



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincelejo, once (11) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

JUEZ: TRINIDAD JOSÈ LÒPEZ PEÑA

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO: 70001.33.31.005.2014.00095.00
DEMANDANTE: ANA ADELA DE OCCA FLOREZ
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN BENITO ABAD

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a proferir sentencia en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda, dentro del proceso iniciado por la señora **ANA ADELA DE OCCA FLOREZ**, servida de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del **MUNICIPIO DE SAN BENITO ABAD**, no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES:

En la demanda se pide:

- 1.1. Se declare la nulidad del acto ficto o presunto por medio de la cual se negó la modificación de la resolución No. 221 de marzo 12 de 1992, que reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al señor (causante) GERONIMO GUZTAVO MONTES DE OCCA, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados por este.



-
- 1.2. Como restablecimiento del derecho se pide que se ordene al Municipio demandado reliquide la pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta los factores salariales dejados de incluir como son: auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y cualquier otro no incluido y devengado por el demandante.
 - 1.3. Que la condena sea indexada, se dé cumplimiento al art. 192 del CPACA entre otras declaraciones

2. FUNDAMENTOS DE HECHO.

Los compendia el Juzgado así:

Se relata en la demanda que al señor GUSTAVO GERONIMO MONTES DE OCCA HERRERA (q. e. p. d) le fue reconocida pensión de jubilación mediante resolución No. 221 de 1997, por haber prestado sus servicios a la Alcaldía Municipal de San Benito Abad, efectiva a partir del 24 de abril de 2008, posteriormente la parte demandante solicitó que se reliquidara con todos los reajustes salariales del art. 45 del decreto 1048 de 1978, a lo cual respondieron que hicieron la liquidación con base al salario del año 1997, en la que además no aparecen todos los factores legales, además dice que no le están cancelando la mesada adicional a la que tiene derecho.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Las normas violadas y el concepto de violación son los expuestos por la parte actora en la demanda y se pueden leer a folios 3-4 del expediente.

II. TRÁMITE PROCESAL:

A-ADMISIÓN. La demanda fue admitida mediante auto de fecha 22 de mayo de 2014, que se notificó a la parte demandante por anotación en estado electrónico N° 025 de 23 de mayo de 2014; luego fue notificado personalmente a la señora Agente del Ministerio Público, y a la parte demandada el 17 de



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo*

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicación No. 70001-33-33-2014-000965-00

Demandante: Ana Adela Montes De Occa

Demandado: Nación – Municipio de San Benito Abad

marzo de 2015, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 55 a 57 del expediente, surtiéndose así los términos y traslados de Ley.

B – LA CONTESTACIÓN: La entidad demandada no contestó la demanda.

C – AUDIENCIA INICIAL: La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de fecha 24 de agosto de 2015 para realizarse el día 10 de diciembre de 2015, en la que se dijo que el litigio debía orientarse a determinar si a la menor ANA ADELA MONTES DE OCA FLOREZ le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación a ella sustituida de la cual era titular el finado JERONIMO GUSTAVO MONTES DE OCCA (q.e.p.d) con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, conforme a la ley 33 de 1985, y si tiene derecho al pago de las mesadas adicionales, todo ello tal y como consta en la correspondiente grabación de audio y video, y en la respectiva acta de registro, folios 66-69 del plenario.

D- ALEGACIONES: Mediante auto de fecha 6 de marzo de 2017, se dispuso tener como recaudada la prueba decretadas en audiencia inicial y se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. Las partes no hicieron uso de esta oportunidad procesal.

III. CONSIDERACIONES

A.- Problema Jurídico: Se contrae en determinar si la menor ANA ADELA MONTES DE OCA FLOREZ le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación a ella sustituida, de la cual fue titular el finado JERONIMO GUSTAVO MONTES DE OCCA (q.e.p.d) con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, conforme a la ley 33 de 1985, así como si tiene derecho al pago de las mesadas adicionales, con sus respectivos reajustes y las demás pretensiones de la demanda.



Para resolver el anterior planteamiento el despacho procederá a estudiar: 1. Norma aplicable para la liquidación de pensión jubilación de servidores oficiales, 2. El acervo probatorio arribado al proceso y, 3. Caso Concreto.

1.- NORMA APLICABLE PARA LA LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN JUBILACIÓN DE SERVIDORES OFICIALES.

En la Ley 33 de 1985, en su artículo 1º se estableció que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas sobre los mismos factores que hubieren servido de base para calcular los aportes al señalar que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En el artículo 3º *ibídem* se enlistaron los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, tales como:

- * 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.

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, quedando como factores los siguientes:

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.



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelajo*

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-000965-00
Demandante: Ana Adela Montes De Occa
Demandado: Nación – Municipio de San Benito Abad

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”.

Respecto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión se tiene que las decisiones no han sido unánimes, puesto que en algunas oportunidades se ha manifestado que los factores salariales a tener en cuenta son taxativos y corresponden a los señalados en la Ley 62 de 1985¹, y en otras se ha dicho que es solo liquidable aquello haya sido objeto de aportes². También, se ha reconocido que dicha norma es meramente enunciativa y en ese sentido se debe reconocer como computable todo lo devengado por el actor, sin importar si está o no en dicha norma³.

Frente a lo anterior, la sala Plena de la Sección Segunda⁴, ha dejado por sentado que para la liquidación de la pensión de jubilación debe tomarse en cuenta todos los factores salariales devengados, y no únicamente los que se encuentran establecidos en la ley 62 de 1985, e incluso en lo referente a la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, que si bien no se encuentran en el listado del artículo 3° de dicha ley, sí se encuentran establecidos en el Decreto 1045 de 1978 como factores salariales para liquidar cesantías y pensión de jubilación, el cual a pesar de ser norma anterior atendiendo al carácter progresivo de las disposiciones laborales y a los principios de la Primacía de la realidad, Favorabilidad, entre otros, es preciso aplicarlo, pues, con el primero de ellos se deja establecido que las normas laborales aún posteriores no deben menoscabar las conquistas a las cuales han llegado los trabajadores.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Paez Cristancho.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471-02), Actor: Jaime Florez Anibal.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509 01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA.



En ese orden, al encontrarse la persona cobijada en el régimen de transición consagrado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, debe aplicarse la Ley 33 de 1985, atendiendo a las tesis que ha mantenido el H. Consejo de Estado⁵, y que han sido ratificadas en múltiples jurisprudencias de esa misma corporación⁶ e incluso la posición de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios en la liquidación de la pensión, no ha sufrido variación en reciente providencia de la sección segunda de fecha nueve (9) de febrero dos mil diecisiete (2017) radicado 250002342000201301541 01 en la que se analizò las sentencias de la Corte Constitucional C- 258 de 2013, SU- 230 de 2015, en un aparte de èsta concluyó:

“La regla de interpretación insita en la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, y cobijadas tanto leyes generales como especiales anteriores a la ley 100 de 1993, no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo”.

La anterior síntesis arroja la suficiente claridad conceptual sobre la materia, para ahora sí abordar el análisis del acervo probatorio y el caso concreto.

2.- MATERIAL PROBATORIO.- En el proceso se recaudaron las siguientes pruebas:

⁵ 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.

⁶ 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.



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo*

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-000965-00

Demandante: Ana Adela Montes De Occa
Demandado: Nación – Municipio de San Benito Abad

-
- Derecho de petición e insistencia para obtener respuesta, fl 16, 17,19, 20-22.
 - Certificado de fecha 26 de mayo de 2010, fl 18,
 - Copia del acto administrativo de reconocimiento del derecho pensional. (FI 36-39).
 - Certificado de defunción del señor Gustavo Jerónimo Montes de Occa (q. e. p. d), fl 40.
 - Resolución No. 580 de 31 de julio de 2008, fl 42-44
 - Registro civil de nacimiento de la menor Ana Adela Montes de Occa Flórez, fl 45, 119
 - Resolución No. 830 de 2008, fl 47-48
 - Respuesta al oficio No. 0936, fl 77- 99, 117.
 - Respuesta al oficio No. 00017, fl 144.
 - Certificado de factores salariales del señor GUSTAVO GERONIMO MONTES DE OCA, fl 182-190

3.- CASO CONCRETO: Se controvierte la legalidad del acto administrativo presunto que negó la reliquidación de la pensión a la demandante.

A fin de resolver si a la menor ANA ADELA MONTES DE OCCA le asiste el derecho a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue sustituida, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios por el finado GUSTAVO GERONIMO MONTES DE OCCA HERRERA, mientras laboró al servicio del municipio de San Benito de Abad, como lo pide en la demanda, de conformidad con la Ley 33 de 1985, y sus normas reglamentarias, se estudiará de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente el régimen pensional que le correspondía al mismo.

En el expediente aparece acreditado que el señor GUSTAVO GERONIMO MONTES DE OCA, obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación mediante resolución 221 de 1997, efectiva a partir del 24 de junio de 1989, la cual arrojó una vez liquidada, la cuantía de \$18.750; sin embargo, le fue



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo*

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-000965-00
Demandante: Ana Adela Montes De Occa
Demandado: Nación – Municipio de San Benito Abad

reconocido el valor fijado como salario mínimo en el año 1989 quedando en la suma de \$32.559.

En dicho acto administrativo, se observa que se dijo que el actor nació el 20 de septiembre de 1920 y cuenta con 77 años de edad, que adquirió el status jurídico de pensionado el día 24 de junio de 1989 último mes al servicio del Municipio y que la pensión de jubilación le fue liquidada conforme a la ley 33 de 1985.

También aparece acreditado que, a través de apoderado especial, la señora MIRNA LUZ FLOREZ BARRIOS solicitó la reliquidación de la pensión sustituida a la menor ANA ADELA MONTES DE OCCA FLOREZ, pidiendo la reliquidación de la pensión sustituida, con inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios.

Revisado el acervo probatorio se considera que tal como lo hizo la demandada, que procedió en su momento a reconocer el derecho a la pensión al señor GUSTAVO GERONIMO MONTES DE OCCA HERRERA (q.e.p.d), mediante Resolución 221 de 1997, la normatividad aplicable es la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º exige 20 años continuos o discontinuos de servicio y 55 años de edad. Requisitos que fueron cumplidos por el hoy causante; para la liquidación de la pensión, la entidad demandada limitó su valor al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios inmediatamente anterior a la fecha en que se causó esta prestación.

De manera, que en el asunto aparece acreditado que el señor *GUSTAVO GERONIMO MONTES DE OCCA HERRERA*, prestó sus servicios hasta el 23 de junio de 1989, según se desprende de la resolución que ordenó el reconocimiento de la pensión, por lo que su último año corresponde al 23 de junio de 1988 hasta aquella data; al reconocer la pensión al momento de su liquidación solo se tomó en cuenta la asignación básica a fin de determinar el ingreso básico. En ese orden, según los documentos allegados, visibles a folios 185-187-189, en el referido periodo devengó la asignación básica por valor de \$25.000, sin embargo, no fue certificado cuales otros factores



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo*

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-000965-00
Demandante: Ana Adela Montes De Occa
Demandado: Nación – Municipio de San Benito Abad

salariales recibía el señor MONTES DE OCCA, en su último año de prestación de servicios.

Así las cosas, se evidencia que para liquidar las cesantías y la pensión para los servidores oficiales, según lo dispuesto en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, norma esta de la que solicita su aplicación la parte demandante, dispone los siguientes factores de liquidación:

Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.***

Se estima, que una vez nombrada la persona a ocupar un empleo público mediante decreto o resolución, gozan de dicha calidad, a partir de la fecha de



su posesión, por tanto son acreedores de los derechos prestacionales y salariales fijados para los empleados públicos a nivel nacional en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, los cuales se hicieron extensivos a los empleados de nivel territorial mediante decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, el cual señaló que *"todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, (...) gozarán del RÉGIMEN DE PRESTACIONES SOCIALES señalado para los empleados públicos del orden nacional"* el cual excluyó la aplicación al régimen salarial postura que es acogida por la sentencia C- 402 de 2013.

En ese orden de ideas, solicita el actor en su demanda⁷ que se le incluyan en la liquidación de la pensión, el auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y cualquier otro factor no incluido y devengado por el demandante, en aplicación del decreto 1045 de 1978; más como se dijo solo con la expedición del decreto 1919 de 2002 se hizo extensivo el régimen prestacional consagrado para los empleados del orden nacional a los de nivel territorial, por ende, las pretensiones solicitadas no guardan sintonía con el contexto normativo antes referido, como quiera que se solicita la aplicación de una ley que por principio es irretroactiva, esto es, no podría aplicarse a la pensión reconocida en el año 1997 puesto que en esa fecha, no le era aplicable entonces el art. 45 del decreto 1045 de 1978⁸ ni mucho menos el decreto 1042 de 1978 que establece los factores salariales para los empleados públicos del orden nacional; de manera que como se dijo anteriormente, la entidad demandada en los documentos allegados solo certifica como recibido asignación básica, mas como quiera que se trata de un empleado territorial no se puede tener como extendido lo preceptuado por el art. 45 del decreto 1045 de 1978, antes de la expedición del decreto 1919 de 2002.

Le correspondía por tanto, a la parte demandante probar⁹ los factores salariales que recibía el señor GUSTAVO GERONIMO MONTES DE OCCA

⁷ Ver pretensión primera y segunda, así como el contenido del concepto de violación.

⁸ Que establece que la prima de navidad, prima de vacaciones son factores a tener en cuenta en materia pensional.

⁹ Art. 167 del CGP.



*Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo*

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-000965-00
Demandante: Ana Adela Montes De Occa
Demandado: Nación – Municipio de San Benito Abad

HERRERA, hasta el 23 de junio de 1989; así mismo, al despacho le corresponde centrarse en las pretensiones elevadas en la demanda, puesto que no podría entrar a pronunciarse sobre lo no solicitado en ella, pues en virtud del art. 281 del CGP, *"la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda (...) Así mismo, no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta"*.

En cuanto a la solicitud de las mesadas adicionales, observa el despacho que en el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación al señor GUSTAVO JERONIMO MONTES DE OCCA HERRERA, en su artículo primero, se dice que *la pensión se liquidaría con el salario mínimo mensual fijado por el gobierno nacional para el año 1989, más los aumentos de ley fijadas anualmente, sin perjuicio de las mesadas semestrales fijadas por la ley 100 de 1993*, por tanto, dicha pretensión se encuentra bien reconocida, ahora si lo que se tratara es de una mora en el pago, lo plausible sería adelantar un proceso ejecutivo para su cobro.

Por las anteriores razones, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, en consonancia de lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda.

COSTAS: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 365 numeral 5° del C.G.P. Se condenará en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por secretaría, de conformidad con las normas antedichas; para tal efecto se reconocen las agencias en derecho en 1% de la condena, como quiera que la cuantía de las pretensiones fueron estimadas en la suma de: \$ 51.091.651,83, establézcase como agencias en derecho la suma de \$510.916.

DECISIÓN:

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



Juzgado Quinto Administrativo
Del Circuito de Sincelejo

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación No. 70001-33-33-2014-000965-00
Demandante: Ana Adela Montes De Occa
Demandado: Nación – Municipio de San Benito Abad

FALLA:

PRIMERO: Niéguese las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo motivado.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte demandante, por secretaría liquídense.

TERCERO: Ejecutoriada èsta providencia, devuélvase a la demandante el excedente -si lo hubiere- de las sumas consignadas para gastos del proceso, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI WEB.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

TRINIDAD JOSE LOPEZ PEÑA

Juez