



República de Colombia
Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo - Sucre

Carrera 18 No. 20 – 34, Tercer Piso, Edif. Guerra, Teléfono: 2825355

Sincelejo, nueve (09) de octubre de dos mil trece (2013)

SENTENCIA N° 51 DE 2013

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: **70-001-33-33-009-2012-00126-00**
DEMANDANTE: **JACOBA DEL CARMEN NAVARRO GÓMEZ**
DEMANDADO: **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Tema: Reliquidación pensión de jubilación - Docente

1. ASUNTO A TRATAR

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Y DEL DERECHO, interpuesta por JACOBA DEL CARMEN NAVARRO GÓMEZ, en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL ESTADO, de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1 BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

La actora deprecia se declare la nulidad parcial de la Resolución N.00392 del 13 de abril de 2007 expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 20 de agosto de 2006.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL ESTADO a reliquidar la pensión de jubilación con todos los factores percibidos por la actora antes de adquirir el status pensional, es decir a partir de que cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios.

Condenar en costas a la entidad demandada.

Lo anterior, con la debida indexación e intereses conforme lo establece los artículos 187 y 192 del CPACA.

Fundamenta lo pretendido en los siguientes hechos:

1. La señora JACOBA DEL CARMEN NAVARRO GÓMEZ cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicio para pensión de jubilación.
2. Laboró al servicio de la educación oficial en el Municipio de Galeras por más de 20 años, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
3. Presentó petición con radicado No.2006-PENS-009694 del 20 de septiembre de 2006 ante la Secretaria de Educación Departamental de Sucre - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.
4. La pensión de jubilación le fue reconocida mediante la Resolución N.00392 del 13 de abril de 2007.
5. La Resolución N.00392 del 13 de abril de 2007 liquidó la pensión de jubilación solamente con la asignación básica, desestimando los factores salariales de la prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación sin ninguna justificación.
6. Si se hubiera tenido en cuenta la totalidad de los factores salariales acreditados, la cuantía de la pensión de jubilación habría sido de \$634.177.25 o lo que se pruebe efectiva a partir del 21 de agosto de 2006.



7. El asunto no es sujeto de conciliación prejudicial.

8. La demanda es susceptible de presentarse en cualquier tiempo, por ser una prestación periódica.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada dentro del término procesal contestó la demanda¹, manifestando que los hechos 1, 2, 3 y 4, son ciertos, negó el hecho 5, respecto de los hechos 6 y 7 señaló que no son hechos, son afirmaciones realizadas por la parte demandante basadas en una interpretación errónea de la norma y en relación al hecho 8 expresa que es una interpretación jurídica de la parte demandante.

Fundamenta su defensa arguyendo que los actos acusados no violan las disposiciones invocadas por el actor y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse. Las razones por las cuales se realizó la liquidación de la pensión fueron la existencia de la Ley 812 de 2003, el Decreto 2341 de 2003, 3752 de 2003 entre otras. No existió omisión ni violación a derecho alguno con la respuesta dada en los actos demandados, toda vez que la docente para la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985 no tenía 15 años o más de tiempo de servicio, por tanto no se beneficia con la excepción consagrada en la disposición.

Finalmente, se opuso a las pretensiones de la demanda por estimar que carecen de fundamentos de hecho y derecho que avalen su prosperidad, solicitando sean denegadas.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1 AUDIENCIA INICIAL

¹ Folios 37-46.

Admitida la demanda², notificadas las partes³, se procedió a realizar audiencia inicial el 19 de junio de 2013⁴, previa convocatoria mediante auto.⁵

En dicha audiencia, se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio concluyéndose que el punto central de la litis es determinar si la demandante tiene derecho a que la Nación-Ministerio de Educación le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior en que adquirió el status.

No se realizó la etapa de conciliación, por cuanto se encuentran en litigio derechos ciertos e indiscutibles, sobre los cuales no es procedente la conciliación.

Se fijó fecha para audiencia de pruebas el día 31 de julio de 2013 a las 9:00 a.m.

3.2 AUDIENCIA DE PRUEBAS

Celebrada en el día y hora señalada⁶, se procedió a dejar constancia de que las pruebas solicitadas en la audiencia inicial fueron recaudadas⁷, razón por la cual y no habiendo más pruebas por practicar se dio por precluida la etapa probatoria.

Finalmente, se ordenó a los extremos procesales la presentación por escrito de los alegatos y al Ministerio Público emitir concepto.

3.3 ALEGATOS DE LAS PARTES

La parte actora presentó sus alegatos, reiterando los hechos y fundamentos jurídicos expuestos en la demanda y agregó que con la certificación de salarios se demostró que la actora devengó durante el año anterior al status pensional otros factores salariales que no se tuvieron en cuenta en el acto administrativo

2 Auto de fecha 15 de enero de 2013 (Fol. 21)

3 Folio 26 a 31

4 Folio 52 a 54

5 Auto de 30 de mayo de 2013. (Fol. 49)

6 Folio 90 a 91

7 Folios 87 a 89.



acusado, solicitando se provean favorablemente las declaraciones y condenas solicitadas.

Por su parte la entidad demandada guardo silencio y el Ministerio Público no emitió concepto alguno.

3.4 AUTO DE MEJOR PROVEER

No existiendo en el plenario pruebas suficientes que permitieran determinar los factores salariales devengados por la actora en el año inmediatamente anterior al que adquirió el status pensional, prueba indispensable para decidir el fondo del asunto, por lo tanto en procura de garantizar los derechos del mismo, de oficio se dictó auto de mejor proveer⁸, obteniendo certificación de fecha 28 de agosto de 2013⁹ suscrita por el líder del Programa Administrativo y Financiero de la Secretaria de Educación, donde consta que efectivamente la actora recibía otros factores salariales adicionales a la asignación básica en el último año de servicios.

4. CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en determinar si la demandante tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior en que adquirió el status.

4.2 TESIS DEL DESPACHO.

Para el Despacho resulta claro que el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación debe incluir la totalidad de los factores salariales devengados por la actora el último año de servicios, por lo que dadas las condiciones están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, por los argumentos que a continuación se exponen:

4.3. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

⁸ Folio 99
⁹ Folios 104 y 105.

4.3.1. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

El párrafo Transitorio 1º, del artículo 48 de la Constitución Política, que fue adicionado mediante Acto Legislativo 01 de 2005, artículo 1º, estableció que el régimen pensional de los docentes en el servicio público, es el establecido en las disposiciones legales vigentes con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, más concretamente en su artículo 81. Por su parte los docentes que se vinculen con posterioridad de dicha ley tendrán los derechos de prima media establecidos en el Sistema General de Pensiones.

El artículo 81 de la ley 812 de 2003, establece que *"El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley"*

Por su parte la ley 91 de 1989, que creo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15, numeral 2, establece que para los docentes nacionales y nacionalizados y los vinculados a partir del 1 de enero de 1981, gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional. Atendiendo a lo anterior el régimen aplicable será el consagrado en la ley 33 de 1985.

Se tiene que entender que para efectos de liquidar la pensión de jubilación de un trabajador que se encuentre cobijado por un régimen de transición, debe hacerse por la integralidad de la norma que regía en el sistema anterior al vigente, aplicando el principio de favorabilidad al trabajador. Tal como lo advierte la Sección Segunda –Subsección A- del Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

4.3.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS FACTORES SALARIALES BASE DEL CÁLCULO

La Ley 33 de 1985, en su artículo 1 establece como criterios para pensionarse el haber laborado un mínimo de 20 años y tengan una edad de 55 años, adquiriendo el derecho a una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicio.



Asimismo, el artículo tercero de la precitada ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, se dictamina que la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por 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 realizado en hora nocturna o en día de descanso obligatorio.

Y culmina diciendo que 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.

Con respecto a los factores salariales la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰, unificó su Jurisprudencia y aclaró que el listado de factores salariales consignado en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 no es taxativo, sino enunciativo, por tanto, todos los factores que reciben los funcionarios de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, integran el salario base de liquidación de su pensión, objetivo que tenía como fin garantizar los principios de igualdad material, progresividad, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

La tesis jurisprudencial se basa, específicamente, en el artículo 53 de la carta Política, que ordena aplicar la norma más benéfica para el trabajador, en caso de duda sobre la interpretación de una o más disposiciones que regulan en forma diferente una misma situación de hecho.

En conclusión la base para calcular la pensión de un empleado que se encuentre en el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, debe contar con todos los factores salariales devengados por el solicitante durante el último año de servicio.

4.4. EL CASO EN CONCRETO

Atendiendo lo analizado legal y jurisprudencialmente procedemos a verificar el caso en concreto.

¹⁰ Sentencia de 4 de agosto de 2010. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente 2006-7509-01.

4.4.1. IDENTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN APLICABLE AL DEMANDADO

Según la Resolución acusada, que aparece a folios 6 a 7 del plenario, la señora JACOBA DEL CARMEN NAVARRO GÓMEZ se vinculó al Magisterio desde el 8 de abril de 1972, con vinculación nacionalizada, adquiriendo el status de jubilada el 29 de agosto de 2002, fecha en la que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo cual, el régimen que se le aplica para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación fue el consagrado en el ley 6 de 1945 y la ley 33 de 1985, siendo reconocida tal situación en el mismo acto que reconoce la pensión, por lo tanto tiene derecho a que la entidad demandada le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, con base en los presupuestos ya enunciados.

4.4.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS FACTORES SALARIALES A APLICARLE AL DEMANDADO

Dentro del texto del acto que se solicita su nulidad, solo se toma como salario base de liquidación la asignación básica mensual, sin que se tuvieran en cuenta los factores salariales que devengó, que aparecen dentro de la certificación de salarios expedida por la Secretaria de Educación visible a folio 104 y 105, como son: asignación básica, prima de alimentación, prima vacacional y prima de navidad, encontrándose en contravía a lo dispuesto en el marco normativo y jurisprudencial analizado previamente.

4.4.3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y DESCUENTOS A REALIZAR DEL MISMO

Este Despacho establece que la Resolución demandada está viciada de nulidad de forma parcial por ser contraria a la ley, atendiendo a que no liquidó correctamente la pensión de jubilación de la accionante, por lo que como restablecimiento del derecho tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional, el cual debió ser reconocido en cuantía equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, condenándose al pago de la diferencia generada entre las mesadas pagadas y la suma reliquidada. En este sentido no tienen noción de prosperar las excepciones de inexistencia del derecho, buena fe y pago.



Se deberán efectuar los descuentos de todos los aportes que no hayan sido objeto de deducción legal, tal como lo dispuso el Consejo de Estado en el pronunciamiento de unificación ya citado¹¹.

4.5. PRESCRIPCIÓN DE MESADAS E INDEXACIÓN

En atención a lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968¹² y el Decreto 1848 de 1969¹³ en el Sub judice se observa que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación surgió a partir del reconocimiento de dicha prestación, es decir, 13 de abril de 2007, sin embargo, el demandante interrumpió el término prescriptivo, solamente hasta el momento de presentación de la demandada el 19 de diciembre de 2012, por lo que se configura el fenómeno de la prescripción respecto a las mesadas pensionales surgidas con anterioridad al 19 de diciembre de 2009.

Las mesadas reliquidadas se reconocerán de acuerdo al índice de precios al consumidor tal como lo manifiesta el artículo 192 del CPACA.

4.6. NO CONDENAN EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA, manifiesta que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, siendo su liquidación y ejecución conforme al Código de Procedimiento Civil.

Es preciso aclarar que el C de P. C. en su artículo 392, numeral 6, expresa que en caso de condenas parciales el Despacho podrá abstenerse de condenar en costas, por lo que se considera que al existir una condena parcial en el

¹¹ *Ibíd*em

¹² Artículo 41.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

¹³ Artículo 102.- *Prescripción de acciones.*

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

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

presente proceso y ante la no existencia de actitudes desleales o dilatorias, el despacho no condenará en costas a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL 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: Declárense parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, buena fe y pago.

SEGUNDO: Declárese la nulidad la nulidad parcial de la Resolución N° 392 del 13 de abril de 2007 expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre en nombre y representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 20 de agosto de 2006.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación de la señora JACOBA DEL CARMEN NAVARRO GÓMEZ, que le fue concedida mediante la Resolución N° 392 de 13 de abril de 2007, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales devengados durante el último año de servicio previo a la adquisición del status, como son: asignación básica, prima de alimentación, prima vacacional y prima de navidad. Respecto de las dos últimas por ser percibidas una sola vez en el año, se harán sobre la doceava parte.

CUARTO: De la liquidación efectuada, la accionada deberá pagar a la demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 19 de diciembre de 2009, al observarse que operó la prescripción con respecto a las mesadas pensionales anteriores. Así mismo, la entidad demandada realizará los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal. La suma de dinero que resulte de la condena anterior, es decir las diferencias, se ajustará



de acuerdo al índice de precios al consumidor tal como lo manifiesta el artículo 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: Deniéguense las restantes súplicas de la demanda.

SEXTO: No hay lugar a condena en costas.

SÉPTIMO: Por Secretaría, hágase entrega al demandante, del saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez