



**REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE DUITAMA**

Duitama, veinte (27) de enero de dos mil quince (2015).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho (LABORAL)

Radicación número: 15238-33-33-001-2013-00275-00

Demandante: Lucila Conde de Hernández

Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - F.N.P.S.M

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del presente proceso.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Fue presentada el día 5 de Septiembre de 2013, por la Señora Lucila Conde de Hernández, a través de apoderado judicial contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.1. Pretensiones:

- 1) Se declare la Nulidad parcial de la Resolución No. 0008 del 24 de Enero de 2006, por medio de la cual la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante.
- 2) Se declare la revisión de la Pensión de Jubilación de la demandante teniendo en cuenta la totalidad de las primas y demás factores salariales percibidos en el año de servicio inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional con su respectiva reliquidación.
- 3) A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la accionada a incrementar el valor de la pensión de Jubilación en cuantía del 75% del promedio devengado en el año inmediatamente anterior del estado de pensionada.
- 4) Condenar a la entidad demandada reconocer, liquidar y pagar la diferencia de las mesadas pensionales, generado por las diferencias de dinero sobre las mesadas o retroactivo pensional.
- 5) Condenar a la accionada a la indexación de las anteriores sumas de dinero.
- 6) Se condene a la demandada a dar cumplimiento de la sentencia conforme a la Ley 1437 de 2011.

- 7) Se condene a la entidad accionada al pago de costas procesales y agencias en derecho.

1.2. Hechos

Se resumen de la siguiente manera:

- 1) Mediante Resolución No. 0008 del 24 de Enero de 2006, la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del actor.
- 2) El demandante ingreso al servicio educativo el 22 de Noviembre de 1976, se desempeñaba dentro de la planta de personal del Municipio de Sogamoso.
- 3) Para la liquidación de la pensión se tuvo en cuenta únicamente la asignación básica, desconociendo los demás factores salariales que devengó la docente en el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. Normas violadas

- Constitucionales: preámbulo, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 40, 48, 53, 58, 85, 89, 90, 209 y 238.
- Legales: artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 7 del Decreto 2563 de 1990, artículo 3 del Decreto Ley 2277 de 1979, artículos 12 de la Ley 4ª de 1992, artículo 1º del Decreto Reglamentario 1440 del 1º de septiembre de 1992, artículos 115 y 180 de la Ley 115 de 1994, artículo 1º de la Ley 33 de 1985, artículos 17 y 29 de la Ley 6ª de 1945, artículo 3 de la Ley 65 de 1946, artículo 1º de la Ley 24 de 1947, artículo 4º de la Ley 4ª de 1966; artículo 5º del Decreto 1743 de 1966, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

1.3.2. Concepto de violación

En cuanto al concepto de violación, se puede extraer luego de un recuento normativo y jurisprudencial, que la parte actora explica que la infracción de las normas invocadas se produce, toda vez que para efectos de liquidar la pensión no sólo deben incluirse los factores salariales sobre los cuales cotizó para pensión el servidor, sino sobre todos los factores que hayan sido devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada a través de apoderado contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Sostiene que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho porque de acuerdo con la Ley 33 de 1985, las pensiones de los empleados oficiales se liquidan sobre los factores salariales que hayan servido de base para calcular los

aportes. Agrega que el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003 señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentra obligado el fondo, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre los cuáles realiza aportes el docente, según prevé el Decreto 1158 de 1994.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1 Parte Demandante

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la actora presentó escrito de alegaciones (fls.103- 104) en el que además de ratificar los argumentos expuestos en la demanda, solicita al juzgado se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, criterio aplicable para los servidores que quedaron amparados por las leyes 33 y 62 de 1985, en casos como el presente que la parte demandada dejó de incluir en el salario base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

3.2 Parte Demandada

La entidad accionada aduce en sus alegatos (fls.109 -111) que no asiste razón a la parte actora al afirmar que la liquidación de su pensión debió darse sobre todos los factores salariales sin estar consagrados en la ley 62 de 1985. No puede la demandada reconocer dichos factores para determinar el ingreso base de liquidación, pues la liquidación de la pensión sólo puede hacerse sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando sean de aquellos taxativamente señalados por la ley 62 de 1985.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 19 de septiembre de 2013 se admitió la demanda. A través de providencia del 5 de mayo de 2014 se fijó fecha para la audiencia inicial, la que tuvo lugar el día 26 de agosto de 2014. La audiencia de pruebas se realizó el 8 de octubre de 2014, en la cual se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se les corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito. El proceso entró al Despacho para fallo el día 28 de octubre de 2014.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Determinar si procede el reajuste de la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

2. Tesis

Debe incluirse dentro del Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, todos los factores salariales que devengó en el año anterior a la adquisición de su status de pensionada.

3. Premisas jurídicas

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, establece en su numeral 1° que los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, el primer inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispone lo siguiente:

“Artículo 1° de la Ley 33 de 1985. 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.

(...)”.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, el artículo 3° de la Ley citada dispuso que estarían constituidos por la: *“asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio”.*

Así mismo, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

Las anteriores disposiciones normativas, aparentemente taxativas, fueron interpretadas por el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-2009, explicando dicha Corporación que los factores salariales señalados por la Ley 33 de 1985 son enunciativos y no taxativos, de manera que debe incluirse en la base de liquidación pensional todo lo que constituya factor salarial, es decir, aquello que reciba el empleado de manera habitual como retribución directa del servicio.

Criterio éste que acoge el Despacho, toda vez que el mismo está inspirado en principios como el de favorabilidad laboral y primacía de la realidad sobre las formas, entre otros.

4. Situación probatoria

Dentro del presente proceso aparecen demostrados los siguientes hechos relevantes para resolver la *litis*:

- La demandante adquirió el status de jubilado el 25 de Septiembre de 2004, fecha que se extrae del acto administrativo demandado en nulidad (fl.22).

- Mediante Resolución No. 008 del 24 de Enero de 2006, la Secretaría de Educación del Municipio de Sogamoso, en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante, tomando en cuenta para liquidarla solamente la asignación básica (fls. 21 a 22), efectiva a partir del 26 de Septiembre de 2004.
- De acuerdo al certificado de factores salariales para liquidación de prestaciones sociales expedido por la Secretaria de Educación del municipio de Sogamoso, en el año anterior a la adquisición del status pensional, la actora devengó los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de grado, prima de alimentación, sobresueldo ordenanza 23, prima de vacaciones, prima de navidad, horas extras diurnas, (fls. 92-93).
- La demandante se vinculó al servicio público de la educación desde el 22 de Noviembre de 1976 (fl. 21).

5. Solución del presente caso

En el *sub examine*, la actora fue vinculado a partir del 22 de Noviembre de 1976, de manera que atendiendo lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el régimen aplicable para liquidar la pensión de jubilación es el establecido en la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985. Normas que deben ser interpretadas, de conformidad con el criterio expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia arriba citada.

Por otro lado, durante el año anterior a la adquisición de su status pensional, devengó los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de grado, prima de alimentación, sobresueldo ordenanza 23, prima de vacaciones, prima de navidad, horas extras diurnas. Se advierte que en la liquidación de la pensión del demandante, únicamente fue incluida la asignación básica, en tanto que los demás factores salariales que había percibido de manera habitual y periódica no fueron tenidos en cuenta dentro del ingreso base de liquidación.

El acto acusado, siendo así, quedó incurso en causal de nulidad, toda vez que violó las normas en que debía fundarse; razón por la cual procede su anulación parcial y, como consecuencia de ello, se dispondrá el restablecimiento del derecho respectivo, esto es, se ordenará a la entidad demandada que reliquide la pensión de la actor incluyendo todos los factores salariales devengados por ésta el año anterior a la adquisición del status pensional. De igual modo se ordenará el pago de la diferencia resultante, sin perjuicio de la prescripción que más adelante se expondrá.

Las diferencias resultantes no pagadas, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 187 inciso final del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, serán objeto de la indexación aplicando la siguiente formula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

En caso de no haberse efectuado los aportes sobre todos los factores que deben tenerse en cuenta para la determinación del Ingreso Base de Liquidación, la entidad ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal.

6. Prescripción

En el *sub examine*, a la demandante le fue reconocida su pensión mediante la Resolución 0008 del 24 de Enero de 2006, con efectividad a partir del 26 de Septiembre de 2004. La demanda, a su vez, fue radicada el día 5 de septiembre de 2013 (fl.48), razón por la que de acuerdo con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, se encuentran prescritas las diferencias en las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 5 de Septiembre de 2010.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la entidad demandada. Atendiendo el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 8% del valor de las pretensiones reconocidas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 0008 del 3 de mayo de 2005, proferida por la entidad demandada, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la Señora Lucila Conde de Hernández.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de "prescripción" propuesta por la entidad demandada, respecto de las diferencias en las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 5 de Septiembre de 2010.

TERCERO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a:

A) RELIQUIDAR la pensión de jubilación de la señora Lucila Conde de Hernández incluyendo, además de la asignación básica ya reconocida, prima de grado, prima de alimentación, sobresueldo ordenanza 23, la doceava parte de la prima de vacaciones y la doceava parte de la prima de navidad, y las horas extras diurnas por ella devengadas en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

B) PAGAR a la Señora Lucila Conde de Hernández, la diferencia entre las sumas que percibió como mesada pensional y las que legalmente le correspondían en virtud de lo ordenado en el literal anterior, a partir del **5 de septiembre del año 2010**.

Las sumas resultantes deberán actualizarse de acuerdo con la fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

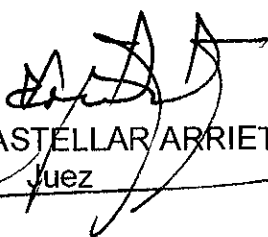
La entidad demandada, al momento de proceder al pago, podrá efectuar los descuentos por aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya realizado la deducción legal.

CUARTO: La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

QUINTO: CONDENAR en costas a la entidad demandada. Se fija como agencias en derecho el 8% del valor de las pretensiones reconocidas en este fallo. Dicha fijación se realiza a favor de la demandante y a cargo de la Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-. Por secretaria realícese la liquidación de las costas.

SEXTO: En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de los gastos ordinarios del proceso si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RONALD CASTELLAR ARRIETA
Juez

LNCA