



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N° 70- 001-33-33-003-2015-00117-00.
Demandante: Francisco Baldovino Arrieta
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Tema: Incremento pensional del 14%, por tener a cargo al cónyuge

SENTENCIA N° 07

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **FRANCISCO MANUEL BALDOVINO HERNÁNDEZ**, identificado, con la cédula de ciudadanía No. 9.311.214, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado. **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

¹ Folio 9.

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, por la no repuesta a la petición formulada el día 16 de septiembre de 2014, en la que solicitaba el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del 14% sobre la pensión de vejez por tener a cargo a su cónyuge.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se condene y ordene a la Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, reconocer y pagar a título de indemnización a favor del demandante, los incrementos pensionales de 14% sobre la pensión de vejez que le fue reconocidas mediante resolución N° 0382 de 8 de mayo de 2012, por tener a cargo a su conyugue EDUVIGES ARRIETA MONTES DE OCA, debidamente indexada, conforme al IPC.

TERCERO: Igualmente a título de indemnización deberá reconocer y pagar la entidad demandada a título de indemnización al demandante, el correspondiente retroactivo de tales incrementos desde la fecha en que se configuró el derecho, es decir a partir del 29 de enero de 2012.

CUARTO: A título de indemnización deberá ser condenada la Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio a pagar el retroactivo del incremento debidamente indexados, conforme al IPC.

QUINTO: Que se dé cumplimiento a la sentencia, conforme al artículo 192 de CPACA y paga los intereses desde el momentos de la ejecutoria de la sentencia.

SEXTO: Que la entidad demandada, deberá al momento de cancelar la sentencia actualizar la misma en los términos del artículo 195 de CPACA.

SÉPTIMO: Que se condene a la entidad demandada al pago de las costa del proceso.

1.1.3. HECHOS.

Indica que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio mediante resolución N° 0382 de 8 de mayo de 2012, le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 29 de enero de 2012.

Expresa que, a través de dicha resolución se determinó el monto de la pensión, pero no se le reconoció el incremento pensional a que tenía derecho por tener a su cargo a su conyugue, la señora EDUVIGES ARRIETA MONTES DE OCA y la misma no es pensionada, ni mucho menos se encuentra laborando.

Argumenta que, nunca se le ha cancelado los incrementos pensionales a pesar de tenerlo, pues el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 determinó que las pensiones de invalidez y de vejez se incrementarían con un 14% sobre la pensión si el conyugue o compañero permanente dependa económicamente del pensionado y no disfrute de una pensión.

Arguye que, han transcurrido más de 3 meses desde la fecha de la presentación de la petición de reconocimiento de los incrementos pensionales contemplados en el artículo 31 de decreto 758 de 1990 y 21 del acuerdo 049 de 1990 y hasta la fecha no le han contestado, configurándose de esta manera un silencio administrativo negativo.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

Legales y constitucionales: artículos 2, 11, 13, 53, 128, y 209 de la Constitución Política de Colombia; Art. 46 y ss. de la ley 100 de 1993.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Argumenta que, el régimen aplicable en relación con los requisitos exigidos para el trámite y reconocimiento del incremento pensional de un docente, está ajustado en el acuerdo 049 de 1990 y la ley 100 de 1993, en plena armonía con el artículo 53 de la Constitución Nacional que establece la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Establece que, si bien es cierto los docentes tienen un régimen especial, jurisprudencialmente se ha dicho que se debe dar aplicación a las normas que resulten más favorables al trabajador, que en este caso se le debía aplicar el acuerdo 049 de

1990 – Ley 100 de 1993, toda vez que esta contempla un beneficio a favor de un grupo de persona, al cual el demandante también tiene derecho.

Trae a colación, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, MP Alberto Arango mantilla, de fecha 22 de febrero de 2001 en la que se dijo: *“En la sana lógica a las excepciones en la aplicación de la ley general, por virtud de la existencia de normas especiales, debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que la general. Lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por la ley a un grupo de personas, se conviertan en un obstáculo para acceder los derechos mínimos consagrados en la ley para la generalidad”*.

Por último considera que, contrario en decir que su poderdante no tiene derecho a incremento del 14%, sobre las mesadas pensionales por no estar contemplado en el régimen especial de los docentes, pues como lo ha dicho el consejo de estado si se niega ese incremento se configuraría un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrado para la generalidad.

ACTUACION PROCESAL.

- El 23 de junio de 2015, fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- La demanda fue admitida a través de auto de fecha 21 de julio de 2015³.
- La demanda fue notificada a las partes a través de correo electrónico número 070 de fecha 22 de julio de 2015.
- La entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con fecha 1 de diciembre de 2015, contestó la demanda dentro del término legal.⁴
- El día 29 de enero de 2016, a través de Secretaría del Despacho, se corrió traslado de las excepciones presentadas por la entidad demandada a la parte demandante, la cual guardó silencio.⁵
- A través de auto de fecha 15 de abril de 2016, se fijó fecha para audiencia inicial⁶, el día 23 de agosto de 2016.

² Folio 24 del expediente.

³ Folio 26 del expediente.

⁴ Folios 51-53 del expediente

⁵ Folio 77 del expediente

⁶ Folio 109 del expediente.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁷.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En cuanto a los argumentos de la contestación de la demanda, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo se tiene que:

Frente al hechos 1, parece ser cierto, aunque se aclara que en el traslado para ejercer la defensa no están los documentos que soporta la afirmación.

En cuanto a los hechos 2, 3, 4, 5 y 6, no son hechos sino apreciaciones jurídicas y subjetivas del actor que deberán ser objeto de estudio al proferir el fallo.

Por otro lado, se oponen a todas las pretensiones de la demanda, sosteniendo que, estas carecen de fundamento de hecho y de derecho que avalen su prosperidad.

Señala que, la entidad el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúa conforme a las políticas expuestas en la ley especial de prestaciones e igualmente a los parámetros expuesto por el consejo directivo de dicho fondo.

Por todo lo anterior, la demandada solicita que se denieguen la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Además propuso las siguientes excepciones:

- **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA.**

Se estructura este hecho exceptivo, porque el actor considera que es procedente el reconocimiento y pago del incremento pensional de 14% de su pensión, lo cual no es viable de acuerdo a la normatividad expuesta en los considerando anteriores dado

⁷ Folios 54-73.

que la misma se concedió al amparo de la ley 100 de 1993 y demás normas concordante, la cual derogó toda la normatividad anterior y sin perjuicio de los derechos adquiridos conforme a las leyes vigente.

- **BUENA FE:**

La entidad demandada ha actuado con la más absoluta buena fe, durante la recepción de los aportes.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

Se reafirma en los argumentos expuestos en la demanda y nuevamente reitera que los requisitos exigidos para el trámite y reconocimiento del incremento de la pensión está ajustando en el acuerdo 049 de 1990 y ley 100 de 1993

Por último anota, la sentencia del consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo. MP, Alberto Arango Mantilla, de fecha 22 de febrero de 2001, en donde se establece que debe recurrirse a la norma especial cuando le resulte al trabajador más favorable.

1.4.2. LA PARTE DEMANDADA:

Hace un recuento de las normas que el accionante invoca como violada, y que a su juicio son inaplicable para este asunto.

Argumenta que, teniendo en cuenta la publicación del decreto 3752 de 2003, el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta son los consagrado en el decreto 688 de 2002, es decir la asignación básica mensual y sobresueldos.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO:

No presentó alegación alguna.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 num. 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende en el presente medio de control, la nulidad del acto ficto o presunto, por la no respuesta a la petición formulada el día 16 de septiembre de 2014, en la que solicitaba el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del 14% sobre la pensión de vejez por tener a su cargo a su cónyuge.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el problema jurídico en determinar si la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reliquidar la pensión de jubilación del señor Francisco Manuel Baldovino Hernández, incluyendo en el ingreso base de liquidación un aumento de 14% de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del decreto 758 de 1990 y el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990, por no encontrarse su conyugue disfrutando de pensión alguna y dependiendo económicamente de él.

Para dar respuesta al anterior interrogante, se abordará los siguientes temas: i) marco normativo y jurisprudencia del incremento pensional del 14% por tener a su conyugue a cargo. ii) derecho a la igualdad. iii) caso concreto.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIA DEL INCREMENTO PENSIONAL DEL 14% POR TENER A SU CONYUGUE A CARGO.

El Decreto 758 de 1990 por el cual se aprueba el acuerdo 049 de la misma anualidad, dispone que la pensión de vejez será incrementada en un 14% por tener a cargo

cónyuge o compañera(o) permanente que no goce de pensión de vejez, así lo dispone la norma:

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

De la anterior normatividad es posible determinar que para la procedencia del incremento pensional del 14% se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Devengar una pensión mínima de invalidez o de vejez
- Tener a cargo al cónyuge o compañera (o) permanente, es decir que esta persona no devengue otro ingreso mensual.
- Que no se extinga el motivo o la causa que lo genera ya sea por fallecimiento del conyugue o separación.

Sin embargo para proceder a hacer este incremento es preciso que el reconocimiento de la pensión se haya realizado en los términos que disponía dicha norma, así lo ha señalado el H. Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia⁸:

“Una vez escuchado el audio correspondiente a la sentencia cuestionada y proferida en segunda instancia por el juez colegiado accionado dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor Misael Ramírez contra la Administradora Colombiana de Pensiones, es necesario resaltar que el fundamento del Tribunal Superior de Bogotá para revocar la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de la misma ciudad, y absolver a Colpensiones de las pretensiones de la demanda, fue el de encontrar que «la pensión del actor no se reconoció al amparo del Acuerdo 049 de 1990, sino bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es procedente el pago del incremento (...), pues tal y como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia con radicado 29741 del 5 de diciembre de 2007, dichos incrementos mantuvieron su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993 pero únicamente para quienes se les aplica el mencionado acuerdo por derecho propio o por régimen de transición»; asimismo, precisó que si bien es cierto, como lo dijo el juez de instancia «el actor era beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad,

⁸ Sala de Casación Laboral, sentencia de Tutela N° 44076 M.P Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas. 3 de agosto de 2016.

como quiera que nació el 26 de julio de 1938 como da cuenta la fotocopia de la cédula (...) y por tanto podría estudiarse si le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una pensión al amparo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758, lo cierto es que esto no es suficiente como equivocadamente lo señaló el a quo para conceder los incrementos decretados, pues el actor no solicitó en la demanda que se le reconociera la pensión bajo el amparo de dicha normativa, es decir bajo el amparo del Decreto 758 de 1990, ni el juez en primera instancia le otorgó una pensión bajo dicha normativa por lo que al no haberse debatido que la pensión a la que tiene derecho es la reconocida por Colpensiones mediante Resolución 004899 de 1999 con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es claro que no tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento.

Teniendo en cuenta lo anterior se encuentra que para poder entrar a estudiar la procedencia o no del reconocimiento del incremento pensional solicitado en esta demanda, es preciso que se cumplan con los requisitos antes mencionados dispuestos en la normatividad y que además de ello la pensión del actor haya sido reconocida en virtud de las normas invocadas; esto es, el Decreto 758 de 1990.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD:

El derecho a la igualdad, de manera general está contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, indicando que no habrá discriminación alguna; así mismo que el Estado, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que la igualdad sea efectiva y protegerá a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En materia laboral, la igualdad se predica en que no existirá un trato diferenciado, siempre y cuando las circunstancias sean exactamente las mismas y más aún si existen normas que contemplan un trato diferente en materia laboral, es preciso hacer un juicio de proporcionalidad que permita establecer porqué la diferencia de trato concebida en una norma jurídica tiene una justificación a la luz de la Constitución Política, la H. Corte Constitucional se refiere al derecho a la igualdad de la siguiente manera:

“La igualdad es un principio relacional en el que intervienen por lo menos dos elementos: las situaciones de hecho que se comparan y el criterio de comparación o "patrón de igualdad" (también llamado "tertium comparationis"). Las dificultades de interpretación pueden provenir del aspecto fáctico o del aspecto valorativo. En la primera de estas situaciones se presenta un problema de verdad o fáctico que debe ser resuelto con base en elementos probatorios empíricos. En la segunda, en cambio, el problema es de tipo normativo y debe

ser solucionado a partir de algún método de interpretación que le proporcione sentido a los enunciados, de manera que la comparación de las situaciones concretas sea posible.

Esta segunda manifestación aparece sobre todo en aquellos casos en los que el patrón de igualdad no expresa un hecho comprobable empíricamente, sino un deber ser o un valor. Así por ejemplo, cuando el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos", dicha expresión no debe entenderse en su sentido fáctico – claramente contrario a la realidad - sino en su perspectiva normativa, la cual puede indicar - según el ordenamiento del que se trate – una pauta legislativa encaminada a zanjar las diferencias entre los individuos o simplemente un ideal para ser tenido en cuenta por el intérprete”.

De tal manera, que al hacer el juicio de aplicación del derecho a la igualdad, es preciso valorar las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto para poder determinar que si existe o no un trato discriminatorio injustificado.

CASO EN CONCRETO

Se encuentra debidamente probado que, el señor FRANCISCO MANUEL BALDOVINO HERNÁNDEZ, es pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución 0382 del 8 de mayo de 2012.

Igualmente se encuentra debidamente probado, que se presentó petición el día 16 de septiembre de 2014, en la Secretaría de Educación de Sucre, solicitando el incremento de 14% de su pensión, por tener a su cargo a su cónyuge

Que el actor tiene a cargo a su conyugue la señora EDUVIGES DE JESUS ARRIETA MONTES y que depende económicamente de él.

Ahora bien, el demandante expresa en el concepto de violación, que en virtud del derecho a la igualdad se le extienda el beneficio del incremento del 14% pensional por tener a su cónyuge a cargo como lo disponen las normas del Decreto 758 de 1990 y el Acuerdo 049 de la misma anualidad. Sin embargo de conformidad con la normatividad y la jurisprudencia ya analizada no es posible acceder a esta solicitud, toda vez que las normas en la las cuales se contempla este beneficio, no le son aplicables, teniendo en cuenta que la pensión del actor fue reconocida de conformidad con la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición contemplado

en la Ley 100 de 1993 y no con el Decreto 758 de 1990, y aun cuando hipotéticamente fueren aplicables, el actor no tendría derecho al mismo, puesto que este incremento está dispuesto para quienes devengan una pensión mínima, es decir, una pensión correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente, el cual para el año 2016 está estimado en SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$689.454), y la mesada pensional del demandante estaba estimada para el año 2012, con la reliquidación efectuada, en DOS MILLONES SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$2.074.740), suma que supera el salario mínimo estimado para esta anualidad; así de conformidad con los incrementos anuales hoy día es superior. Teniendo en cuenta lo anterior no existe violación al derecho a la igualdad, toda vez que no hay trato diferenciado injustificado, que esté vulnerando los derechos del actor. En virtud de ello no es posible acceder al incremento solicitado en la demanda.

4. CONCLUSIÓN

La respuesta al problema jurídico inicial es negativo, dado que, tal como quedó demostrado, el demandante no reúne los requisitos para ser beneficiario del aumento del 14%.de su pensión por tener a cargo a su conyugue

5. CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. se condenará al pago de las costas correspondientes a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría, en porcentaje del 5%.

6. DECISIÓN.

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

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación N°: 70- 001-33-33-003-2015-00117-00.

Demandante: Francisco Baldovino Arrieta

Demandado: Fomag.

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGANSE las súplicas de la demanda, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costa a la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P, las cuales serán liquidadas por Secretaría, en monto del 5%.

TERCERO: Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en al Sistema Informático.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS

JUEZ