



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-**2014-00216-00**.
Demandante: Nubia Estella Tamara de Suarez.
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tema: Reliquidación Pensión Docente Nacionalizado – Aplicación de la ley 33 de 1985 – Factores Salariales Aplicables a la Pensión de Jubilación

SENTENCIA N° 13

1. ANTECEDENTES:

1.1. DEMANDA

1.1.1. PRETENSIONES.

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo S.E.M. - P.S. - 1.8.3. - 220 de fecha 21 de agosto de 2014.

SEGUNDA: Que se incluyan en la base de liquidación de jubilación de la señora NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ, todos y cada uno de los factores salariales devengados por ella, el año anterior a la fecha de cumplimiento del status de pensión, los cuales son: PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA SEMESTRAL, PRIMA VACACIONAL Y LA PRIMA DE NAVIDAD, los cuales están claramente relacionados en el certificado de sueldos expedidos por la Secretaría de Educación de Sincelejo – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio

TERCERA: Que se reliquide la pensión de jubilación de la señora NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ.

CUARTA: si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el art. 192 del C.P.A.C.A.

QUINTA: la condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 192 del C.P.A.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación), desde la fecha del cumplimiento del status de pensión, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

1.2. HECHOS

Sucintamente se describen los siguientes hechos:

Que la Sra. NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ cumplió su status pensional el 18 de octubre de 2006, fecha en la que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, le reconoció su derecho pensional mediante Resolución N° 00179 del 20 de marzo de 2007 y para efectos de liquidar la pensión del actor el Fondo Nacional de Prestaciones Nacionales del Magisterio tomó como base de liquidación la asignación básica mensual, sin incluir los demás factores salariales que devengo durante el año anterior al cumplimiento de su status pensional.

El 14 de agosto de 2013, se presentó escrito de reclamación administrativa, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, el Reajuste de su pensión, la cual fue negada mediante el Acto Administrativo S.E.M. - P.S. - 1.8.3. - 220 del 21 de agosto de 2014, basando su respuesta en el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003 y el Art. 3.

1.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

NORMAS VIOLADAS

La parte demandante estima como violadas las siguientes normas:

Constitucionales: Arts. 2, 6, 25, 29, 125.

Legales: Art. 160 de la Ley 1151 del 24 julio de 2007.

1.1.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El concepto de violación del apoderado de la parte demandante se puede sintetizar en los siguientes términos:

Que la autoridad nominadora, incurrió en una desviación de sus atribuciones al no tener en cuenta a pesar de ser de su entero conocimiento que el Art. 3 del Dcto 3752 de diciembre de 2003, fue derogado por el Art. 160 de la Ley 1151 de fecha 24 de julio de 2007. Por otro lado, el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, ha manifestado que la remuneración equivale a todo lo devengado por el empleador o trabajador como consecuencia, directa o indirecta de su relación laboral, en efecto el Dcto 1160 de 12947 incluye en el salario y por ende en la remuneración “todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones.

Manifiesta el demandante, que la pensión debe regirse conforme a la norma vigente, entendiéndose para efecto del reconocimiento de la pensión como remuneración, como todo lo percibido por el empleado o trabajador oficial por causa, directa o indirecta de su vinculación.

Al reconocerse el acto cuestionado, se desconoció el justo desequilibrio entre los derechos del pensionado y los intereses de la administración, pues se declaró no procedente el ajuste de la pensión de mi representado, tomando una posición equivocada de interpretación y aplicación amañada de las normas legales, desacatando los procedimientos legales estatuidos.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

- Presentación de la demanda en oficina judicial el 16 de octubre de 2014, repartida a este despacho el mismo día¹.
- La demanda fue Admitida, mediante auto del 27 de octubre de 2014², comunicada por correo electrónico el 29 de octubre del 2014 el estado electrónico N° 118 del 28 de octubre de 2014.
- Notificación de la demanda a las partes el día 11 de marzo de 2015³.
- La demanda fue contestada por las entidades demandadas dentro del término legal: a) Fiduciaria el 13 de mayo de 2015; b) Nación - Min. Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 19 de mayo de 2015, el cual iba del 24 de abril al 09 de junio de 2015⁴.
- En cuanto al Municipio de Sincelejo Sucre - Secretaría de Educación el 09 de junio de 2015, se tendrá como no contestada, toda vez que el representante judicial no acreditó en debida forma, los requisitos de su poderdante para actuar dentro del proceso.

¹ Fl. 6.

² Fls. 18 - 19.

³ Fls. 28 - 41.

⁴ Fl. 111.

- Mediante auto del 28 de octubre de 2015 se señaló fecha para la celebración de la audiencia inicial⁵.
- El 19 de abril de 2016 se celebró Audiencia Inicial y se presentaron alegatos de conclusión⁶.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO

Indican que se oponen a todas las pretensiones formuladas por la parte accionante, por carecer estas de fundamento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad.

En consideración a los hechos argumentan:

- Que el hecho primero y tercero son ciertos,
- Que el hecho segundo no es cierto.
- Con respecto a los hechos cuatro, quinto, sexto y séptimo, manifiesta que no son hechos, pues corresponden a señalamientos normativos y antecedentes jurisprudenciales traídos a colación por la parte demandante o es una apreciación errada por el demandante.

Radican su defensa, en que según los documentos anexos en la demanda, se puede verificar que la pretensión del accionante, no está ajustada a derecho, toda vez, que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores devengados durante el año en que obtuvo su status pensional.

Expresa que, la pensión de jubilación de la demandante se realizó conforme a los postulados de la Ley 33 de 1985, en atención a ello se procedió a reconocerle pensión mensual vitalicia de jubilación por valor de \$1.227.800 tal como consta en la resolución N° 0179 del 20 de marzo de 2007.

Señala que, la señora NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ, a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, no completaba 15 años de servicios continuos o discontinuos y mucho menos se encontraba retirada del servicio por haber cumplido 20 años de labor continua, razones por las cuales no se puede aplicar otros parámetros para el reconocimiento de su pensión de jubilación, sino solo los previstos en la Ley 33 de 1985.

⁵ Fl. 113.

⁶ Fls. 214 - 225.

Además propuso las siguientes excepciones:

- **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA:** Se estructura este hecho exceptivo en que el monto de la mesada pensional reconocida, fue liquidada con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales de la demandante, es decir de conformidad con las leyes 33 de 1985, 238 de 1995, 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003.
- **COBRO DE LO NO DEBIDO:** La entidad demandada alega que ha cancelado a la actora, todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas en su favor. No existiendo sustento normativo o jurisprudencial que respalden las pretensiones de la demanda, no se podría ordenar el reajuste de la mesada pensional.
- **BUENA FE:** La entidad demandada ha actuado con la más absoluta buena fe, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante hasta la fecha, por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la Ley 33 de 1985 a la pensionada como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y en esta forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación.
- **PRESCRIPCIÓN:** Manifiesta que, si bien el derecho a la pensión no prescribe, no ocurre lo mismo tratándose del valor de la mesada, o la mesada misma, las bases y factores sobre las que se calculó el monto o valor de la pensión, sobre los cuales si opera la figura de la prescripción, por lo que solicita que en caso de ser procedente se decrete la prescripción trienal de los derechos laborales aquí reclamados.
- **COMPENSACIÓN:** Solicita que en caso de ser procedente, se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, a la parte demandante por concepto de prestaciones sociales.
- **EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA:** De acuerdo con lo estipulado en el Art. 306 del código de procedimiento civil, aplicable en lo contencioso administrativo de conformidad con el Num. 6 del Art. 180 del C.P.A.C.A, cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Se desarrolló esta etapa en la audiencia inicial, tal como da cuenta el acta.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el Art. 155 Num. 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende en el presente medio de control, la nulidad del Acto Administrativo S.E.M. - P.S. - 1.8.3. - 220 de fecha 21 de agosto de 2014, toda vez que no se incluyeron todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y al que tenía a la Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ C.C. N° 33'172.071**, por Ley y no sólo las reconocidas en la mencionada Resolución, tales como: Asignación Básica y sobresueldos.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO:

De esta forma el Despacho encuentra que el **Problema Jurídico** central de la controversia radica en determinar lo siguiente:

- ⊕ ¿si a la demandante le asiste derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación que le fue reconocida mediante Resolución N° 0179 del 20 de mayo de 2007, teniendo en cuenta todo los factores salariales devengados durante el último año de servicio?

Para resolver el planteamiento anterior se desarrollará el siguiente temario: (1) Marco Jurídico (2) Caso en Concreto.

2.5. MARCO JURISPRUDENCIAL

La aplicación de la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ en la que ha expresado que los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, son un principio general que busca garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad

⁷ Consejo de Estado Sentencia de unificación fecha 24 de Mayo de 2011 Sección Segunda del 10 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del exp. No.0112-09, Sección Segunda-Subsección A, en Sentencia de agosto 17 de 2011 M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren dentro del expediente 2008-00342-01.

sobre las formalidades, entre otras permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación del Servicio.

La Sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda el 10 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del exp. No.0112-09, la cual señaló que:

“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.

PENSION DE JUBILACION – Factores. No taxatividad. Principio de la realidad sobre las formalidades

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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150

PENSION DE JUBILACION – Factores. Principio de protección del erario público

Si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar. En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho.

PENSION DE JUBILACION – Liquidación con base en todos los factores salariales / SALARIO – Concepto

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.”

A la fecha el Consejo de Estado en su Sección segunda continúa sosteniendo la misma regla jurisprudencial para casos análogos incluso la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha Corporación hace un recuento desde la sentencia unificadora⁸.

Reiterando la tesis de la sentencia transcrita, la Sección Segunda Subsección “B” con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez se dijo:

“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 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.”

Así mismo en jurisprudencia del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B de 14 febrero de 2013, consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve⁹ ha esgrimido las mismas posiciones anteriores, es decir que, todos los factores que ha definido la Ley 33/95 y 62 /95 que hacen parte del BLP pensional no son taxativos si no que se va al concepto general de salario como aquella retribución recibida constante durante la anualidad inmediatamente al año anterior al adquirir el status pensional.

Y con relación a los factores salariales que se tienen en cuenta para la pensión de jubilación el Art. 3° de la Ley 33 de 1985 manifestó:

“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 de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. Concepto 16 de febrero de 2012. CP Dr. WILLIAM ZAMBRANO CETINA , Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo *Sección Segunda Subsección “B”* Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013).Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12)

⁹ Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12)

prestados; y 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 liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes." (Subrayado para resaltar)

Este Artículo fue modificado por la Ley 62 de 1985, agregando que para la base de liquidación de los aportes estarían constituidos además de los factores anteriormente señalado por las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

El Art. 36 de la Ley 100 de 1993¹⁰ fijó el régimen de transición, el cual consistía en que aquellas personas que al entrar en vigencia la Ley 100 contaran con 15 años de servicios o 35 años si es mujer o 40 si es hombre, tendrían derecho a que se le reconozcan la pensión con el régimen que venían gozando con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

En ese sentido el H. Tribunal Administrativo de Sucre, M.P. Dr. Luís Carlos Álzate Ríos¹¹ indicó que es claro que para los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a partir del 1 de enero de 1981 y antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 que sean beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, es aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y dichas pensiones estarán a cargo del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Igualmente, de lo dicho se desprende que los docentes nacionales y nacionalizados están sujetos a la Ley 33 de 1985, en su calidad de empleados públicos.

Posteriormente al expedirse la Ley 812 de 2003, esta señaló en su Art. 81 que los docentes que ya se encontraban vinculados con anterioridad a la expedición de la misma, podían seguir disfrutando del régimen pensional con el que venían.

El Acto Legislativo N° 01 DE 2005, dispuso que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, es establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

¹⁰ "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."

¹¹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL, Sincelejo, primero (1) de agosto de dos mil trece (2013) MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS Sentencia No. 057.

EL CASO CONCRETO:

Se pretende en el presente medio de control, la nulidad del Acto Administrativo S.E.M. - P.S. - 1.8.3. - 220 de fecha 21 de agosto de 2014, toda vez que no se incluyeron todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y al que tenía derecho la Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ**.

Se encuentra probado en el proceso:

- la demandante sostuvo una relación laboral prestando sus servicios al Instituto Educativo San Isidro de Chocho en el Municipio de Sucre como Nacionalizado, desde el 24 de mayo de 1973 hasta el 18 de octubre de 2006, adquiriendo su status jurídico de pensionada, la cual se hizo efectiva la pensión el día **19 de octubre de 2006**¹².
- En la Resolución que reconoce su derecho pensional No. 00179 de 2007, se tomó como base para la liquidación la asignación básica en cuantía de \$ 1'637.066.oo.
- Que según certificación expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, la demandante prestó sus servicios como Docente, y que devengaba para los años 2005 y 2006 los siguientes factores salariales en el último año de servicio.

Año 2005 y 2006.

MESES	Asignación Básica	Auxilio de Alimentación	Prima Semestral	Prima de Navidad	Prima de Vacaciones
2005	\$ 1'620.857	\$16.080	\$1620.857	\$1'705.143	\$818.469
2006	\$ 1'701.900	\$16.080	\$1702.080	\$1'789.563	\$858.990

- De acuerdo a las Certificaciones expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales los factores salariales no incluidos en la Liquidación pensional son: Auxilio de alimentación, prima semestral, Prima de Navidad y la Prima de Vacaciones¹³.
- Se encuentra probado con el acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación Resolución N° 00179 de 2007, que la fecha de ingreso de la demandante es 24 de mayo de 1973 y para el año 1994 –vigencia de la Ley 100 de 1993- era titular de 42 años de edad y 5 meses aproximadamente y de 20 años y 11 meses de servicios. Luego entonces, para el caso particular la demandante Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ**, las normas aplicables

¹² Fls. 11 - 14 y 160 - 163. El primero aportado por el demandante y el segundo por el demandado.
¹³ Fl. 14

para la fecha en que adquirió su status pensional no son otras que la Ley 33 de 1985 en cuyo Art. 3º estableció los factores que debían tenerse en cuenta en la base de liquidación de los aportes, modificada por el Art. 1º de la Ley 62 de 1985 que amplió dichos factores y que fueron estudiados en la evolución normativa que precede.

Así es pertinente traer a colación La **LEY 33 DE 1985**, teniendo en cuenta que la Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ** inicio en la labor docente fue con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, siéndole aplicable la Ley 33 de 1985, al efecto está en su Art.1 Determinó que el pago mensual de la pensión de jubilación sería el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Ahora bien, como quiera la Ley 62 de 1985 no incluye en su listado algunos de los factores salariales certificados por la demandante, como devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, por lo que se sostendrá lo que ha expresado la Jurisprudencia, al manifestar que el reconocimiento de la pensión de jubilación debe hacerse con base en los factores salariales devengados durante el último año de servicio; sin embargo, la Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ** sólo se le computó la asignación básica mensual, obviando los demás factores, a los que tiene derecho a que se reliquide la misma. No obstante lo anterior, los factores que se enlistan como son el **auxilio de alimento, Prima de navidad y vacaciones**¹⁴ dentro de la certificación del plenario no se encuentran enumerados en las leyes que cobijan a la demandante, por lo que en principio no sería viable hacerla con dichos factores; Se exceptúa la prima semestral dado que no es procedente, ya que se acoge al fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre en sentencia del 22 de mayo de 2008, proferida dentro de los expedientes acumulados N°. 2004- 00390-00 y 2005-01524-00, con efectos de cosa juzgada erga omnes y retroactivos, que declaró nula la ordenanza 08 de 1985, la cual era la fuente jurídica de dicho factor salarial, salvo en los derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas o disposiciones legales expresa dada en sentido contrario, en tal sentido, al demandante devengó la prima semestral en el último año de servicio y ello es una situación fundada en cuanto a lo devengado, pero no para que se le tenga como factor para liquidar la pensión, por cuanto este derecho se declarará en la sentencia judicial, luego no está consolidado, pues la tesis del H. Consejo de Estado no se puede extender a aquellos emolumentos que carecen de una fuente jurídica válida

¹⁴ Fl. 14.

Sobre el tema en cuestión, como se transcribió la Sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado en la Sección Segunda del 10 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del exp. No.0112-09, la cual se refiere frente al asunto tratado, por lo que se resalta:

“PENSION DE JUBILACION – Factores. No taxatividad. Principio de la realidad sobre las formalidades

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.
(...)

PENSION DE JUBILACION – Liquidación con base en todos los factores salariales / SALARIO – Concepto

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.”

De lo anterior, se puede inferir que si bien en las leyes aplicadas a la actora no se enlistan los factores devengados por la misma durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status, su pensión puede reliquidarse con todos ellos, pues como se estudió los factores enumerados en las Leyes 33 y 62 de 1985 (que cobijan a la actora) no son taxativos, y por ende, la reliquidación deberá incluirlos.

Reiterado en por la Sección Segunda-Subsección A, en Sentencia de agosto 17 de 2011 M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren dentro del expediente 2008-00342-01, así:

“...Al respecto debe entenderse que por ser de la esencia del régimen de transición, la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto [se refiere al inciso segundo]**opera de pleno derecho** para quienes se encuentren inmersos en el mismo y consolidan su status pensional, así para efectos del cálculo del **quantum** pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así, para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100/93, pues si bien corresponde al Juez aplicar el

principio de favorabilidad, incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso tercero en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión...”

En el sub lite al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es 1º de abril de 1994, la Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ** contaba con más de 40 años de edad y más de 15 de servicio, teniendo en cuenta que nació el 11 de octubre de 1951¹⁵ y se vinculó el 24 de mayo de 1973¹⁶, por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Art. 36 que le permitía pensionarse con el régimen anterior contemplado en la Ley 33 de 1985.

3. PRESCRIPCIÓN

Determinada la suerte de las pretensiones de la demanda, se entrará a establecer si procede la prescripción de las diferencias de las mesadas causadas con tres (3) años de anterioridad a la fecha de la en que se solicitó el reajuste pensional.

La figura extintiva de la prescripción, opera para todo hecho o circunstancia que eventualmente pueda ser probado en contra del demandado, en relación con el cual hayan transcurrido tres (3) años o más, contados desde cuando se hizo exigible la obligación o el derecho.

Ahora bien, para decidir acerca de la prescripción, cuando no existe agotamiento de la vía de los recursos, se aplicará la tesis del H. Consejo de Estado en sentencia del 29 de julio de 2010, que expresa lo siguiente:

“Como un modo de extinción de derechos particulares se consagra en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 la prescripción trienal, es decir, que ellos prescriben en tres años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles siendo indispensable para que esta figura opere, que concurran todas las exigencias legales, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad, frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho, en lograr su cumplimiento”¹⁷

De esta forma en el caso bajo estudio, la demandante se le reconoció su status jurídico pensional el 18 de octubre de 2006, según se reconoció en la Resolución N° 00179 del 20 de marzo de 2007 y en vista que el acto administrativo se sometió a Reclamación administrativa, presentando petición el **14 de agosto de 2013, con base a la fecha que se**

¹⁵ Fl. 168, teniendo 42 años y 5 meses de edad aproximadamente.

¹⁶ Fl. 199, teniendo 20 años y 11 meses de servicio aproximadamente.

¹⁷ Sección Segunda, Subsección B, Radicación Número: 05001-23-31-000-2004-01178-01(1926-09) del 29 de Julio de 2010, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

menciona en la contestación del derecho de petición (acto administrativo demandado) ¹⁸, por lo que decretará la prescripción trienal para cancelar los reajustes de las mesadas causadas con anterioridad al 14 de agosto de 2010.

4. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Con fundamento en lo expuesto, el despacho declarará la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y se ordenará a la entidad demandada que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta los factores de ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD, devengados el año anterior a la fecha en la que adquirió su estatus de pensionado, es decir, desde el 18 de octubre de 2006.

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, la entidad podrá hacer las deducciones a que haya lugar¹⁹.

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 insoluta deberá indexarla en los términos del Art. 187 del C.P.A.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:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

¹⁸ Fl. 09 del expediente.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de Agosto de 2010. Sentencia de Unificación.

5. CONDENA EN COSTAS:

El Art. 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 de los artículos 365 y 366 del C.G.P., y conforme los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

CONCLUSIÓN:

Procederá el Despacho a declarar la nulidad del Acto Administrativo **S.E.M. - P.S. - 1.8.3. - 220 de fecha 21 de agosto de 2014** y le negó la reliquidación de la pensión de jubilación definitiva.

Al encontrarse cobijado en el Régimen de Transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, se da la aplicación de la Ley 33 de 1985, atendiendo la tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado²⁰, y ratificadas en recientes jurisprudencias de esta misma Corporación²¹, consistente en que se deberá incluir todo los factores salariales devengado durante el último año de servicios, teniendo entonces derecho la actora a que se incluyan en su pensión todos los emolumentos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, sin importar si se encuentran enlistados o no en las leyes aplicables a cada caso en particular. Observando el principio de favorabilidad para la aplicación de éstos, aún más cuando se ha expresado que los factores enumerados en las leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos, ya que son un principio general que buscan garantizar el principio de igualdad, primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros permitiendo incluir factores devengados por los trabajadores durante el último año de prestación de servicios.

Como consecuencia, se ordenará a la entidad accionada a que proceda a efectuar el reajuste de la pensión de jubilación otorgada a la actora mediante la Resolución arriba citada por un monto equivalente en el BLP, de los factores salariales devengado por la interesada en el año que adquirió el estatus de pensionada (2005 - 2006), **incluyendo** todos los factores salariales devengados y acreditados por la parte demandante tales como **la prima de**

²⁰ Sección Segunda. Sentencia del 10 de agosto de 2010 MP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila y Subsección A, Sentencia del 17 de agosto de 2011 M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²¹ consejo de estado. Sala de consulta y servicio civil. Concepto 16 de febrero de 2012. C.P. Dr. William Zambrano Cetina y sección segunda C.P Víctor Alvarado Ardila.

alimentación, prima vacacional y prima de navidad²², previa deducción de los descuentos por aportes dejados de efectuarse.

De igual manera y de oficio, se decretará la prescripción trienal de las anteriores **al 14 de agosto de 2010** para hallar las que se cancelarán con base a esta orden judicial se debe contabilizar y aplicar a las anteriores al 14 de agosto de 2010, pagando sólo como se reitera las posteriores a esta fecha.

6. DECISIÓN.

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

F A L L A:

PRIMERO: DECLARESE no prosperas las excepciones de **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRONEA INTERPRETACION DE LA NORMA, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, Y COMPENSACION**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarase la nulidad **S.E.M. - P.S. - 1.8.3. - 220** de fecha **21 de agosto de 2014**, proferido por la **Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo - Sucre** en nombre y representación del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, donde se negó la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al Status Pensional de la Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ** para hallar su **BLP**, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** debe reajustar la Base de Liquidación Pensional de la Resolución N° 00179 del 20 de marzo de 2007 de la Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ**, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y acreditados por la parte demandante, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse según la certificación de salarios relacionados en la considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a pagar a la demandante la suma que resulte de **RESTAR** los valores que arrojen las operaciones aritméticas después de contabilizar todos los factores que constituían salario del monto que efectivamente ya se le

²² Fls. 14. comparación entre el acto de reconocimiento de la pensión y el certificado de factores salariales.

hubiera cancelado a la actora, así como también el valor adeudado hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, será ajustado en los términos del **Art. 193 de la Ley 1437 de 2011**, dando aplicación a 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 adeudada a la parte demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

La entidad demandada pagará las diferencias a que haya lugar luego de reconocer y liquidar la pensión de jubilación de la Sra. **NUBIA ESTELLA TAMARA DE SUÁREZ**, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: Decretar la prescripción trienal de las mesadas a reajustar causadas con anterioridad **al 14 de agosto de 2010**. Reiterando que **para hallar las que se cancelarán con base a esta orden judicial se debe contabilizar y aplicar a las anteriores al 14 de agosto de 2010, pagando sólo como se ordena, las posteriores a esta fecha.**

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del Arts. 365 y 366 del C.G.P., y conforme los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

SÉPTIMO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: 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 del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
Juez