



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

Duitama, nueve (9) de diciembre de dos mil quince (2015)

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

Radicación número: 15238-33-33-001-2013-00434-00

Demandante: Pablo Emilio Lara Moreno

Demandado: La Nación -Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Fue presentada el día 24 de octubre de 2013, por el señor Pablo Emilio Lara Bonilla, 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. 0918 del 17 de agosto de 2004, por medio de la cual la entidad demandada reconoció la pensión vitalicia de jubilación al demandante.
- 2) A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la accionada a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de jubilación con el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado.
- 3) Condenar a la accionada a hacer efectivo el pago de la pensión desde el 26 de mayo de 2003, fecha en que el demandante adquirió el status de pensionado.
- 4) Condenar a la accionada a la indexación de las anteriores sumas de dinero.
- 5) Se condene a la demandada a dar cumplimiento de la sentencia conforme a la Ley 1437 de 2011.
- 6) Se condene a la entidad accionada al pago de costas procesales y agencias en derecho.

1.2. Hechos:

1) Mediante Resolución No. 0918 del 17 de agosto de 2004, la entidad demandada reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del actor, en cuantía de \$1'143.878, efectiva a partir del 26 de mayo de 2003.

2) Para liquidar la pensión, la entidad demandada tuvo en cuenta solamente la asignación básica, prima de vacaciones y prima de alimentación, excluyendo el factor salarial **prima de navidad**.

3) El demandante nació el 26 de junio de 1940.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. Normas violadas

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 C.N.; artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 7º del Decreto 2563 de 1990; artículo 3 del Decreto Ley 2277 de 1979; literal a) del artículo 2º y artículo 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; Ley 65 de 1946; artículo 4º de la Ley 4ª de 1966; artículo 5º del Decreto 1743 de 1966; artículo 1º parágrafo 2º de la Ley 24 de 1947, en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945; Decreto 1045 de 1978; y artículos 45 y 81 de la Ley 812 de 2003.

1.3.2. Concepto de violación

La parte actora explica que la infracción de las normas invocadas se produce, toda vez que para efectos de liquidar su pensión deben incluirse los factores salariales que hayan sido devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. 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, siempre y cuando éstos sean de aquellos taxativamente señalados por la Ley 62 del mismo año. Agrega que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se 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.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 13 de febrero de 2014 se admitió la demanda. A través de providencia del 31 de octubre de 2014 se fijó fecha para la audiencia inicial, la que tuvo lugar el día 22 de abril de 2015. La audiencia de pruebas se realizó el 22 de mayo de 2015, 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 29 de julio de 2015.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación del 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 del demandante, por constituir factor salarial, **la prima de navidad** que devengó en el año anterior a la adquisición de su status de pensionado.

3. Premisas jurídicas

El primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispone lo siguiente:

“Artículo 1º 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 3º 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 1º 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*:

- El demandante adquirió el status de jubilado el 25 de mayo de 2003, fecha que se extrae del acto administrativo demandado en nulidad (fl. 16).
- Mediante Resolución No. 0918 del 17 de agosto de 2004, la Secretaría de Educación de Boyacá 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 al demandante, tomando en cuenta para liquidarla solamente la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones (fls. 16 a 17), efectiva a partir del 26 de mayo de 2003.
- 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, el actor devengó los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones (fls. 18).
- El demandante nació el 26 de junio de 1940 (fl. 15) y se vinculó al servicio público de la educación desde el 7 de abril de 1983 (fl. 16).

5. Solución del presente caso

En el *sub examine*, el actor fue vinculado a partir del 7 de abril de 1983, de manera que atendiendo lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el régimen aplicable para liquidar su 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, subsidio de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones. Se advierte que en la liquidación de la pensión del demandante no fue incluida la prima de navidad.

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 y, como consecuencia de ello, se dispondrá el restablecimiento del derecho respectivo, esto es, se ordenará a la entidad demandada que reliquide la pensión del actor incluyendo todos los factores salariales devengados por éste el año anterior a la adquisición del status pensional, concretamente **la prima de navidad**. 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 del artículo 187 inciso final CPACA serán indexadas, 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 aportes sobre el factor salarial cuya inclusión se ordena en el presente fallo para determinar el IBL, la entidad demanda ordenará el descuento de los aportes correspondientes a dicho factor salarial.

Consecuente con lo expuesto anteriormente, no son de recibo para el Despacho los argumentos planteados por la entidad demandada, en el sentido que la pensión del actor debe liquidarse únicamente con los factores salariales taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, siempre que sobre éstos se hubiesen practicado los correspondientes aportes a pensión, de conformidad con lo previsto por el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

Lo anterior en atención a que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 distingue entre los docentes vinculados con anterioridad a su vigencia y los que se vinculen con posterioridad. Solo estos últimos quedaron cobijados por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, y en esa medida debe entenderse que son ellos los destinatarios los destinatarios del Decreto 3752 de 2003 y el artículo 2° del Decreto 2341 de 2003, que remite al Decreto 1158 de 1994.

A los docentes vinculados antes de entrar a regir la Ley 812 de 2003, en cambio, se les aplica el régimen prestacional existente con anterioridad a su entrada en vigor (27 de junio de 2003), por lo que no aplican para ellos los decretos 2341 y 3752 de 2003, que reglamentaron la ley citada, pues dichos actos administrativos fueron expedidos con posterioridad al 27 de junio de 2003.

Lo anterior guarda armonía con el criterio expuesto por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 6 de abril de 2011, radicación interna acumulados 4582-04 y 9906-05, en la cual se dijo que el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003 no ameritaba ser anulado, pues resultaba suficiente limitar su aplicación al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003, que no es el caso del demandante, puesto que éste se vinculó al servicio docente en el año 1983, es decir, 20 años antes de ser expedida la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, motivo por el cual dicha normatividad no aplica a su situación pensional.

6. Prescripción

En el *sub examine*, al demandante le fue reconocida su pensión mediante la Resolución 0918 del 17 de agosto de 2004, notificada el 7 de septiembre de 2004, con efectividad a partir del 26 de mayo de 2003. Por otra parte, la demanda fue radicada el día 24 de octubre de 2013 (fl. 21), 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 24 de octubre del año 2010 y, bajo tal entendido, el pago de las diferencias en las mesadas pensionales procede a partir de esta última fecha y no desde la fecha de adquisición del status pensional como fue solicitado en la demanda.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 numeral 5° del C.G.P¹, el Despacho se abstendrá de condenar en costas dentro del presente asunto, toda vez que dicha norma prevé la posibilidad de no condenar en costas cuando las pretensiones de la demanda prosperen parcialmente. En el *sub examine* las pretensiones de la demanda prosperar parcialmente, teniendo en cuenta que la parte actora pidió el pago efectivo de la pensión desde cuando adquirió el status pensional (26 de mayo de 2003); sin embargo, en virtud de la prescripción trienal, dicho pago será ordenado a partir del 24 de octubre de 2010.

¹ Aplicado por remisión del artículo 306 del CPACA.

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. 0918 del 17 de agosto de 2004, proferida por la entidad demandada, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Pablo Emilio Lara Moreno.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de "prescripción", propuesta por la demandada, respecto de las diferencias en las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de octubre del año 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 del señor Pablo Emilio Lara Moreno, incluyendo la **doceava parte de la prima de navidad**, por él devengada en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

B) PAGAR al señor Pablo Emilio Lara Moreno 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 **24 de octubre 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 podrá efectuar los respectivos descuentos por concepto de los aportes que correspondía realizar sobre el factor salarial cuya inclusión se ordena en el presente fallo.

CUARTO: El presente fallo será cumplido conforme a los artículos 192, 194 y 195 CPACA.

QUINTO: Sin costas procesales.

SEXTO: En firme esta providencia, EXPÍDASE a la parte actora copia que preste mérito ejecutivo. ARCHÍVESE el expediente, previa liquidación de los gastos ordinarios del proceso si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RONALD CASTELLAR ARRIETA

Juez