



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, cuatro (04) de noviembre de dos mil catorce de 2014

NATURALEZA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN:	70-001-33-33-003-2013-00318- 00
DEMANDANTE:	Julio Cesar Camargo Guevara
DEMANDADA:	Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ POR FACTORES SALARIALES.

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. 20-34).

1.1.1. Partes.

- Demandante: Julio Cesar Camargo Guevara, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.812.198 expedida en Sincelejo, quien actuó a través de apoderado judicial (fol. 1).
- Demandada: Secretaria de Educación y Cultura Municipal de Sincelejo; Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Fiduprevisora S.A

1.1.2. Pretensiones.

- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No.0727 del 30 de Diciembre de 2004, en lo que respecta al monto de la pensión reconocida y la base salarial de liquidación; por cuanto no se incluyó la totalidad de los factores salariales devengados por el señor JULIO CESAR CAMARGO GUEVARA, durante su último año de servicios inmediatamente anterior a la fecha del status.
- Que NO se aplique el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003.
- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las entidad demandadas – Nación- Ministerio de Educación Nacional, Secretaria de Educación y Cultural Municipal de Sincelejo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Fiduprevisora S.A, incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación todos los factores salariales devengados por el demandante, en el año inmediatamente anterior a adquirir el status pensional, debidamente certificados.
- Que se condene a la entidad demandada a pagar, debidamente indexadas con base en el IPC, hasta la fecha que se realice por el pago correspondiente, las sumas que dejó de percibir por concepto de pensión de jubilación, con retroactividad a la fecha en que adquirió el status pensional.
- Que se condene en costas a la demandada.

1.1.2. Hechos.

- Que mediante Resolución 0727 del 30 de diciembre de 2004, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, se le reconoce al señor JULIO CESAR CAMARGO GUEVARA, pensión vitalicia de Jubilación a partir del 15 de noviembre de 2004, por un valor de UN MILLON NOVENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE (\$1.097.816)M/CTE.
- Que para efectos de realizar el reconocimiento de la anterior prestación, solo fue tenida en cuenta la asignación básica como factor salarial.
- Que el señor JULIO CESAR CAMARGO GUEVARA, nació el 14 de noviembre de 1949, cumpliendo 55 años de edad el día 14 de noviembre de 2004, mismo día en el cual adquirió sus estatus pensional.
- Que el reconocimiento se realizó aplicando el artículo 3° del decreto 3752 de 2003.

- Mediante derecho de petición de fecha 13 de septiembre de 2011, se solicita a la Secretaria de Educación de Sincelejo y al Fondo de prestaciones sociales del Magisterio la reliquidación de la prestación del docente con la inclusión de todos los factores salariales.
- Que el derecho de petición fue contestado por parte de la Secretaria de Educación y Cultural Municipal de Sincelejo, mediante acto administrativo No. 1.8-304-03-2012, el cual niega la reliquidación de la prestación reconocida Y el 24 de abril de 2012, se interpone recurso de Reposición al Acto administrativo anteriormente mencionado.
- Que el 21 de Marzo de 2013, la Secretaria de Educación y Cultural Municipal de Sincelejo, mediante comunicado SEM – PS- 1.8.3-180, reitera la negativa de la reliquidación.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

1.1.3.1. Normas violadas.

Violación a La Ley 6ª de 1945, Decreto 3135 de 1968, El Decreto 1848 de 1969 , artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, La Ley 33 de enero 29 de 1985, artículo 1º de la Ley 62 de 1985, La Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, La ley 91 de 1989 y Ley 812 de 2003.

1.1.3.2. Concepto de la violación.

Manifiesta el actor que conforme los actos administrativos demandados, se tuvo en cuenta para efectos de liquidación exclusivamente la asignación básica y no todos los factores efectivamente devengados por él, el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

Así mismo, expresa que devengo en el año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional los siguientes emolumentos: sueldo, prima de alimentación, prima vacacional, prima de navidad y asignación básica, por lo que se le estaría violando el régimen aplicable a él, tales como la Ley 6ª de 1945, Decreto 3135 de 1968, Ley 33 de 1985, y demás normas aplicables a los docentes.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada en oficina judicial el 16 de octubre de 2013, y recibida en este despacho el día 17 del mismo mes y año¹.
- La demanda fue inadmitida mediante auto de fecha 30 de octubre de 2013 (fl.38)

¹ Fols. 36

- Subsana la demanda, mediante memorial presentado el 19 de noviembre de 2013 (fl. 40-41), se procedió a su admisión mediante auto de fecha 25 de noviembre de 2013 (fl. 59).
- 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 No. 153 del 26 de noviembre de 2013 (fl. 60).
- La demandada fue notificada a las partes el 14 de febrero de 2014 (fl. 64-67).
- La parte demanda contesto la demanda dentro del término (fl.79-83).
- Mediante auto del 20 de agosto de 2014² se fijó fecha para audiencia inicial.
- El 23 de octubre de 2014 se celebró audiencia inicial en la cual se dictó el sentido del fallo.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

Manifiesta la parte demanda frente a los hechos: primero, segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo, octavo, y noveno ser ciertos. En cuanto al hecho cuarto, expresa que se verifica la ocurrencia del hecho conforme a la resolución N° 0727 del 30 de diciembre de 2004, en la cual se reconoce una pensión vitalicia de jubilación al actor.

Respecto de las pretensiones de la demanda, expresa oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que carecen de sustento fáctico y jurídico y por tanto solicitan se denieguen las pretensiones.

Formuló la excepción de mérito de “falta de agotamiento de requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial”.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Se encuentran consignados en el audio y video de la presente audiencia y ello se remite el Despacho.

La parte demandante se reafirmó en los argumentos y razones de su demanda y solicita le sean despachadas favorablemente las peticiones contenidas en la demanda. (Ver audio minuto 18´13 al 23).

² Fol. 92.

³ Folio 79-83 del expediente.

La apoderada de la parte demandada manifiesta que no hay lugar a la prosperidad de sus pretensiones y sustenta lo afirmado manifestando que lo pretendido no tiene soporte legal (ver audio minuto 23´45 al 31´25).

El Ministerio Público, expreso que las pretensiones de la demanda si están llamadas a prosperar por lo que se debe declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandado (ver audio 31´35).

2. CONSIDERACIONES.

2.1. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se pretende la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución N° 0727 de fecha 30 de diciembre de 2004, en lo que respecta al monto de la pensión reconocida y la base salarial de liquidación, por cuanto no se incluyó la totalidad de los factores salariales devengados por el actor. Dicha resolución fue expedida por Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 2-3 del exp.).

Del mismo modo, solicita el demandante que no se le aplique el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, y que como consecuencia de ello se le restablezca el derecho ordenado a la entidad demandada incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación todos los factores salariales devengados por el actor el año inmediatamente anterior a adquirir el status pensional.

Visto lo anterior, el despacho manifiesta que el estudio de nulidad se centrará en la resolución N° 0727 de fecha 30 de diciembre de 2004, la cual reconoce la pensión de jubilación del actor sin incluirle la totalidad de los factores devengados por él.

2.2. FONDO DEL ASUNTO: PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER.

Aduce la parte demandante que la entidad demandada, al reconocerle la pensión de vejez y/o jubilación, no obstante reconocer la transición pensional a su favor y aplicar los requisitos de edad y tiempo de servicios establecidos en la ley 33 de 1985, al determinar el ingreso base de liquidación de su mesada pensional, no le tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio. Que acorde con ello, debe tomarse para determinar el ingreso base de liquidación de su pensión de vejez, además de la asignación básica del último año de servicios, la prima de alimentación, la prima de navidad, la prima semestral, y la prima de vacaciones.

A su turno, la parte demandada, argumenta que no hay lugar a la reliquidación pedida, porque la ley 33 de 1985 no contempla factores adicionales a los incluidos en la resolución No. 0727 de 2004.

En ese orden de ideas, encuentra el despacho la necesidad de 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 conforme la norma aplicable al caso concreto.

2.3. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 11, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, determina su campo de aplicación con el siguiente tenor literal:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”

De otro lado, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 determina el régimen de transición de la siguiente forma:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. ...”.

De acuerdo con los anteriores preceptos, las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre, tendrán derecho a que se les reconozca la pensión

teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión consagrados en el régimen anterior al que se encontraban afiliados al 1° de abril de 1994, fecha de vigencia del Sistema de Pensiones.

Así mismo, con la Ley 33 de 1985, se reguló el régimen prestacional de todos los empleados oficiales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por precepto del artículo 1, no sólo se contrastó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación en 55 años sino que se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones, así:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco 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 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 años (50) 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...”

Para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), el actor contaba con más de 35 años de edad, ya que nació el 14 de noviembre de 1949 (fl.19), lo que lo hace beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 que le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985.

Por otro lado tenemos que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, dispuso los factores que debían tenerse en cuenta para determinar la base de liquidación de los aportes, lo cual establece:

“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”.

Este mandato fue modificado 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”.

2.4. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE DOCENTES.

Para efectos de fijar el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores es pertinente 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:

“...los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala previos debates surgidos 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, precisó:

"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."

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

Esta decisión encuentra fundamento en las siguientes consideraciones de orden constitucional y legal:

a) Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación.

El capital humano en toda sociedad constituye un factor fundamental para su desarrollo, es por tal razón que los derechos laborales deben gozar de desempeño y la adecuada remuneración del mismo son presupuestos fundamentales para alcanzar la prosperidad general, fin estatal previsto por el artículo 2º de la Constitución política.

A su turno, la pensión de jubilación constituye una prestación social que, por regla general, se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral. Igualmente, en el transcurso de la vinculación al empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

Entonces, en lo que atañe a la pensión de jubilación es válido afirmar que la misma no es una dádiva del Estado sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

En lo concerniente a la esencia de la pensión de jubilación, la Corte Constitucional ha expresado:

"Un agravante adicional resulta también de manifiesto si se considera la naturaleza jurídica de la pensión. En efecto, esta constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo - 20 años.

(...)

En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador". (El resaltado es del texto)

(...)

Así las cosas, 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; aun 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.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es 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 determina 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.

(...)

b) Del principio de favorabilidad en materia laboral

La ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que solo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podrían entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa 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.

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.

(...)

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 e infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

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.” (Subrayado del Despacho)

Visto lo anterior, se concluye que la tesis que maneja el Consejo de Estado es que debe aplicarse el principio de favorabilidad para determinar cuáles son los factores del beneficiario que deben ser tenidos en cuenta a efectos de establecer el monto de su pensión, lo que implica que esta teoría los factores enumerados en la Ley 33 y en la Ley 62 de 1985 no son taxativos, sino que tienen un carácter enunciativo.

Ante tal panorama, el despacho entrará a resolver el presente caso, teniendo en cuenta que el régimen aplicable para la liquidación de la pensión del actor es el previsto en las leyes 33 y 62 de 1985, haciendo además uso del principio de favorabilidad en cuanto a cuáles factores deben ser tenidos en cuenta a efecto de establecer el Ingreso Base de Liquidación, de conformidad con la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

3. CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el proceso, que el señor Julio Cesar Camargo Guevara, laboró al servicio del Estado como docente Nacional en el Municipio de Sincelejo de forma continua desde el 9 de febrero de 1977 hasta el 15 de febrero de 2010⁴, por más de 30 años.

⁴ Ver folio 17 del expediente

Igualmente, quedó demostrado que el demandante nació el 14 de noviembre de 1949, cumpliendo en el 2004 la edad de 55 años; razón por la cual presentó solicitud de pensión de jubilación el 24 de noviembre de 2004, como lo indica la Resolución N° 0727 del 30 de diciembre de 2004, en la que se le reconoció pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.097.816.00 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidándose solo el sueldo básico devengado, sin incluir los factores salariales de prima de alimentación, prima de vacaciones, prima semestral y prima de navidad.

Descrito el aparte jurisprudencial, y aplicándolo al caso concreto, se denota que el texto de la resolución cuya nulidad se pretende, resulta contraria al ordenamiento jurídico, por lo que en aplicación del principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, se procederá a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0727 del 30 de diciembre de 2004, en cuanto que solamente se tuvo en cuenta la asignación básica para el cómputo de la mesada pensional.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Corolario de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho debe la Nación – Ministerio de Educación Nacional reconocer y pagar al aquí demandante, una pensión vitalicia de jubilación, liquidada con fundamento en el 75% del promedio en el último año de servicios al que haya adquirido el estatus jurídico de pensionada, de los factores contemplados en las Leyes 33 y 62 de 1985, incluyendo la asignación básica, la prima de alimentación, la prima de vacaciones, la prima semestral y prima de navidad.

Respecto de estos factores deberán efectuarse los descuentos correspondientes a las cotizaciones que no se hubieran efectuado, toda vez que la pensión de la accionante es por aportes.

5. EXCEPCIONES.

5.1. Propone la parte demandada la excepción de falta de agotamiento de requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, fundamentando su excepción en que la parte demandante no agoto el requisito sine qua non para la avocación del presente medio de control, pues debe acreditarse que se celebró la audiencia de conciliación y ello no fue así.

Por lo que solicita se mantenga incólume la decisión administrativa contenidas en los actos administrativos.

En cuanto a la procedencia de esta excepción, se tiene que la jurisprudencia ha reiterado que las controversias sobre pretensiones económicas son conciliables, mientras que los conflictos en torno a derechos ciertos e indiscutibles no son susceptibles de conciliación, por

lo que en cada caso el Juez analizará si resulta procedente la conciliación en el asunto debatido. Así mismo, el Consejo de Estado ha sostenido que el derecho a una pensión no es conciliable, pues tiene un carácter imprescriptible e irrenunciable (art. 53 de la C.P.).

El artículo 2º del Decreto 1716 de 2009, nos indica que son conciliables los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en el C.P.A.C.A. mientras que no son susceptibles de conciliación (i) los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, (ii) los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la ley 80 de 1993, y (iii) los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado. A partir de dicha normatividad, la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa ha precisado el alcance de los asuntos que pueden ser objeto de conciliación y los que están excluidos de esta posibilidad. Visto lo anterior, queda claro que la presente excepción no prospera.

5.2. La Prescripción Declarada de Oficio.

En lo referente a la excepción de prescripción, a simple vista se observa que a la fecha han transcurrido más de 4 años desde la expedición de la resolución recurrida, y por tanto ha operado el fenómeno prescriptivo, pero se debe precisar, que el derecho a la pensión es irrenunciable e imprescriptible en los términos del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, de tal suerte que el derecho a obtener el pago y/o liquidación justa y correcta de la mesada pensional, hace parte integrante del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, no como un derivado del derecho al mínimo vital, sino autónomo en la medida que el Estado debe garantizar el pago justo y oportuno de las mesadas pensionales.

En consecuencia, la entidad demandada deberá reliquidar la pensión vitalicia de jubilación reconocida al señor JULIO CESAR CAMARGO GUEVARA teniendo en cuenta, todos y cada uno de los factores salariales devengados por el mismo, durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionado, esto es, sueldo, prima de alimentación, prima semestral, prima de vacaciones y prima de navidad, pero con efectos fiscales a partir del 13 de septiembre de 2008 (presentación de reclamación administrativa), toda vez que operó la prescripción trienal de derechos (mesadas pensionales) con anterioridad a esta fecha, de tal manera que el ajuste del monto de la pensión reconocida, se ordenará a partir de la fecha atrás citada.

6. ACTUALIZACIÓN.

Las cotizaciones, así como la diferencia resultante entre lo efectivamente pagado y la nueva liquidación se indexarán aplicando la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final (fecha de ejecutoria de esta providencia) entre el índice inicial (fecha en que debió efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, cada mesada será liquidada en forma separada.

7. LA 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 liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso. Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las Agencias en derecho se establecen a favor del demandante, en la suma de \$1.193.265.00 corresponde al 5% de las pretensiones, conforme lo establece el Acuerdo 1887 y 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

8. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NO probada la excepción propuesta por la parte demandada **DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0727 del 30 de diciembre de 2004, en lo relativo a la forma en que se liquida la pensión de jubilación del señor **JULIO CESAR CAMARGO GUEVARA**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** que reliquide la pensión del señor **JULIO CESAR CAMARGO GUEVARA**, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que

sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, pero incluyendo la Prima de alimentación, la Prima de vacaciones, la Prima semestral y la Prima de navidad.

Respecto de estos factores adicionales deberán efectuarse los descuentos correspondientes a las cotizaciones que no se hubieran efectuado, toda vez que la pensión es por aportes.

CUARTO: CONDENASE a la entidad demandada a pagar las diferencias a que haya lugar luego de reliquidada la pensión de jubilación de la actora, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR PROBADA de oficio parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **13 de septiembre de 2008**, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Condénese en costas a la parte demandada las cuales serán tasadas por la Secretaría conforme lo establece el artículo 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil. Las Agencias en derecho se establecen a favor del demandante, en la suma de \$1.193.265.00. Correspondiente al 5% de las pretensiones, conforme lo establece el Acuerdo 1887 y 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

SÉPTIMO: Se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del cinco (5%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

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

NOVENO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense 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

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA

JUEZ