



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

AUDIENCIA INICIAL CON SENTENCIA

Artículo 179- 180 Ley 1437 de 2011

ACTA No. 68

REF. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
RADICADO N°: 700013331003-2013-00070-00
DEMANDANTE: TULIO DE JESUS ALVAREZ GONZALEZ
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

A las nueve (9:00) AM, del día cinco (5) de noviembre de de dos mil trece (2013), el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, se constituye en audiencia pública presidida por el Dr. **CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS**, en asocio con su secretaria **EDITH JOHANNA POMBO HERNANDEZ**, a fin de llevar a cabo la **AUDIENCIA INICIAL** de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento, radicado con el No. **70-001-33-31-003-2013-00070-00**, en el que obra como **DEMANDANTE: TULIO DE JESUS ALVAREZ GONZALEZ** y **DEMANDADO: LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

El señor Juez da apertura a la **AUDIENCIA INICIAL**.

1. ASISTENTES:

Por la parte demandante asiste, el abogado, **RAFAEL ALBERTO PEREZ MERCADO**, identificado con la C.C. N°1.103.100.811 de Corozal, y T.P. N°226927 del C.S. de la J., a quien se le reconoció personería para actuar, como apoderado sustituto.

Representante del Ministerio Público: Dra. Evangelina Castillejos de Sales.
Procuradora N° 103 Judicial Administrativo de Sincelejo.

Se deja constancia de la inasistencia de la parte demandada y así mismo que la agencia nacional de defensa jurídica no se constituyó parte en el proceso.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO:

Conforme a lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 180 del CPACA, procede el Juez a verificar las etapas surtidas dentro del proceso de la siguiente manera:

- La demanda fue presentada en oficina judicial el 12 de abril de 2013¹.
- La demanda fue admitida mediante auto del 16 de abril de 2013 (folio 25).
- Se ordenó la notificación personal a la parte demanda, al Ministerio Público y al Director General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, notificado por estado electrónico el 046 del 17 de abril de 2013².
- A folios 30 a 42 del plenario se advierte las constancias de notificación personal por correo electrónico a la partes del auto admisorio de la demanda, así como al remisión por correo del auto admisorio y remisión de la misma³.

La parte demanda se le tuvo por no contestada la demanda (folio 58)

- Mediante auto del 28 de agosto de 2013⁴ se fijó fecha para audiencia inicial, Notificado en estado electrónico 112 del 29 de agosto de 2012 (folio 59).

Se deja constancia que revisado el expediente no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, y a su vez, insta a las partes para que se manifiesten al respecto.

¹ Fols. 23

² F. 27

³ Fol. 56 al 61y 72

⁴ Fol. 125

En este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra a las partes quienes manifiestan estar de acuerdo con el trámite impartido al proceso.

El señor Juez, dicta el siguiente Auto: Declarar saneada y libre de vicios la actuación procesal surtida hasta la presente instancia. Continúese con el trámite normal del proceso. Se notifica la presente decisión en estrados.

3. EXCEPCIONES PREVIAS. (Numeral 6° del artículo 180 del CPACA). La parte demandada no propuso excepciones previas, como quiera que la demanda se tuvo por no contestada (folio 58)

Las partes quedan notificadas en estrado.

4. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD. (Artículo 161 del CPACA y párrafo 1° del Decreto 1716 de 2009). El señor Juez deja expresa constancia que por la naturaleza del asunto, no hay lugar a cumplimiento de del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial y por otra parte el acto demandado puede ser demandado en cualquier tiempo, porque se trata de un acto que reconoce una prestación periódica y contra el cual, según el texto mismo de su parte resolutive (numeral cuarto) solo procedía recurso de reposición, el cual no es obligatorio al tenor del inciso final del artículo 76 de la ley 1437 de 2011.

Las partes manifiestan que están de acuerdo con lo expresado por el despacho.

5. FIJACIÓN DEL LITIGIO. (Numeral 7° del artículo 180 del CPACA).

El señor Juez, expuso los hechos relevantes de la demanda de la parte actora, y fijó el litigio así: determinar si el demandante tiene derecho, en su condición de docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, a que su pensión ordinaria de jubilación que le fue reconocida mediante resolución No. 0022 del 8 de enero de 2008, sea reliquidada en su monto, con la inclusión como

factores salariales, además de la asignación básica de la prima de navidad, prima de vacaciones y prima semestral, que fueron devengados en el último año de servicios

Se notifica la presente decisión en estrados.

6. CONCILIACIÓN. (Numeral 8 del artículo 180 del CPACA). Como se observa, en el presente asunto, se encuentran en litigio derechos ciertos e indiscutibles, sobre los cuales no es procedente la conciliación, amén de la inasistencia de la parte demandada, razón por la cual se declara fracasada dicha etapa.

7. MEDIDAS CAUTELARES. (Numeral 9 del artículo 180 del CPACA). El Despacho considera que no es necesario pronunciarse, ya que no se presentó solicitud al respecto.

8. DECRETO DE PRUEBAS. (Numeral 10 del artículo 180 del CPACA).

De conformidad con el numeral 10° del artículo 180 del CPACA se procede a decretar las pruebas pedidas por las partes, de la siguiente manera.

Documentales:

Se ordena tener como pruebas e incorporar al proceso los documentos allegados con la demanda y obrantes a folios 4 al 10, las cuales se apreciarán en su valor legal al momento de proferir una decisión de fondo.

9. CIERRE DE DEBATE PROBATORIO

No habiendo más pruebas que practicar y por considerar que existe mérito suficiente para proferir decisión de fondo, el Juez toma la decisión de cerrar el debate probatorio y señala que dictará sentencia con fundamento en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, dando previamente el uso de la palabra a los intervinientes, para que formulen sus alegatos y al Ministerio Público para que emita su concepto.

10. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN⁵.

Conforme a la norma citada (Inciso final del artículo 179 del CPACA), al prescindirse del periodo probatorio, se procederá a dictar sentencia no sin antes darle traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión por lo que se le dará el uso de la palabra a cada una de las partes por un término máximo de 20 minutos.

Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante, quien se reitera en los argumentos de la demanda.

La representante del Ministerio público, formuló su concepto, solicitando se accedan a las suplicas de la demanda. (Ver minuto 15 en adelante.)

11. SENTENCIA EN AUDIENCIA INICIAL

De conformidad con el artículo 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia en primera instancia, así:



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, cinco (5) de noviembre de dos mil trece (2013)

REF. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
RADICADO N°: 700013331003-2013-00070-00
DEMANDANTE: TULIO DE JESUS ALVAREZ GONZALEZ
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

⁵ Se reitera que la parte demandada no asistió a la diligencia.

Tema: Reliquidación de la pensión Ordinaria de Jubilación de docente. Factores salariales. Precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el artículo 179 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a **dictar sentencia de primera instancia**, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA (fs. 11 -21).

1.1.1. Partes.

- Demandante. **TULIO DE JESUS ALVAREZ GONZALEZ**, quien actuó a través de apoderado judicial como consta en la actuación seguida hasta esta etapa procesal.

Demandada: **NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DEPRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

1.1.2. Pretensiones. (folios 11-12)

- Que se declare la nulidad parcial de la **Resolución No. 0022 del 8 de enero de 2008**, mediante se reconoce al demandante pensión ordinaria de jubilación.
- Se declare que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del día en que cumplió los 20 años de servicios y 55 años de edad, equivalente al 75% de los salarios con todos sus factores devengados en el último año de servicios.

- Que se condene a la demandada a pagar las mesadas pensionales adicionales con los correspondientes reajuste de ley.
- Que se condene a la demandada a los ajuste de valor conforme al IPC.
- Condenar a la demanda al reconocimiento de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.
- Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia proferida en este proceso, conforme al artículo 192 de la ley 1437 de 2011.
- Que se ordene el pago de agencias en derecho y costas procesales a los demandados, si estos llegaren a causarse.

1.1.3. Hechos relevantes (folio 12)

- El demandante es docente y mediante la Resolución No. 0022 del 8 de enero de 2008, la demandada le reconoció pensión vitalicia de jubilación.
- Que la pensión no le fue liquidada con todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicios, anterior a la causación de su derecho, porque se desestimo los factores salariales como prima semestral, prima de vacaciones y prima de navidad.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

Normas violadas.

- Constitución Política. Artículos 1, 2, 4, 5,6,13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336.
- DECRETO 2563 de 1990, articulo 7, decreto ley 2277 de 1979, ley 4 de 1992 artículo 12, decreto reglamentario 1440 de 1992 artículo 1, artículos 115 y 180 de la ley 115 de 1994, ley 812 de 2003 articulo 81. decreto 1045 de 1978 artículo 45,

Concepto de la violación. Ver DVD, grabación de audiencia. Las causales alegadas son violación de la norma y falsa motivación.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 15 de abril de 2011 (fl. 5).
- Se admitió el día 16 abril de 2013
- Se notifica a las partes el 23 de abril de 2013.
- Se tuvo por no contestada el 28 de agosto de 2012 fijándose fecha para audiencia inicial.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La demanda se tuvo por no contestada (folio 58)

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- **De la parte demandante.** Manifestó que se reitera en lo expuesto en la demanda.
- **De la parte demandada:** No asistió.
- **Del Ministerio Público.** La señora Agente del Ministerio Público delegada ante este Despacho Judicial, en esta oportunidad solicitó se accedan a las suplicas de la demanda. Ver minuto 15.

2. CONSIDERACIONES.

ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

En el sub júdece, se pretende la nulidad parcial de la Resolución No. 0022 del 8 de enero de 2008, expedida por la Secretaria de Educación y Cultural del Municipio de Sincelejo, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación al demandante⁶.

⁶ Ver folios 4-7. Documento aportado en copia simple, pero objeto de valoración en aplicación del principio constitucional de la buena fe y en atención al hecho probado que la entidad convocada no cumplió la obligación de aportar los antecedentes administrativos dl acto demandado.

El demandante persigue la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación en cuantía del 75% de los salarios con todos sus factores devengados durante el último año de servicios, porque, al momento de ser reconocida, la entidad demandada desestimó como tales, la prima semestral, prima de vacaciones y prima de navidad⁷.

Para determinar la procedencia o no de la causa de la Parte Demandante, es prudente abordar el estudio del marco normativo que regula el derecho a la pensión ordinaria de jubilación del personal docente y luego estudiar los factores salariales que gobiernan la liquidación de la mesada pensional.

- REGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES

Es reiterado por la jurisprudencia administrativa, que si bien el Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, consagraba que los docentes estaban sometidos a un régimen especial, tal especialidad no está referida a la pensión ordinaria de jubilación, pues el régimen al que están sometidos los docentes en esta materia no contemplan requisitos distintos a los estipulados en el régimen general de pensiones previstos para todos los empleados del sector público.

En sentencia del 23 de febrero de 2006, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. No. 19001-23-31-000-2002-00594-01 (5198-04), se concluyó que los docentes no están sometidos a régimen especial alguno y que en lo relacionado con sus prestaciones sociales y derecho pensional se encuentran regulados por la ley 91 de 1989, que remite directamente a la reglas que sobre pensión se aplique al personal de la respectiva entidad pública⁸, en especial a “la ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos: 1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado

⁷ A la parte demandada se le tuvo por no contestada la demanda. Ver folio 58

⁸ Ley 6 de 1945, decreto 3135 de 1968, entre otras

expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad. 3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores”

Por su parte, la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, frente al régimen pensional de los docentes establece:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”

Esta norma, en consecuencia determinó, que el personal docente al servicio público educativo, será regido por las normas anteriores a la expedición de la ley 100 de 1993, siendo por regla general la ley 33 de 1985 y para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, los requisitos de su pensión serán regulados por las reglas de la ley 100 de 1993 y sus reformas, con excepción de la edad.

Lo anterior, armonizando, con las circunstancias concretas del sub júdice, nos permite arribar a una primera conclusión, así:

Está acreditado y no es objeto de discusión, que el actor era docente nacionalizado⁹, por lo cual siguiendo los lineamientos de la Ley 60 de 1993, el régimen aplicable en materia de pensión de jubilación es el previsto en la Ley 91 de 1989, quedando sometida al régimen prestacional vigente en el Ente Territorial, vigente a la fecha en que adquirió su derecho pensional (27 de mayo de 2007), esto es, la Ley 33 de 1985.

Ello es así, porque su situación particular se adecua al evento descrito en el numeral primero de la Ley 91 de 1989, pues a la vigencia de dicha normatividad figura como vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989, en concordancia con lo expuesto en el artículo 81 de la ley 812 de 2003.

- FACTORES SALARIALES.

Recordemos que el actor, persigue la reliquidación de su derecho, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y que su reconocimiento pensional, tal como líneas antes se estableció, se rige por la ley 33 de 1985, la cual en materia de factores se definió en lo estipulado por la ley 62 de 1985.

La norma en comento consagró:

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 la 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

⁹ Ver folio 8 del expediente

o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio
(subrayado del despacho).

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”.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, ha sido unánime en señalar que los factores salariales mencionados en la ley 62 de 1985, no son taxativos sino meramente enunciativos, de tal suerte, que la liquidación de la pensión de jubilación o vejez se debe efectuar con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social. Lo anterior en virtud del principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social y de favorabilidad en la aplicación de las normas laborales, dentro de las cuales se cuentan las normas sobre seguridad social en pensiones.

En efecto, en sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 y que este Despacho en el presente proveído acoge en su integridad dado, el imperativo de atenerse al precedente judicial dictado por la Sala Plena de la Sección II de nuestro máximo órgano colegiado, se señalo:

“Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, **se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios**

alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.
(Negrillas fuera del texto)

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

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.”¹⁰

Tesis reiterada, entre otras en providencia del 26 de agosto de 2010, expediente No. **150012331000200502159-01**, en la cual la Sección II Subsección B, reiteró:

“En los términos del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración estaría constituida así:

“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 la 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

¹⁰ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila

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.(...)”.

Ahora bien, ante la diversidad de criterios existentes en esta materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito[2], retomó el análisis de los factores a reconocer en la base de liquidación pensional de los reconocimientos efectuados bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes normativos y jurisprudenciales, arribando a las siguientes conclusiones:

“(…)

Entonces, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que ésta constituye una prestación producto de los aportes efectuados por el trabajador y, por lo tanto, debe otorgarse en forma óptima con el fin de no afectar sus condiciones de existencia al momento de retirarse definitivamente del servicio.

(…)

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

(…)

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

(…)

(…)es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.

(…)

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda.

(…)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no

enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...)

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

(...)

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.

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.

Posición que se adopta para la solución del presente caso, con base en los argumentos expresados en dicha ocasión, en consecuencia, 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” (subrayado de la providencia)

Y, al resolver un caso de supuesto fácticos similares al que nos convoca, esto es, reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, la Sección Segunda Subsección B, en proveído del 27 de enero de 2011, acogió la tesis

expuesta por la Sala Plena y, concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario.

Expuso la Subsección¹¹:

“El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 estableció los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

“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 artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- Asignación básica
- Gastos de representación
- Prima técnica
- Dominicales y feriados
- Horas extras
- Bonificación por servicios prestados
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

“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 la 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”.

En relación con la inclusión de los factores para efectos de fijar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

“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

¹¹ Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09). C. de E. Sección II Subsección B. CP. Bertha Lucia Ramírez.

históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó¹²:

“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..”.
...”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, esto es el primero de julio de 2004”

Así, acorde con la línea jurisprudencial vigente y que este Despacho acoge, tenemos que, la pensión de jubilación se debe reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el status pensional, con la salvaguarda que, sobre los factores que no se hayan realizado descuentos o aportes al Sistema de Previsión, la entidad gestora podrá realizar la respectiva compensación al momento del pago de la pensión¹³.

Retomando el asunto fáctico, conforme al Formato Único para Expedición de certificado de salarios, expedida por el Asesor de Recursos Humanos¹⁴, el cual se valora a pesar de estar aportado en copia simple, por cuanto la entidad demandada no cumplió con la obligación de remitir con la contestación de la demanda, el cuaderno de antecedentes administrativos, el demandante durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, devengó los siguientes factores salariales: Asignación básica, prima semestral, prima vacacional docente y prima de navidad,

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. (0208-2007). Nota de la cita.

¹³ Sobre liquidación pensión de los docentes y la incidencia de la ley 812 de 2003, se puede consultar la sentencia del 10 de agosto de 2011, de la SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO, RADICACIÓN No. 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048). C.P. LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

¹⁴ Ver folio 8. También obra en este mismo sentido, constancia a folios 43-44 del plenario.

de los cuales, tal como lo afirmó el actor en su demanda, sólo fue incluido en la resolución demandada como base de liquidación la asignación básica.

Precisado lo anterior, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado y para el restablecimiento del correspondiente derecho, se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta los factores reconocidos en Resolución No. 00212 de 2008 (asignación básica mensual) y los nuevos factores: Prima de vacaciones, Prima semestral y Prima de navidad, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, a partir del 27 DE MAYO DE 2007. El monto de la pensión, se establece en un porcentaje del 75% del promedio total de dichos factores, sin consideración si sobre ellos se hicieron aportes o no, o si la entidad territorial efectuó descuento para el efecto. No obstante, en caso de no haberse aportado o realizado descuento, a entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar¹⁵.

Por tanto, el restablecimiento del derecho **se concretará así**: a) la parte demandada deberá realizar la reliquidación de acuerdo con lo dicho, y la correspondiente mesada deberá reajustarla de acuerdo con la ley; b) luego de lo anterior, deberá descontar de la suma que resultare de la liquidación, las sumas de las mesadas pensionales pagadas; c) la diferencia insoluble deberá indexarla en los términos del artículo 178 del C.C.A., es decir, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor y la siguiente fórmula utilizada para estos eventos por el H. Consejo de Estado que deberá aplicarse mes por mes para cada mesada:

ÍNDICE FINAL

$R = RH \times \text{-----}$

INDICE INICIAL

Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el Art. 192 del C.C.A.¹⁶

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P: Tarcisio Cáceres Toro. Providencia del 2 de febrero de 2006. actor: Nieves Luna de Mosquera. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social

EXCEPCION DE PRESCRIPCION

La prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones y en materia laboral, opera por regla general al cabo de los tres años siguientes a la fecha en que se hace exigible el correspondiente derecho, y se interrumpe desde cuando el interesado exige su reconocimiento y pago ante la administración¹⁷.

El Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102, dispone:

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

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.”

Dicha prescripción trienal, ha dicho el Consejo de Estado¹⁸, “aunque está prevista para los derechos establecidos en el Decreto 3135 de 1968, se hace extensiva analógicamente al resto de prestaciones de los Servidores Públicos por existir un vacío legal”.

En el sub júdice se configura la prescripción, toda vez que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, surgió a partir del reconocimiento de dicha prestación mediante Resolución No. 0022 DEL 22 DE ENERO DE 2008 y la demanda fue presentada el 12 DE ABRIL DE 2013¹⁹. En consecuencia, al demandante se le ha extinguido el derecho a reclamar las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 12 DE ABRIL DE 2010, fecha en la cual se interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda. Así las cosas, se declarará probada de oficio parcialmente dicha excepción.

CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya

¹⁷ C.E. Sección Segunda, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, providencia del 16 de junio de 2005, rad.4159-02

¹⁸ Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02298-01(0489-08)

¹⁹ Ver folio 21-23

liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 392 y 393 del CPC. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del cinco (5%) por ciento de las pretensiones reclamadas²⁰, equivalentes a la suma de setecientos cincuenta y siete mil quinientos cincuenta y cinco pesos (\$757.555), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso y la desatención del precedente jurisprudencial vigente en materia de reliquidación pensional por factores salariales, expresado constantemente por el H. Consejo de Estado.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de acto administrativo contenido en la Resolución No. 0022 del 8 de enero de 2008, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados por el actor, durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, **SE ORDENA** a la entidad demandada, que realice una nueva liquidación a partir del 27 de mayo de 2007, de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al señor TULIO DE JESUS ALVAREZ GONZALEZ, conforme a lo dicho en los considerandos de esta providencia..

TERCERO: CONDENAR a la demandada, NACION –MINISTERIO DE EDUCACION FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar al señor TULIO DE JESUS ALVAREZ GONZALEZ, previa comparación con

²⁰Estimada en \$15.151.115. Folio 20.

las mesadas pagadas, el valor no pagado en las diferentes épocas, según lo dicho en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR de oficio, probada parcialmente la excepción de prescripción del derecho del demandante a obtener el pago de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 12 DE ABRIL DE 2010.

QUINTO: Las sumas que resulten adeudadas serán reajustadas en los términos consignados en la parte motiva de esta providencia

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá de acuerdo con lo establecido en los artículos 192 y 203 de la Le 1437 de 2011.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 392 y 393 del CPC. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del cinco (5%) por ciento de las pretensiones reclamadas²¹, equivalentes a la suma de setecientos cincuenta y siete mil quinientos cincuenta y cinco pesos (\$757.555), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso y la desatención del precedente jurisprudencial vigente en materia de reliquidación pensional por factores salariales, expresado constantemente por el H. Consejo de Estado.

OCTAVO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos de proceso. Efectúese las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático de administración judicial siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

JUEZ

²¹Estimada en \$15.151.115. Folio 20.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada siendo las 10:00 AM, del día cinco de noviembre de 2013, y el acta de la misma, se firma por quienes intervienen en la audiencia. Se deja constancia de la grabación del audio y video de la audiencia, la cual hace parte integrante del expediente y del proceso.

CÉSAR. E. GÓMEZ CÁRDENAS.

Juez

EDITH JOHANNA POMBO HERNANDEZ

Secretaria.

EVANGELINA CASTILLEJO DE SALES

Procuradora N° 103 Judicial Administrativo de Sincelejo.

RAFAEL ALBERTO PEREZ MERCADO

Apoderado de la parte demandante.