



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

Duitama, veintisiete (27) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

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

Radicación número: 15238-33-39-752-2015-00028-00

Demandante: Ana Amparo Báez Rojas

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 19 de diciembre de 2014, por la señora Ana Amparo Báez Rojas, 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 de la Resolución No. 3915 del 24 de junio de 2014, por medio de la cual la entidad demandada negó la reliquidación de la pensión de jubilación a la actora, con inclusión de todos los factores salariales por ella devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

2) A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la accionada a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de todos los factores salariales por ella devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada.

3) Condenar a la accionada a pagar la diferencia de las mesadas pensionales a partir del 24 de abril de 2004, fecha en que la demandante adquirió el status de pensionada.

4) Condenar a la accionada a realizar los ajustes sobre las diferencias pensionales adeudadas con base en el Índice de Precios al Consumidor.

1.2. Hechos

1) La demandante cumplió su status jurídico de pensionada el 23 de abril del año 2004, por lo que la entidad accionada le reconoció su pensión de jubilación a partir del 24 de abril del mismo año. Sin embargo, en la liquidación no se incluyeron los factores

salariales: prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, que fueron devengados en el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada.

2) El 11 de noviembre de 2011, la demandante solicitó a la accionada la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales por ella devengados en el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada (Sic).

3) Mediante Resolución No. 3915 del 24 de junio de 2014, la entidad demandada negó la petición de la accionante.

4) En el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada comprendido entre el 24 de abril de 2003 y el 23 de abril de 2004, la actora devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de grado, sobresueldo del 20%, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, excluyéndose estos tres últimos del IBL de la pensión.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. Normas violadas

Constitucionales: preámbulo, artículos 2, 6, 13, 25 y 53.

Legales: artículo 10 del Código Civil; artículo 5 Ley 57 de 1887; Leyes 33 y 62 de 1985; Ley 4ª de 1966; Decreto Ley 1045 de 1978 y Ley 1437 de 2011.

1.3.2. Concepto de violación

En cuanto al concepto de violación, la demandante explica que la infracción de las normas invocadas se produce, toda vez que para efectos de liquidar su pensión de jubilación, deben incluirse todos los factores que hayan sido devengados en el año anterior a la adquisición del status jurídico de pensionada.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada sostiene que de acuerdo con la Ley 33 de 1985, las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando éstos sean de aquéllos taxativamente señalados en la Ley 62 del mismo año. Adicionalmente refiere 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 encuentre obligado el Fomag, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 24 de febrero de 2015 se admitió la demanda (fl.41). A través de providencia del 17 de septiembre de 2015 se fijó fecha para la audiencia inicial (fl.143) que tuvo lugar el día 6 de octubre de 2015 (fls.203 a 205). La audiencia de pruebas se realizó el 27 de abril de 2016 (fl.242), 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 16 de mayo de 2016 (fl.244).

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

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

2. Tesis

Deben incluirse dentro del Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación de la demandante por constituir factores salariales: **la prima de alimentación, la doceava parte (1/12) de la prima de navidad y la doceava parte (1/12) de la prima de vacaciones** que devengó en el año anterior a la adquisición de su status de pensionada; debiendo efectuarse la correspondiente liquidación con el 75% del promedio de los factores salariales devengados en tal periodo.

3. Premisas jurídicas

El primer inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispone 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 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*". 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 del 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

Sentadas las anteriores premisas jurídicas, es pertinente señalar que dentro del presente proceso se hallan demostrados los siguientes hechos relevantes:

- La demandante ingresó al servicio docente oficial el 5 de mayo de 1971 (fl.91).
- A través de Resolución No. 126 del 6 de abril de 2005, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó pagar a favor de la señora Ana Amparo Báez Rojas, una pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta para liquidarla solamente la asignación básica, efectiva a partir del 24 de abril de 2004 (fls.86 a 87).

-Mediante Resolución No. 893 del 16 de julio de 2010, la entidad demandada reliquidó la pensión de jubilación de la actora, incluyendo en el IBL los factores salariales prima de grado y sobresueldo del 20%, devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, comprendido entre el 24 de abril de 2003 y el 23 de abril de 2004 (fls.208 a 211).

-Que a través de solicitud radicada el 2 de abril de 2014, la actora solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada (fls.20 y 56).

-A través de Resolución No. 3915 del 24 de junio de 2014, la entidad accionada negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la actora (fls.20 a 21).

- Los factores salariales devengados por la demandante en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, período comprendido entre el 24 de abril de 2003 y el 23 de abril de 2004 fueron: asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo mensual del 20% -ordenanza 23, prima de vacaciones y prima de navidad (fls.22 a 23).

5. Solución del presente caso

En el *sub examine*, la demandante fue vinculada como docente oficial a partir del 5 de mayo de 1971, 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, la actora devengó los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo mensual del 20% -ordenanza 23, prima de vacaciones y prima de navidad. Se advierte que en la liquidación de la pensión de la demandante se excluyeron los factores salariales: prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, a pesar que los había percibido de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

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 demandada que reliquide la pensión de la actora incluyendo: **la prima de alimentación, la doceava parte (1/12) de la prima de vacaciones y la doceava parte (1/12) de la prima de navidad**. También se ordenará el pago de las diferencias pensionales.

Las diferencias resultantes no pagadas, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 187 inciso final del CPACA serán objeto de la indexación aplicando la siguiente fórmula:

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

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 a pensión sobre todos los factores que deben tenerse en cuenta para la determinación del Ingreso Base de Liquidación, la entidad demandada 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.

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 de la actora 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.

No comparte el Despacho tales argumentos, por cuanto el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 distinguen entre los docentes vinculados con anterioridad a su vigencia y los que se vinculen con posterioridad. Para los primeros, el régimen prestacional es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes hasta ese momento. Los segundos, quedaron cobijados por el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Si la demandante se vinculó al servicio docente en el año 1971, es decir, 32 años antes de ser expedida la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, es lógico que no se les aplique dicha normatividad¹.

6. Prescripción

En el *sub examine*, la actora presentó la solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación el día 2 de abril de 2014 (fl.56). En este orden de ideas, aplicando la prescripción trienal, se tiene que se encuentran prescritas las diferencias en las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **2 de abril del año 2011**, tomando como referente, la fecha en que fue radicada la solicitud de reliquidación pensional, tal como lo dispone el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. Siendo así, prospera parcialmente la excepción de prescripción de mesadas propuesta por la entidad accionada.

7. Costas

De conformidad con el numeral 5 del artículo 365 CGP, no hay lugar a condena en costas, pues las pretensiones de la demanda solo prosperan parcialmente, dado que se declarará probada la excepción de prescripción, evento en el cual se puede prescindir de la condena en costas.

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,

¹ Ello 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: "El artículo controvertido 3º del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003".

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 3915 del 24 de junio de 2014, a través de la cual la Secretaría de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le negó la reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de "prescripción", propuesta por la entidad accionada, **en relación con el pago** de la diferencia reclamada, producto de la reliquidación de la pensión de jubilación, para todas las mesadas causadas con anterioridad al **2 de abril del año 2011**.

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

A) RELIQUIDAR la pensión de jubilación de la señora Ana Amparo Báez Rojas, con el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, es decir, incluyendo además de la asignación básica, la prima de grado y el sobresueldo del 20% -ordenanza 23, los siguientes factores: **la prima de alimentación, la doceava parte (1/12) de la prima de vacaciones y la doceava parte (1/12) de la prima de navidad.**

B) PAGAR a la señora Ana Amparo Báez Rojas la diferencia entre las sumas que percibió como mesada pensional y las que legalmente le correspondían, solo a partir del **2 de abril del año 2011**, en virtud de la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad a dicha fecha. 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 a pensión, correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en este fallo y respecto de los cuales no se haya realizado la deducción legal.

CUARTO: Este fallo será cumplido de acuerdo con 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