



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE DUITAMA

Duitama, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE: **JORGE ALONSO AMAYA AMAYA**
DEMANDADO: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO**
 NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
 MAGISTERIO
RADICACIÓN: **152383333003-2018-00249-00**

MEDIO DE CONTROL

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, mediante apoderada, por el señor JORGE ALONSO AMAYA MAYA, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Pretende el demandante que se declare la nulidad parcial de la Resoluciones No. 006554 del 5 de diciembre de 2012 y 3094 del 24 de abril de 2017, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidó la pensión del accionante, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reliquide y pague la pensión del demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, que se ordene pagar a la actora las diferencias entre lo que se reconoció y lo que se debió reconocer, se hagan los reajustes pensionales conforme al artículo 14 de la ley 100 de 1993 y se aplique la fórmula establecida por el Consejo de Estado para el ajuste de sumas adeudadas.

Finalmente solicita que se condene a la entidad accionada al pago de intereses y mora conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A, dar estricto cumplimiento a la sentencia y se condene en costas y agencias en derecho de conformidad con el artículo 188 *Ibidem*.

2. Fundamentos Fácticos:

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Manifiesta que el actor fue pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No. 0560 del 27 de abril de 2007.

Agrega que inició proceso administrativo buscando que sobre el acto que reconoció la pensión se ordenara la inclusión de todos los factores salariales devengados para el cálculo de su pensión, proceso que se desató ordenando la reliquidación pensional a favor del docente, ordenando la inclusión de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, motivo por el cual la accionada profirió la Resolución No. 6554 del 5 de diciembre de 2012, en cumplimiento del fallo judicial.

Posteriormente, el día 15 de noviembre de 2016, el señor JORGE ALONSO AMAYA AMAYA presenta renuncia al cargo de docente, la cual es aceptada con efectos fiscales a partir del 31 de diciembre de 2016.

Finalmente señala que a través de la Resolución No. 3094 del 24 de abril de 2017, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquia la pensión del accionante por retiro definitivo del servicio, sin incluir como factor salarial para la liquidación de la misma la doceava parte de la prima de servicio y con efectos fiscales a partir del 8 de enero de 2017.

2.1. Normas Violadas y Concepto de Violación.

La apoderada de la parte accionante manifiesta que el acto acusado transgrede los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Nacional, así como la Ley 91 de 1989.

Como concepto de violación, manifiesta que el actuar de la entidad accionada desconoce los derechos constitucionales que les corresponde a los educadores por la no inclusión de todos los factores salariales percibidos en la liquidación de la pensión de jubilación.

Agrega que se le da un trato discriminatorio a su prohijado, en el sentido en que no se acatan los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica, toda vez que la norma establece unos requisitos para el reconocimiento de las pensiones de los docentes, de los cuales fueron tenidos en cuenta la edad y el periodo de cotización, pero no sucedió lo mismo con el hecho de tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el demandante.

Señala que si bien, la Ley 33 de 1985 había señalado unos factores salariales que debían ser tenidos en cuenta al momento de realizar la liquidación de las prestaciones sociales que se reconozcan a favor de los docentes, no determino de forma excluyente la posibilidad de que se pudieran incluir otros factores que hayan sido efectivamente devengados, por lo mismo, el reconocimiento de la pensión del accionante, adolece de una falsa motivación por la omisión enunciada.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del **catorce (14) de junio de 2018** (fls. 44-45).

Por auto del **veinticuatro (24) de enero de 2019** se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial, para el día once (11) de marzo de 2019 (fl. 74).

La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas de oficio, y se fijó fecha para la recepción de las mismas (fls. 324 a 328).

El día 3 de mayo de 2019 se celebra la mencionada audiencia de pruebas, en la misma, además de tener como pruebas las aportadas por las partes, se facultó a las partes para la presentación de alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 181 del C.P.A.C.A.

3.1. Contestación de la demanda

Dentro del término conferido, el apoderado de la entidad accionada presentó contestación de la demanda, manifestando oponerse a la prosperidad de las pretensiones, como quiera que los actos expedidos objeto de debate judicial fueron expedidos en armonía con las regulaciones legales vigentes.

Argumenta su oposición señalando que teniendo en cuenta la vinculación del accionante, el régimen aplicable para la liquidación de su pensión era el establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, normativas que regulan las prestaciones de los empleados públicos del orden nacional.

Resalta igualmente que la Ley 33 de 1985 establece que las pensiones de los empleados oficiales deben ser liquidadas con fundamento en los factores que sirvieron de aporte para la pensión, siempre que estén taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985.

Finaliza su escrito indicando que la entidad que representa no fue la encargada de reconocer la prestación alegada por la docente y que fue el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien con fundamento en el contrato de fiducia mercantil celebrado reconoció la pensión de jubilación en armonía con el actuar de la Secretaría de Educación a la cual se encontraba adscrita la docente, motivo por el cual no es posible atribuir responsabilidad alguna al Ministerio de Educación.

3.2 Alegatos de conclusión.

3.2.1. Parte demandante (fls. 375 a 376). La apoderada de la parte accionante presentó dentro de la oportunidad concedida escrito de cierre, en el cual además de ratificar lo mencionado en la demanda, cita la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado de fecha 15 de mayo de 2019, indicando que si bien, luego de su expedición se observa que no es procedente la reliquidación de la pensión del accionante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio por no encontrarse enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, si debe accederse a la pretensión donde se solicita se ordene la indexación de la primera mesada pensional.

3.2.2. Parte demandada. Por su parte, el apoderado de la entidad accionada guardó silencio en ésta etapa procesal.

3.2.3. Agente del Ministerio Público. No emitió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Identificación del Problema Jurídico.

El debate se contrae en determinar si para calcular el ingreso base de la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante se deben incluir todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio de acuerdo con ley aplicable al caso concreto, o solamente aquellos sobre los que realizó aportes o cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensión y que aparezcan enunciados en la ley.

2. Argumentación normativa y jurisprudencial

2.1. Del régimen pensional aplicable a los docentes y del ingreso base de liquidación IBL.

2.1.1 De conformidad con el artículo 279 de la ley 100 de 1993¹, se excluyó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en tal sentido los factores salariales a tener en cuenta no pueden ser los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, en la medida en que los mismos son desarrollo de la ley 100 de 1993.

Por su parte la ley 812 de 2003, en su artículo 81², estableció de manera expresa que la misma se aplica a los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de promulgación de la ley.

En el caso concreto de las pruebas obrantes en el proceso se evidencia que el demandante se vinculó al servicio educativo estatal el 07 de septiembre de 1979, consolidando su estatus pensional el 04 de diciembre de 2006, fecha en la cual se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 23 y 33), con lo cual se concluye que las normas que regulan su situación pensional son las Leyes 33 y 62 de 1985 por remisión que hace el art. 15 de la Ley 91 de 1989. Teniendo en cuenta lo anterior, procede el Despacho a referirse a los factores que sirven de base para la liquidación de la mencionada prestación del demandante.

2.1.2 Los factores salariales establecidos en el artículo 3° de la ley 33 de 1985 modificado por el art. 1° de la ley 62³ de la misma anualidad, fueron objeto de análisis en Sentencia de Unificación⁴ de fecha 4 de agosto de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, , donde se concluyó que los factores previstos en tales disposiciones eran meramente enunciativos y en consecuencia, la pensión de jubilación debía incluir el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios, siempre que los mismos tuvieran carácter salarial indicándose además que existían algunas prestaciones sociales que a pesar de tener esa naturaleza, constituían factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

¹ **Art. 279. Excepciones.** (...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la ley 91 de 1989 (...)"

² **Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales.** (...) Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)"

³ **ARTÍCULO 1o.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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.

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."

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto de 2010. Radicación Numero 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

El criterio antes expuesto fue reiterado en sentencias proferidas por la misma sección del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2010⁵, 3 de febrero de 2011⁶ y 12 de diciembre de 2017⁷, entre otras.

De otra parte, este despacho no desconoce los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional en Sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015⁸ y SU 427 de 11 de agosto de 2016⁹, sin embargo, deberá decirse en todo caso, que tal como en su momento lo advirtió el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 15 de septiembre de 2017¹⁰ en un asunto similar, no hay razón en este caso para examinar las sentencias C-258 de 2013, ni SU- 230 de 2015, emitidas por la Corte Constitucional, pues la primera se limitó al régimen pensional especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, aplicable a los congresistas advirtiendo que dicho estudio *“no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados”* y la segunda se pronunció sobre la liquidación de pensiones para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 extendiendo la interpretación realizada por la misma Corporación en la sentencia C-258 de 2013, sin embargo, **debe destacarse que en el presente asunto a pesar de que al demandante le es aplicable para efecto de reconocimiento de la pensión las previsiones de la Ley 33 de 1985, su aplicación no tiene relación con el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, sino en el establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, apreciación que también ha sido considerada en un caso similar por la sección Quinta del Consejo de Estado en pronunciamiento del 1º de marzo de 2018¹¹.**

Ahora bien, es de vital importancia señalar que el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹², concluyó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema de pensiones. Dicho fallo estableció entonces como regla jurisprudencial que el IBL del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

No cabe duda que con este último pronunciamiento la Sala Plena del Consejo de Estado, rectificó la tesis sostenida en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 que ordenaba la inclusión en el IBL de todos los factores devengados por el servidor así sobre los mismos no se hubieran realizado aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones,

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Exp. No. 1500012331000200502159-01. Actor HERNANDO BUITRAGO PÉREZ. Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. *“(…) Posición que se adopta para la solución del presente caso, con base en los argumentos expresados en dicha ocasión, en consecuencia, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios (…)”*.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Exp. No. 25000-23-25-000-2007-01044-01(0670-10). *“(…)Ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios (…)”*.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: CESAR PALOMINO CORTES. 12 de diciembre de 2017. Radicación Número 15001-23-33-000-2013-00562-01(3518-14).

⁸ Sentencia de Unificación SU-230 del 29 de abril de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente T-3.558.256

⁹ Sentencia de Unificación SU-427 del 11 de agosto de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expediente T-5.161.230.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 15 de septiembre de 2017. Radicación: 15001333301320130022401. Demandante: Gabriel Moyano Álvarez. M.P.: Félix Alberto Rodríguez Riveros.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Quinta. Sentencia del 1º de marzo de 2018. Radicación: 11001-03-15-000-2018-00119-00. C.P.: Rocío Araujo Oñate.

¹² proferida dentro del expediente radicado bajo el número 2012-0143, M.P. Dr. CESAR PALOMINO CORTES

pues expresamente se indicó que ese criterio interpretativo jurisprudencial había traspasado *“la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base”*.

En todo caso recuerda el Juzgado que la regla jurisprudencial trazada, así como la primer sub-regla concerniente al periodo que debe tomarse para la liquidación de las pensiones no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por encontrarse exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social (art. 279 de la Ley 100) pues su régimen se encuentra previsto como se dijo en la Ley 91 de 1989, razón por la cual, no están cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En este punto debe indicarse que el Consejo de Estado en un asunto de similares contornos al ahora debatido y hasta antes del 25 de abril de 2019 estableció que no había lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de una docente tomando como ingreso la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, sino solamente aquellos que se encuentren previstos en la Ley, en específico, en la Ley 33 y 62 de 1985. Así lo dispuso la máxima corporación en sentencia del 10 de octubre de 2018 Exp. Rad. 005-001-12333000-2015-0871-01 M.P. FRANCISCO RAFAEL SUAREZ VARGAS¹³

No obstante, la decisión definitiva sobre el debate fue adoptada recientemente **por el Consejo de Estado cuando en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019** señaló que la posición unificadora acogida por esa corporación el 28 de agosto de 2018, aun cuando había realizado el análisis de un asunto pensional diferente al relacionado con los docentes afiliados al FOMAG, en todo caso había fijado el criterio de interpretación respecto de los aportes que debían ser tenidos en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación de quienes se rigen por lo previsto en la Ley 33 de 1985 y en esa medida en esta última oportunidad decidió el órgano de cierre acoger ese criterio de interpretación sentando jurisprudencia en torno a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al fondo ya citado vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla jurisprudencial de carácter vinculante y obligatorio acatamiento¹⁴:

“a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.”¹⁵ (Negrilla del texto original)

¹³ Dijo el Consejo de Estado: *“Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la señora María Victoria Bustamante García, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el a quo.*

En efecto, el Tribunal, dando aplicación a la sentencia de la Sección Segunda de esta Corporación del 4 de agosto de 2010, recogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación jurisprudencial aludida, ordenó incluir en la liquidación la prima de navidad y el auxilio de transporte. No obstante, tales factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985¹³ y respecto de estos no se hicieron cotizaciones, como da cuenta la certificación de salarios que obra a folio 26, en donde consta que el único factor de aporte fue la asignación básica. En consecuencia, la sentencia del a quo que accedió a las pretensiones de la demanda deberá revocarse y, en su lugar, se denegarán.”

¹⁴ El artículo 271 del CPACA¹⁴ le confirió expresamente la facultad de unificar la jurisprudencia al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, como órgano de cierre de la jurisdicción, en aquellos asuntos que por su importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. A paso que el artículo 10 *ibídem*¹⁴ señaló que las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, constituyen precedente obligatorio para las autoridades, norma que debe entenderse, que también para los jueces administrativos del país, por cuanto el desconocimiento de las mismas es susceptible tanto de la acción de tutela como de configuración de causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia previsto en el art. 256 *ibídem*. Ver también sentencia C-816 de 2011 proferida por la Corte Constitucional.

¹⁵ *Sentencia de Unificación del Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de abril de 2019. M.P. Dr. CESAR PALOMINO CORTES. Radicación: 680012333000201500569-01, Dte: Abadía Reynel Toloza.*

Así las cosas se ha sentado con ello una postura interpretativa distinta a la acogida el 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se podían incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y en consecuencia la regla que rige para ello es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo¹⁶ y factores que son únicamente los que refiere el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

De igual manera y no menos importante estableció el Consejo de Estado una segunda regla jurisprudencial en torno a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 así:

“b) - Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”¹⁷.

Finalmente debe indicarse, que en la referida providencia de unificación se plasmó que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en ese pronunciamiento jurisprudencial se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Así las cosas, se considera a partir de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado no hay lugar a ordenar la reliquidación de las pensiones ordinarias de los docentes vinculados al servicio educativo antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 afiliados al FOMAG, tomando como IBL la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro o status pensional, sino solamente aquellos que se encuentren previstos en el art. 1° de la Ley 62 de 1985.

2.2 Argumentación y Valoración Probatoria (Caso Concreto)

En el caso concreto, es claro que el Acto Administrativo demandado contenido en la Resolución No. 003094 del 24 de abril de 2017 mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una reliquidación de la pensión de jubilación al demandante (fls. 8 a 10), incluyó para la liquidación de la pensión, los siguientes factores salariales: **asignación básica, bonificación Decreto 1566 de 2014 o bonificación mensual docente, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo rectores 30%, sobresueldo doble jornada 20%, prima de vacaciones y prima de navidad.** Sin embargo, en la certificación de factores salariales que obra a folios 19 a 21 expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, en el año anterior a la fecha de retiro del servicio del demandante, es decir, desde el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre 2016, además de los ya enunciados devengó: **Prima de servicios**, factor salarial que no se encuentra enlistado entre los factores salariales establecidos en la el art. 1°¹⁸ de Ley 62 de 1985.

¹⁶ un (1) año

¹⁷ ibidem

¹⁸ ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **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.** 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.

Así las cosas, al demandante atendiendo la sentencia de unificación proferida el pasado 25 de abril de 2019, como precedente vertical existente sobre la materia, no le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores devengados durante el año anterior al retiro del servicio, como lo es la **Prima de servicios**, pues este factor no constituye base de liquidación de los aportes, y por tanto, no se pueden incluir en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

En consecuencia, la Resolución 3094 del 24 de abril de 2017, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una reliquidación de la pensión de jubilación a favor del señor JORGE ALFONSO AMAYA AMAYA, se encuentra en criterio de este fallador ajustada a derecho, motivo por el cual se denegarán las pretensiones de la demanda.

3. Costas

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado¹⁹ en la que se señala:

“(...) La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de conceder en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

*La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, **pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada (...)**”.*

El Despacho se abstendrá de condenar el costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juez Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

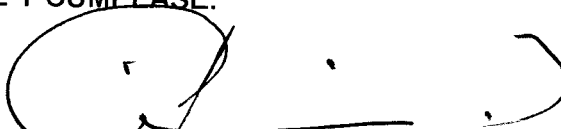
PARÁGRAFO ÚNICO. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

¹⁹ Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No. 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

TERCERO: Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

CUARTO.- Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NILSON IVÁN JIMÉNEZ LIZARAZO
JUEZ

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 152383333003201800249-00

