaria para los empleados del sector oficial.

A la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, el régimen pensional vigente y que regulaba de manera general y ordinaria a los empleados del sector oficial es el consagrado en la ley 33 de 1985 y sus modificaciones. Esta norma – Ley 33 de 1985 – establece en el artículo 1º lo siguiente:

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

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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1º. *Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.*

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, o 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.

Parágrafo 3º. *En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”*

Por su parte el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 previó:

“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”.

Esta norma reitera que en casos como el de la demandante, son aplicables las normas anteriores a la vigencia de la ley 812.

En lo que respecta al tema objeto de debate, es decir, los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de la misma anualidad, en su artículo 3º previó lo siguiente:

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en jornada de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya el despacho).

Cabe indicar que la ya referida ley 33 de 1985, en su artículo 25 derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias, con el siguiente tenor literal:

“Artículo 25º.- Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias”. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante C- 932 de 2006³).

De otra parte, resulta oportuno anotar que sobre la interpretación de los factores señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado manejó en los últimos años diversas posiciones, lo cual conllevó a que en sentencia de unificación del día 4 de agosto de 2010 con ponencia del Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) unificara el criterio sobre la inclusión de todos los factores devengados en el último año en la base de la liquidación de la pensión de jubilación:

“Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el

³ La Corte Constitucional mediante sentencia C-932 de 2006, respecto a la vigencia de la ley 33 de 1985 señaló:

“... En el caso sometido a estudio por esta Corporación resulta evidente que el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, al señalar una fecha de entrada en vigencia de dicho estatuto anterior a su promulgación, vulnera el principio de publicidad de la ley y en esa medida habrá de ser declarado inexecutable por contradecir una regla excepcional que establece un límite a la libertad de configuración legislativa en la materia... Ahora bien, el Ministerio Público sostiene que proferir una sentencia de inexecutable del enunciado normativo acusado ocasionaría dudas interpretativas respecto de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, por tal razón esta Corporación considera necesario precisar que la Ley 33 de 1985 entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a partir del trece (13) de febrero de 1985 porque a partir esa fecha, satisfecho el requisito de publicidad, sus disposiciones adquirieron carácter vinculante y obligatorio”.

derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual_“En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003⁴, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) “en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes”.

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006⁵, se expresó:

“La ley 33 de 1985 en el artículo 1° dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente.”.

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma⁶:

“En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”, la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Florez Anibal.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Paez Cristancho.

que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.

(...)

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.”.

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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 1978⁷, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta

⁷ “Artículo 45. “De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968.”.

para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó⁸:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.⁹”.

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

(...)

*Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, 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.*

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

⁹ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

“(…) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...). Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...) Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)”

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹⁰

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación”.

Sobre la función unificadora de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-934 de 2009, aseveró:

“Ciertamente el Consejo de Estado como máxima autoridad judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la función de unificar la jurisprudencia en el respectivo ámbito y, por esa razón, los precedentes que fije en su función unificadora deben ser acatados por los tribunales y jueces de inferior jerarquía” –sft-

II. CASO CONCRETO

Caso concreto:

La señora **MARIA ROSALBA DUQUE MEJÍA** obtuvo el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación por medio de la **Resolución No. 5230 del 09 de noviembre de 2007** con efectos fiscales a partir del día **30 de abril de 2007 (fls. 3 y 4 C.1)**, en la que únicamente se tuvo en cuenta el sueldo mensual.

Según certificado de factores devengados en el último año de servicios (**30 de abril de 2006 a 29 de abril de 2007**), la demandante devengó además del sueldo mensual, **prima de alimentación especial, prima de vacaciones y prima de navidad. (fl. 5 C.1)**.

En razón a la unificación de jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado citada líneas atrás, se declarará la nulidad parcial en la forma solicitada, para lo cual, la entidad demandada deberá efectuar una nueva liquidación incluyendo **la prima de alimentación especial, prima de vacaciones y prima de navidad** que fueron devengados por la parte demandante en el último año de servicios y que no fue tenida en cuenta por la entidad accionada al momento del reconocimiento de su pensión ordinaria de jubilación.

Si sobre los factores indicados no se hubiesen efectuado los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión, ellos deberán deducirse.

PRESCRIPCIÓN

En torno al tema, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

¹⁰ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

2. *El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”*

De esta manera, al habersele reconocido y ordenado el pago de la pensión de jubilación a la parte actora por medio de **la resolución No. 5230 del 09 de noviembre de 2007 (fls. 3 y 4 C.1)**, y al no encontrarse prueba en el expediente de solicitud de reliquidación con fecha posterior al 09 de noviembre de 2007, se declarara la prescripción teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda, por lo que se configura la prescripción trienal hasta el veintisiete (27) de agosto de 2009, sobre el pago de las mesadas adeudadas, por ende, la reliquidación de la pensión se hará por la totalidad del tiempo alegado pero el pago de las diferencias solo se efectuará desde el 27 de agosto de 2009.

Ahora, en cuanto a la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY**, propuesta por la parte demandada, ésta no prospera, pues se ha probado dentro del plenario que la parte demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación por parte de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, teniendo en cuenta todos los factores devengados en el año previo a su retiro definitivo.

Así, encontrándose demostrado el derecho de la parte demandante a la reliquidación pensional con la inclusión de los factores señalados, se ordenará a la demandada, pagar las sumas de dinero dejadas de percibir, equivalentes a la diferencia entre lo efectivamente recibido por la demandante como pensión de jubilación y lo que le corresponde al liquidarse su pensión con base en lo aquí ordenado.

Las sumas serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado y hasta que se haga efectiva la reliquidación, en los términos fijados por el art. 192 del C.P.A.C.A., las que serán debidamente **INDEXADAS** conforme a lo señalado, por el artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha del primer pago de ésta, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Así mismo se ordenará a las accionadas a emitir una nueva resolución, en la que liquide los reajustes y los descuentos de ley, demás operaciones, y compensaciones contables a que haya lugar, conforme a lo anteriormente expuesto.

De otra parte, y en virtud a que las partes tanto demandada como vinculada no allegaron el expediente de actuación administrativa que dio lugar al acto administrativo atacado, y teniendo en cuenta que el Parágrafo 1° del artículo 175 del CPACA, reza: *Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativa demandado, deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.*

(...)

La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto”.

Así las cosas considera esta Agencia judicial, que la entidad demandada y vinculada estaban en la obligación legal de aportar con la contestación de la demanda el expediente de actuación administrativa y así no lo hicieron; si bien el Departamento de Caldas, no dio respuesta a la demanda ese mero hecho no lo exoneraba de dicha obligación. Consecuencia, de lo anterior, y teniendo en cuenta que la actuación administrativa no fue aportada por las partes accionadas, se ordenará compulsar copias de este fallo a la Procuraduría General de la Nación, en cumplimiento de la norma antes citada, a fin de que se investigue la posible falta disciplinaria en que hayan incurrido los funcionarios encargados del asunto.

D. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código de Procedimiento Civil (art. 393).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRANSE NO PROBADAS las excepciones de **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**, e **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY** propuestas por la parte demandada **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de **PRESCRIPCIÓN** incoada por la **NACION, MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por las razones previamente expuestas.

TERCERO: DECLÁRASE LA NULIDAD PARCIAL de la **Resolución N° 5230 del 09 de noviembre de 2007**, “por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación”, por las razones expuestas.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **NACION-MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, reliquidar a favor de la señora **MARÍA ROSALBA DUQUE MEJÍA** identificada con cédula de ciudadanía N° **24.724.940**, la Pensión de Jubilación reconocida mediante la **Resolución N° 5230 del 09 de noviembre de 2007**, teniendo en cuenta **la prima especial de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad**; conceptos devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del derecho. Tal reliquidación se hará a partir del **29 de abril de 2007**, fecha a partir de la cual se le reconoció la pensión, sin embargo, el pago por las diferencias causadas se efectuará a partir del el veintisiete (27) de agosto de 2009, fecha de presentación de la demanda, por prescripción trienal. Estos valores debe pagarlos la entidad demandada dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexados, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes, incluyendo los descuentos por aportes que no hubiere efectuado a la parte demandante.

QUINTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: Remítase copia de esta Sentencia a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

NOVENO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. La Secretaría liquidará los gastos del proceso, si quedaren remanentes efectúese su devolución.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


JAIRO ALEJANDRO GIRALDO PATIÑO
JUEZ