



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Ibagué, veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación: No. 2012 - 0180
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA GOMEZ DE MURILLO
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 11 de octubre del presente año, en audiencia concentrada, se llevo a cabo audiencia inicial, y luego de agotadas las etapas, y como quiera que no había pruebas que practicar se dispuso escuchar los alegatos de conclusión presentados por los apoderados de las partes, vencidas sus intervenciones, 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 Martha Gómez de Murillo prestó sus servicios a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, en forma continua e ininterrumpida, por lo que fue pensionada mediante Resolución No. 1133 del 04 de octubre de 2007.

Señala que mediante petición radicada el 18 de noviembre de 2010, solicito la revisión, ajuste, y reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo todos los factores de salario devengados por la demandante, y que el pasado 17 de abril de 2012, interpuso recurso de reposición, sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna.

Con base en los anteriores hechos pretenden:

Se declare la nulidad del ACTO FICTO O PRESUNTO que pueda ser expedido por el señor secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, como consecuencia del derecho de petición radicado el 18 de noviembre de 2010, donde se

¹ C.P.A. y de lo C.A.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

solicita la revisión, reajuste, y/o reliquidación de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No. 1133 del 04 de octubre de 2007, y la Declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto que pueda ser expedido como consecuencia del recurso de reposición radicado el 17 de abril de 2012. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicita:

"TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad de los ACTOS FICTOS O PRESUNTOS, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese la revisión, ajuste y/o reliquidación de la pensión jubilación junto con el valor retroactivo que se pudiese generar reconocida mediante Resolución No. 1133 del 04 de octubre de 2007, valores debidamente indexados, incluyendo todos los factores salariales devengados por la señora MARTHA GOMEZ DE MURILLO, durante el año de servicios inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, tales como sueldo, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de dedicación exclusiva, con efectividad a partir del 17 de enero del 2007, se estima la cuantía de \$1.567.367,60 y no de \$1.318.330 como se liquido inicialmente, y con una retroactividad al menos de \$21.722.128, 14 a la fecha de elaboración de esta demanda.

"CUARTO: Que se declare el silencio administrativo negativo.

"QUINTO: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordena dar a aplicación igualmente a los artículos 192 de la Ley 1437 de 2011..."

Realizada la notificación correspondiente las entidades demandadas dentro del término contestaron la demanda, en los siguientes términos:

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.

² Ver folios 64 a 67



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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 pronunciamientos 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:

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

DEPARTAMENTO DEL TOLIMA. Dentro del término contesto la demanda, tal y como obra a folios 169 a 174.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

En su contestación el apoderado del ente territorial, indica que a la señora MARTHA GOMEZ DE MURILLO le fue reconocida pensión de jubilación, mediante Resolución No. 1133 del 04 de octubre de 2007, acto que tuvo sustento en las normas que el demandante reclama como invocadas, como lo es la Ley 91 de 1989, por lo que indica que existe contradicción en lo afirmado por el apoderado del accionante, pues cita disposiciones pero no demuestra que se hayan violado o incumplido las mismas.

Agrega, que el acto administrativo cuestionado se baso en las normas que prevén que se debe tener en cuenta el salario básico del año de liquidación aumentado en los Factores Salariales devengados por la ex docente al momento de adquirir es status de pensionada. Así mismo, menciona que tratándose del reconocimiento de prestaciones laborales, sociales, y prestacionales, las entidades territoriales certificadas actúan por delegación legal a nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora, por lo que refiere que en caso de prosperar la presente acción, deberá ser en contra de esta última, quien es la encargada de la revisión y aprobación de los actos administrativos que reconocen tales prestaciones, al igual que es la competente para el giro de los recursos económicos con que se sufragan dichos gastos.

Luego de transcribir apartes de la Ley 91 de 1989, concluye señalando que resultaría improcedente acceder a las pretensiones de la demanda en contra del Departamento del Tolima, pues la Secretaría de Educación Departamental al realizar el reconocimiento de la pensión de la demandante, lo hizo como función delegada por el Ministerio de Educación Nacional, y teniendo en cuenta los factores salariales que devengaba al momento de cumplir el status de pensional.

Propuso las siguientes excepciones:

- *Cobro de lo no debido*
- *Inexistencia del derecho pretendido*
- *Improcedencia del acción frente al Departamento del Tolima*
- *Genérica*

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:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

- Que mediante Resolución No. 1133 de fecha 4 de octubre de 2007, a la señora MARTHA GOMEZ DE MURILLO se le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación (fol. 186 a 188 C1)
- Que el pasado 18 de noviembre de 2010 radicaron solicitud ante la Oficina del Fondo de Prestaciones del Magisterio Regional Tolima, solicitando el reajuste, revisión, y/o reliquidación de la pensión de Jubilación reconocida mediante Resolución No. 1133 del 4 de octubre de 2007. (Fl. 5, 6).
- Que mediante escrito radicado bajo el No. Sac 2012 PQR 10103, el pasado 17 de abril de 2012, el apoderado de la señora Martha Gómez de Murillo, interpuso recurso de reposición contra el acto ficto o presunto resultante de la contestación de la petición de reajuste, revisión y reliquidación de la pensión de jubilación radicada el 18 de noviembre de 2010 PENS - 017389
- Certificación de salarios devengados por la señora Martha Gómez de Murillo en los años 2003, 2004, y enero de 2005, expedida por la Coordinadora de Talento Humano de la Secretaria de Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima. (Fl. 19,20).
- Certificación de historia laboral de fecha 19 de septiembre de 2008 expedido por la Coordinadora de Talento Humano de la Secretaria de Educación del Departamento del Tolima. (Fl. 21 C1)
- Copia del Expediente administrativo de la Historia Laboral de MARTHA GOMEZ DE MURILLO, aportado por el Departamento del Tolima, obrante a folios 186 -208; y, 221 a 237 del cuaderno principal, en donde se encuentra:
 - Que mediante Resolución No. 0054 de fecha 17 de enero de 2005 expedida por la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, se acepto renuncia presentada por la docente Martha Gómez de Murillo, a partir del 1 de febrero de 2005.

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 MARTHA GOMEZ DE MURILLO, se desempeñaba como docente nacionalizada de la Institución Educativa Técnica Nuestra Señora de Fátima en el Municipio de el Espinal.

Que según certificación expedida por el coordinador de nómina de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, entre el 17 de enero de 2004 al 17 de



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

enero de 2005 la señora MARTHA GOMEZ DE MURILLO devengó además de asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad, y prima especial de alimentación (Fl.19 Cdo no Ppal.)

Que mediante Resolución N° 1133 de 4 de octubre 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, ordenó reconocer y pagar a Martha Gómez de Murillo, pensión vitalicia de jubilación, con un valor mensual de \$1.318.330 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:

En sus intervenciones los apoderados de la parte demandante y demandada se ratifican en los hechos de la demanda, y en los argumentos expuestos en su contestación, y en las excepciones propuestas.

Por su parte, el Ministerio Público rindió concepto favorable a las pretensiones de la demanda, basándose en las Ley 33 de 1985, y 91 de 1988.

Previo a adentrarnos en el fondo del asunto y en lo que tiene que ver con las excepciones de PRESCRIPCION, e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION propuesta por la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y las de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY, COBRO DE LO NO DEBIDO, e INEXISTENCIA DE DERECHO PRETENDIDO se resolverán conjuntamente con el fondo del asunto.

Previo a adentrarnos en el asunto objeto de estudio, y frente al argumento expuesto por el apoderado del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, en lo que tiene que ver con que la Secretaria 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



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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 existencia del silencio administrativo negativo, en lo que refiere a la solicitud de reliquidación de la pensión de Jubilación, reconocida mediante Resolución No. 1133 del 04 de octubre de 2007, y que fuera radicada ante el Coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pasado 18 de noviembre de 2010, y del acto ficto o presunto resultante del recurso de reposición interpuesto el pasado 17 de abril de 2012, y como consecuencia de ello se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación junto con el valor retroactivo que se pudiese generar, incluyendo todos los factores salariales devengados por la señora Martha Gómez de Murillo durante el año de servicios inmediatamente anterior a la adquisición de status de pensionado.

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 todos los factores 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.

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

³ Sección Segunda, Subsección B, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Rad. 25000-23-42-000-2012-01347-01 (AC)



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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:

"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:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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 indica 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, indicó:

"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 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 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



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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."

A región 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."

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 B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, sentencia del 16 de febrero de 2006, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-01579-01, Actor Arnulfo Gomez.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

En este sentido es viable indicar que en el citado pronunciamiento, se hizo énfasis, en que al realizar una interpretación taxativa de las 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.

Aclarado lo anterior, es necesario descender al caso en concreto, encontramos entonces que la señora MARTHA GOMEZ DE MURILLO prestó sus servicios como docente

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 tuvieran 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;
- 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;
- 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

nacionalizada al servicio del Departamento del Tolima desde el 08 de marzo de 1972, según consta en el certificado de tiempo de servicios obrante a folio 11 del expediente, igualmente, que mediante Resolución No. 1133 de 4 de octubre de 2007 se le reconoció la pensión de jubilación, con efectos a partir del 17 de enero de 2007⁷. 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. 1133 del 4 de octubre de 2007.

Ahora bien, como anteriormente se dijo la señora MARTHA GOMEZ DE MURILLO adquirió el status de pensionada el 16 de enero de 2007, 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 17 de enero de 2004 y el 17 de enero de 2005, percibió los siguientes emolumentos: Sueldo, prima de vacaciones, prima de navidad y prima especial de alimentación.

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.

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 17 de enero de 2004, y el 17 de enero de 2005, 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.

⁷ Ver folios 77 a 79

⁸ Ver folio 9,10 del expediente, y 1 a 6 del Cdo dos pruebas de oficio I



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Debe advertirse 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, la 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 25 de noviembre de 2008⁹, y posteriormente, el 18 de noviembre de 2010¹⁰, la cual dio lugar a la existencia de silencio administrativo negativo, y al acto ficto, debiendo tener presente que la petición interrumpe la prescripción, por tanto entre las peticiones, la configuración del silencio administrativo negativo el cual da lugar a presentar la demanda en cualquier tiempo, y la presentación de la demandada esto es el 21 de noviembre de 2012, permite concluir que 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 prima de alimentación, 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:

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

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

⁹ Ver folio 96 a 98 del expediente

¹⁰ Ver folio 5, y 6 del expediente



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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 no probada la excepción propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO denominada prescripción, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que opero el silencio administrativo negativo, frente a la petición de reliquidación de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No. 1133 del 04 de octubre de 2007, radicada el pasado 18 de noviembre de 2010 ante la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, y del recurso de reposición interpuesto contra el acto presunto, el 17 de abril de 2012 ante el Secretario de Educación y Cultura del Tolima y/o Coordinador Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del anterior acto ficto o presunto de acuerdo a las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 1133 del 4 de octubre 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,



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

mediante la cual se reconoció y ordeno el pago de una pensión de Jubilación a la señora MARTHA GOMEZ DE MURILLO, sin la inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa.

QUINTO: 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 MARTHA GOMEZ DE MURILLO identificada con C.C.No. 28.712.435, la pensión de Jubilación, para lo cual se adicionará a los valores ya reconocidos, la doceava parte de la prima de vacaciones, de la prima de navidad, y de la prima de alimentación devengados durante el año anterior a adquirir el status, esto es el 17 de enero de 2004 al 17 de enero de 2005.

SEXTO: 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.

SEPTIMO: 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.

OCTAVO: 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,

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

DECIMO: 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 ha venido actuando.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

DECIMO PRIMERO: 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

JUEZ

