



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Ibagué, treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013).

Radicación: No. 2012 - 0050
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: LUZ DARY DE LOS RIOS VELASQUEZ
Demandado: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Encontrándonos en la oportunidad prevista en el numeral 2º del artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, se dispone a proferir sentencia de primera instancia, previo las siguientes:

CONSIDERACIONES:

El pasado 30 de agosto del presente año, en audiencia concentrada, se llevo a cabo audiencia inicial, y en razón a que había pruebas que practicar se dispuso el día 16 de septiembre del presente año, a fin de realizar audiencia de pruebas, en esta oportunidad, y luego de agotadas las etapas, y escuchado los alegatos de conclusión presentados por los apoderados de las partes, se indico que el sentido del fallo, sería accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda. En tal sentido, se procede a dictar sentencia, para lo cual se tendrán en cuenta, los siguientes aspectos:

Como fundamento fáctico de las pretensiones, aduce que la señora Luz Dary de los Ríos Velásquez adquirió pensión de Jubilación mediante Resolución No. 1005 del 03 de septiembre de 2007, en donde consta que adquirió el status de jubilación el 27 de septiembre de 2006, fecha en la que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que los factores salariales que sirvieron de base para esta liquidación solo fue el sueldo, resultando así que el valor de la pensión está calculado en la suma de \$1.260.723 equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha en que adquirió es status.

Indica, que la demandante en el último año de servicio, esto es, en el periodo comprendido entre el 2005 y 2006 (11/11/2005 al 10/11/2006) de servicio, percibió sueldo, y prima de vacaciones y prima de navidad.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Señala, que mediante Resolución No. 1005 del 03 de septiembre de 2007, expedida por el Secretario de Educación y Cultura se reconoció y pago la pensión de jubilación, pero no se incluyó como factor para liquidar la pensión de la demandante, las doceavas partes de la prima de vacaciones, prima de servicios, y la prima de navidad,

Manifiesta que el 09 de noviembre de 2011, le solicito a la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Tolima el ajuste de la pensión de LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ sobre la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente, a lo cual, la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, mediante Resolución No. 06049 del 06 de diciembre de 2011, resolvió negar la revisión de la pensión solicitada.

Con base en los anteriores hechos pretenden:

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1005 del 03 de septiembre de 2007, por la cual se ordena el pago de una pensión de jubilación, en relación a la no inclusión de la prima de navidad, y prima de vacaciones en sus doceavas partes en la base de liquidación de la pensión de jubilación, y de la Resolución No. 06049 del 06 de diciembre de 2011, por la cual se negó el reconocimiento, reajuste, inclusión de la prima de vacaciones, y prima de navidad en la base de liquidación de la pensión de jubilación. Como consecuencia de lo anterior, y a titulo de restablecimiento del derecho solicita:

"2.2.1... proceda a expedir el acto administrativo reconozca, incluya, ajuste, reajuste y reliquide la pensión de jubilación de la señora LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ teniendo en cuenta las doceavas partes de la prima de navidad y prima de vacaciones como parte de la base de liquidación y aplicar al 75% de lo devengado en el último año de servicio."

"2.2.2. Conforme al artículo 16 de la ley 446 de 1998, se proceda a liquidar los cálculos actualización y actuariales. "

"2.2.3. Condenar en costa a la parte demanda (sic) de conformidad al artículo 188 del C.C.A (Ley 1437 de 2011)."

"2.2.4 Ordenar dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011".

Realizada la notificación correspondiente las entidades demandadas dentro del término



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO²:

Como argumento de su defensa, señala la apoderada que la pensión de jubilación a la demandante le fue reconocida de acuerdo con las leyes vigentes al momento de su causación, esto es, la Ley 33 de 1985, 91 de 1989, 812 de 20103, Decreto 3752 de 2003.

Manifiesta, que no le asiste derecho al demandante en relación con la normatividad que invoca, pues esta ha sido modificada en varias oportunidades hasta llegar a la Ley 33 de 1985, que establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores que hayan servido de base para aportes durante el último año de servicio.

Trae a colación pronunciamiento del H. Consejo de Estado, e indica que en la sentencia del 4 de agosto de 2010, dictada por la sala plena, no avala ni mucho menos indica en qué casos debe dictarse sentencia ordenando la reliquidación de la pensión demandada, con base en factores salariales que tienen origen en disposiciones administrativas y no legislativas, por lo que manifiesta que acoge el planteamiento expuesto por el Dr, Gerardo Arenas Monsalve en el salvamento de voto, en cuanto a que los factores que constituyen el ingreso base de liquidación son taxativos, y cuya fijación corresponde al legislador por expreso mandato constitucional, sino también porque "si los factores que deber ser considerados para efectos pensionales son los señalados en la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes como quedo establecido.

Finalmente indica, que el acto demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera, que tanto el reconocimiento de la prestación como la negación de inclusión de la pensión de Jubilación, se realizó por parte del Secretaria de Educación y no contiene la manifestación de la voluntad de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES MAGISTERIO.

Concluye, expresando que no existe a cargo de la entidad demandada la obligación legal de reconocer la prestación en los términos solicitados por la demandante, pues el reconocimiento de la prestación se efectuó con base en el ordenamiento jurídico existente, y por lo tanto la negación de la prestación se obtuvo teniendo en cuenta las normas de orden constitucional, legal y reglamentario.

Propone las siguientes excepciones:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

- *Falta de Legitimación en la causa por pasiva*
- *Prescripción,*
- *Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley*
- *Ineptitud de la demanda.*

DEPARTAMENTO DEL TOLIMA. Contesto en forma extemporánea, según obra en la constancia secretarial visible a folio 277.

De las Pruebas aportadas:

Se encuentra demostrado en el proceso con los medios de prueba documentales legalmente incorporados al mismo previa solicitud y decreto los siguientes hechos de la demanda:

- Que mediante Resolución No. 1005 de fecha 03 de septiembre de 2007, a la señora LUZ DARY DE LOS RIOS VELASQUEZ se le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación (fol. 30, 31, 32 Cdno expediente administrativo)
- Que el pasado 09 de noviembre de 2011 radicaron solicitud ante la Oficina del Fondo de Prestaciones del Magisterio Regional Tolima, solicitando el ajuste de la pensión sobre la totalidad de los factores salariales. (Fl. 5 a 7).
- Que mediante Resolución No. 06049 de 06 de diciembre de 2011, la Secretaría de Educación y Cultura – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó al revisión de pensión de Jubilación solicitada por la docente LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ (Fol. 13 a 16 del Cdno Principal).
- Certificación de salarios devengados por la señora DE LOS RIOS DE VELASQUEZ LUZ DARY en los años 2005, y 2006, expedida por la Coordinadora de Talento Humano de la Secretaria de Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima. (Fl. 9, 10).
- Certificación de fecha 9 de julio de 2012, expedida por el Procurador Judicial II en los administrativo 26 de Ibagué. declarándola fallida (FI 33, 34).
- Copia del Expediente administrativo de la Historia Laboral de LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ, aportado por el Departamento del Tolima, obrante a folios 1 a 2012 del cuaderno expediente administrativo, encontrándose entre otros:
 - Acta de Posesión (fl.2)
 - Hoja de vida – Fondo Prestaciones del Magisterio (fl. 5 a 8).
 - Certificado de salarios (Fis. 128, 129)



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso de proceso, y su autenticidad no ha sido controvertida, razón por la cual se les asignará valor probatorio.

De lo anterior, claramente podemos decir que se encuentra probado que la señora LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ, se desempeñaba como docente nacionalizada de E.U.M. el centro del Municipio Fresno - Departamento del Tolima

Que según certificación expedida por el coordinador de nómina de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, entre el 27 de septiembre de 2006 al 26 de septiembre de 2005 la señora LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ devengó además de asignación básica, prima de vacaciones, y prima de navidad (Fl.10 Cdo Ppal.)

Que mediante Resolución N° 1005 de 3 de septiembre de 2007, proferida por el Secretario de Educación y Cultural del Departamento del Tolima, y el Coordinador Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima, se ordenó reconocer y pagar a Luz Dary de los Ríos de Velásquez, pensión mensual vitalicia de jubilación, con un valor de \$1.260.723 equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la fecha que adquirió el status.

Alegatos de conclusión:

La apoderada de la parte demandante, en su intervención, planteó que el problema jurídico, radica en establecer si la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación durante su último año de servicio como docente del Departamento del Tolima, con la inclusión de todos los factores salariales devengados.

Igualmente, señala que las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989, Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, y Decreto 3752 de 2003, y que fueron tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento, no son aplicables, en especial las disposiciones del Decreto 3752 de 2003, de lo que deduce que la actuación administrativa que concluyo con la liquidación de la pensión, aplicando una norma diferente a la que le corresponde vulnera el debido proceso, siendo deber de la entidad demandada dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo transitorio 1° del artículo 1° del acto legislativo del 29 de julio de 2005.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Indica, que el acto legislativo citado, dejó claro que la mandante al tener una vinculación anterior al entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es, el 26 de junio de 2003 conserva el régimen anterior, sin importar si el reconocimiento de la pensión se dio en vigencia de la Ley y del Decreto 3752 de 2003.

Igualmente, en su alegación hace referencia a la sentencia de Unificación de fecha 4 de agosto de 2010, radicación 7509, y al Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil No.11001-03-06-000-2011-00004-00 Expediente 2048 del 10 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Luis Fernando Alvarez Jaramillo, en donde dejó claro que las personas vinculadas antes del 27 de junio de 2003 no se les puede aplicar el Decreto 3752 de 2003, así sea que adquiriera el status en vigencia de esta disposición.

Por su parte, la apoderada del Ministerio de Educación Nacional – FNPSM reitero los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La apoderada del Departamento del Tolima, en su intervención, se refirió a la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, e indico que resulta improcedente emitir orden alguna contra el Departamento del Tolima, pues la Secretaría de Educación Departamental al realizar un reconocimiento de pensión o de reliquidación de pensión de un docente nacionalizado, lo hace en ejercicio de una función delegada por el Ministerio de Educación Nacional, y no como una función propia.

Señala, que el Departamento del Tolima no está llamado a reconocer la obligación que se reclama, pues la solicitud de reliquidación va dirigida a una prestación reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, cuyo representante legal es el Ministerio de Educación, es decir, la Nación.

Finalmente, señala que la señora MARGOTH RIVERA DE QUEVEDO cumplió el status el 25 de enero de 2007, es decir, estando en vigencia el decreto 3752 de 2003, según el cual la base de liquidación de las prestaciones sociales no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes al docente y con en este caso, según el Fondo, la docente no había aportado sobre los factores salariales solicitados para efectos de la liquidación, razón por la cual no hay lugar a acceder a las pretensiones invocadas en la demanda

El agente del Ministerio Público, en su intervención señaló que comparte lo esbozado por



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Previo a adentrarnos en el fondo del asunto y en lo que tiene que ver con las excepciones de PRESCRIPCIÓN, e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se resolverán conjuntamente con el fondo del asunto.

Igualmente, y frente al argumento expuesto por la apoderada del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, respecto a que la Secretaría de Educación Departamental al realizar un reconocimiento de pensión o de reliquidación de la pensión, lo hace en ejercicio de la función delegada por el Ministerio de Educación Nacional, y no como función propia, reitera el Despacho, que es necesario que el ente territorial intervenga en la formación del acto administrativo, de tal manera que no es posible que se desvincule del presente medio de control, máxime, si se tiene en cuenta que es el encargado de atender las solicitudes, y elaborar y remitir el respectivo proyecto de acto administrativo de reconocimiento, o en caso tal, el de cumplimiento de un fallo judicial.³

Verificados los anteriores presupuestos, y como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, es menester adentrarnos en el fondo del asunto, por lo que se procede a decidir en los siguientes términos:

Pretende la demandante, se declare la nulidad de los actos administrativos Nos. 1005 del 03 de septiembre de 2007, y 06049 del 06 de diciembre de 2011, y como consecuencia de ello se ordene la reliquidación y pago de la pensión de jubilación, de acuerdo con los factores devengados en el último año de servicio anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada.

De acuerdo a lo anterior, es viable plantear el problema Jurídico: "El cual consiste en determinar "Sí, a la demandante le asiste a que se le reajuste su mesada pensional con la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, y la prima de vacaciones, los cuales fueron devengados durante el último año de servicios."

Conclusión:

La demandante le asiste el derecho al reajuste de la pensión de jubilación con la inclusión de la prima de navidad, y la prima de vacaciones devengados durante su último año de servicios, por lo que así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Fundamentos Legales: Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978, Ley 962 de 2005, y Jurisprudencia del Consejo de Estado

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes en síntesis son:

Prevé el artículo 1º de la ley 33 de 1985,

Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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.

Así mismo, la Ley 62 de 1985, en relación con relación al mismo tema, indicó:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Artículo 1º 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 día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Por su parte la Ley 91 de 1989, consagró:

Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. *Personal nacional.* Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. *Personal nacionalizado.* Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
3. *Personal territorial.* Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

En lo que tiene que ver con el régimen prestacional de esta clase de personal, el artículo 15 Ídem indico que quienes figuraren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas, mantienen el régimen prestacional de que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Con base en lo anterior, y luego de realizar interpretación armónica de las anteriores disposiciones, es viable concluir que las pensiones reconocidas bajo la vigencia de la Ley 33 de 1985, se liquidarían con fundamento en el salario promedio que haya servido de base para realizar los aportes, que no son otros que los expresamente previstos en la Ley 62 de 1985.

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 4 de Agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Demandante Luis Mario Velandia, Demandado Caja Nacional de Previsión Social, indico:

"Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, ésta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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 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 3º 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 1º 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 de 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.

De acuerdo con el anterior marco imperativo 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."

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, Actor Jaime Florez Anibal.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango mantilla, sentencia de 16 de Febrero de 2006, Radicación No. 25000-23-25-000-2000-2990-01, Actor Jaime Florez Anibal.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

A reglón seguido, señalo:

"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 ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso de liquidación pensional."

En este sentido es viable indicar que en el citado pronunciamiento, se hizo énfasis, en que al realizar un interpretación taxativa de las la Leyes 33 y 62 de 1985, vulnera los principios de progresividad, igualdad, y primacía de la realidad sobre las formas. En consecuencia, el listado traído por estas disposiciones debe ser entendido como enunciativo y no taxativo, por lo que es posible incluir otros factores salariales percibidos por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

Bajo las anteriores consideraciones, y acatando el precedente jurisprudencial es preciso indicar que las pensiones de jubilación reconocidas en virtud de las leyes 33 y 62 de 1985, deben ser liquidadas con la totalidad de los factores enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978⁶, siempre y cuando se encuentren certificados por el empleador, sin que sea necesario que coincidan con lo que están enunciados en las Leyes 33 y 62 de 1985.

⁶ **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 tendrá 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;



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Aclarado lo anterior, es necesario descender al caso en concreto, encontramos entonces que la señora LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ prestó sus servicios como docente nacionalizada en el Departamento del Tolima desde el 30 de julio de 1971, según consta en el certificado de tiempo de servicios obrante a folio 113, 114, igualmente, que mediante Resolución No. 1005 de 03 de septiembre de 2007 se le reconoció la pensión de jubilación, con efectos a partir del 28 de septiembre de 2006⁷. Igualmente, y de los documentos allegados al plenario se puede establecer que para la liquidación de la pensión solo se le computo el sueldo, lo cual se corrobora con el acto administrativo contenido en la Resolución No. 1005 del 3 de septiembre de 2007.

Ahora bien, como anteriormente se dijo la señora LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ adquirió el status de pensionada el 27 de septiembre de 2006, y según se desprende de la certificación de salarios aportada tanto por la demandante como por la entidad demandada – Departamento del Tolima⁸ durante el último año previo a la adquisición del status, es decir, entre el 27 de septiembre de 2005 y el 26 de Septiembre de 2006, percibió los siguientes emolumentos: Sueldo , prima de vacaciones y prima de navidad.

De acuerdo con lo anterior, es viable concluir que la demandante es una docente nacionalizada, y por tanto su régimen pensional era con el que venía de la respectiva entidad territorial, por lo que se rige por las normas previstas en la ley 33 y 62 de 1985, siendo menester indicar que no se hallaba inmersa en ninguna de las causales de excepción consagradas en la Ley 33 de 1985, razón por la cual su mesada en principio debía ser liquidada únicamente con los factores salariales allí enlistados..

Sin embargo y como anteriormente se menciona, el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado, aplicable por virtud principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, permite deducir que la demandante tiene derecho a que su mesada pensional sea liquidada con inclusión de todos los factores salariales de que trata el artículo 45 del Decreto 1045 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;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.**



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Establecido lo anterior, y como quiera que a la demandante solo se le tuvo en cuenta al momento de liquidar su pensión el sueldo, y no se le tuvo en cuenta la prima de vacaciones, ni la prima de navidad, factores que fueron certificados por el empleador como devengados dentro del año anterior a obtener el status de pensionada, esto es, entre el 27 de septiembre de 2005, y el 26 de septiembre de 2006, resulta más que evidente que tiene derecho a su inclusión y computo en la pensión de jubilación, por lo que así se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

Debe advertirse que a la entidad demandada que podrá efectuar los descuentos respectivos, en los porcentajes establecidos en la ley, sobre los factores que se ordena tener en cuenta para efectos del reajuste y sobre los cuales la demandante no efectuó aporte alguno, dicho montos deberán ser indexados con la misma fórmula que más adelante se expondrá.

De otra parte, y en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, es preciso señalar que por disposición del artículo 41 del decreto 3135 de 1968, las acciones que emanen de derechos laborales prescriben al termino de tres (3) años contados a partir de que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe con el simple reclamo escrito de sus derechos que haga el actor.

En el presente caso se observa, que la demandante elevo petición solicitando el reajuste de su pensión el día 9 de noviembre de 2011⁹, por lo tanto, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 9 de noviembre de 2008 se encontrarían prescritas. No sobra advertir que la petición interrumpe la prescripción por una sola vez, y por un lapso igual, resultando que entre la petición y la presentación de la demandada esto es el 8 de agosto de 2012 no transcurrieron los tres años de que trata la norma anterior, razón por la cual respecto a este lapso no ha operado la prescripción.

Decantado lo anterior, y recapitulando lo dicho anteriormente deberá decirse que a titulo de restablecimiento del derecho se deberá efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima de vacaciones, y la prima de navidad, y tales incrementos serán tenidos en cuenta para efectuar el reajuste, de las mesadas pensionales de los años posteriores y determinar el valor correspondiente a las mesadas no prescritas de conformidad con lo expuesto en la parte precedente, y la diferencia resultante no pagada, será objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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

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.

Respecto a los intereses estos serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del CPA y de lo C.A.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la parte actora. Por secretaría liquídense.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO denominada prescripción respecto a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 9 de noviembre de 2008, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 1005 del 03 de septiembre de 2007, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, y el Coordinador del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional – Tolima, mediante la cual se reconoció y ordeno el pago de una pensión de Jubilación a la señora LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ, sin la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el tiempo de servicio.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

TERCERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 1005 del 03 de septiembre de 2007, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, y el Coordinador del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional – Tolima, mediante la cual se negó la revisión de la pensión de jubilación de la señora LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: A título de restablecimiento del Derecho, se ordena a la NACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO REGIONAL TOLIMA, y al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA a reajustar y pagar a la señora LUZ DARY DE LOS RIOS DE VELASQUEZ identificada con C.C.No. 28.738.078, la pensión de Jubilación, para lo cual se adicionará a los valores ya reconocidos, la doceava parte de la prima de vacaciones, y de la prima de navidad, devengados durante el año anterior a adquirir el status, esto es el 27 de septiembre de 2005 al 27 de septiembre de 2006.

QUINTO. Para el pago de las sumas que se lleguen a adeudar por concepto de esta sentencia, se aplicará la fórmula ya expuesta. Para tal efecto, y como quiera que estamos frente a pagos de tracto sucesivo, la actualización debe realizarse separadamente, mes por mes, comenzando por la diferencia desde la primera mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una ellas.

SEXTO: Las sumas reconocidas devengarán intereses en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A y de lo C.A.

SEPTIMO: La entidad demandada deberá efectuar los descuentos respectivos en los porcentajes establecidos en la ley, sobre los factores que se ordena tener en cuenta para efectos del reajuste y sobre los cuales el demandante no efectuó aporte alguno. Dichos montos deberá ser indexados con la fórmula expuesta anteriormente,

OCTAVO: Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la parte actora. Por secretaría liquidense.

NOVENO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

DECIMO: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso. DEVUELVANSE los remanentes si los hubiere, y, ARCHIVENSE el expediente, previas las anotaciones respectivas en los libros radicadores.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Cesar Augusto Delgado Ramos
CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
JUEZ

