



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Ángel Ramón Liscano García
DEMANDADO: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
RADICACIÓN: 15 238 33 31 001 **2016 00043 00**

En virtud del acuerdo CSJBOYA17-647 del 10 de mayo de 2017, el proceso de la referencia fue remitido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, siendo recibido por el despacho el 17 de mayo del 2017, para emitir el fallo correspondiente.

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA (fls. 2-10)

Mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **ÁNGEL RAMÓN LISCANO GARCÍA**, solicita que se declare la nulidad de la Resolución N° 125 del 30 de abril de 2014, "POR LA CUAL SE REvisa Y ORDENA EL PAGO DE LA RELIQUIDACIÓN DE UNA PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN" y Resolución N° 012 del 8 de enero de 2016 "POR LA CUAL SE NIEGA UNA SOLICITUD DE AJUSTE A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE UN DOCENTE", expedida por la Secretaría de Educación de Duitama.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que: "SE ORDENE a la entidad demandada expedir el acto administrativo por medio del cual SE DA CUMPLIMIENTO AL FALLO DONDE SE INCLUYAN TODOS Y CADA UNO DE LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS POR MI CLIENTE en el año inmediata mente anterior a la fecha de retiro definitivo, es decir DESDE EL 15 DE MAYO DE 2013 AL 14 DE MAYO DE 2014."

De la misma manera, solicita que a título de condena: "ordenar a la entidad demandada pagar a mi cliente la diferencia de las mesadas pensionales, ordinarias y adicionales (13 y 14); desde la fecha en que mi poderdante cumplió con los requisitos de la pensión de jubilación" y que "se condene a la indexación de las anteriores sumas de dinero."

FUNDAMENTOS FÁCTICOS. (fl. 3)

El libelo señala que:

1. El demandante ingreso al servicio público de educación desde el trece (13) de agosto de 1976 y estuvo vinculado por los siguientes intervalos de tiempo:

“Del 13 de agosto de 1976 al 18 de enero de 1993.

Del 28 de abril de 2008 al 01 de octubre de 2010.

Mediante órdenes de prestación de servicios en el municipio de Floridablanca (6 años y 29 días).

En provisionalidad en Floridablanca (1 años, 3 meses y 25 días).”[sic]

2. Mediante Resolución N° 125 del 30 de abril de 2014 se le reconoció y pago una pensión de jubilación en aplicación de lo dispuesto en el art. 81 de la Ley 812 de 2003.

3. Por medio de derecho de petición radicado el 25 de agosto de 2015, se solicitó reliquidación de pensión concedida con Resolución N° 125 del 30 de abril de 2014 a partir de la fecha de retiro definitivo, esto es el 1 de mayo de 2014.

4. Según la demandante, para establecer ingreso base de liquidación (IBL) la entidad demandada tuvo en cuenta el promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años anteriores a la fecha en la cual adquirió su status, dejando por fueras lo devengado por otros factores salariales:

Auxilio de transporte

Subsidio de alimentación

Bonificación 15%

Prima de vacaciones

Prima de navidad

Señalando: “...[I]a entidad demandada solo tiene en cuenta unos factores salariales, dejando por fuera los demás factores salariales que recibía mi cliente durante el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus...”

NORMAS VIOLADAS.

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Cita el demandante: Preámbulo, Artículos 2, 4, y 25 de la Constitución Política de Colombia

NORMAS DE RANGO LEGAL

Cita la demandante: artículos 2, 3, 137 y 138 del CPACA; artículo 81 de la Ley 812 de 2003, artículo 4 de la Ley 4 de 1966, artículo 27 de decreto 3135 de 1968;

artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 1 de la Ley 62 de 1985; numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Indica el libelo demandatorio que al liquidar la pensión de jubilación sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados por la demandante durante al año anterior al retiro definitivo, y al negar la liquidación de la pensión incluyendo estos factores salariales, se desconocen los derechos irrenunciables de la demandante.

Señala la demandante que atendiendo al régimen especial que la cobija, al momento de liquidar la pensión de jubilación se le debió tener en cuenta como factores salariales todos los devengados durante el último año de servicios: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras prima de alimentación, etc.

Respecto de los cuales se hicieron los correspondientes descuentos a la demandante y aportes al Fondo Prestacional de Magisterio según certificación de salarios devengados para la liquidación de prestaciones sociales, expedido por el Jefe de Recursos Humanos y físicos de la Secretaría de Educación de Duitama.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro el término legal la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, mediante apoderado especial dio contestación a la demanda con escrito visible a folios 45-51 del expediente, donde hace una contextualización de la naturaleza jurídica del FONDO, prosigue señalando con relación a las pretensiones que se opone a todas, al considera que carecen de fundamento fáctico y de derecho, ya que los actos demandados se ajustan a derecho y que la demandada obro conforme a la Ley.

Con relación a los hechos señala respecto de cada uno de ellos que no le constan y por tanto se atiene a lo que se pruebe dentro del proceso.

Propone como excepciones previa, las que nomina:

VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE (fls. 48-49)

Donde solicita vincular a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. por ser la entidad que maneja en encargo fiduciario con el cual se administra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIAL DEL MAGISTERIO.

Así mismo, requiere la vinculación de la entidad territorial (Municipio de Duitama) como responsable de la administración del personal docente, y quien profirió el acto demandado.

Como excepciones de fondo enlista las siguientes:

FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA. (fl.49)

Ya que el ministerio de Educación no expidió los actos demandados, sino que lo hizo la Secretaría de Educación de Duitama, en uso de facultades que le confirió el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005.

Señala que el fondo no tiene personería jurídica, ya que es una cuenta especial de la nación, destinada al pago de las prestaciones sociales que los entes territoriales reconozcan a través de sus Secretarías de Educación, y cuya administración está en cabeza de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Concluyendo que la demandada no intervino en la producción de los actos administrativos demandados, ni en ningún otro referido al trámite de solicitud de prestaciones. Adicionando que el Ministerio de Educación Nacional a pesar de hacer parte de del Consejo directivo del fondo no es la entidad pagadora del fondo o de la fiduciaria.

PRESCRIPCIÓN.

Remite al artículo 102 del decreto 1848 de 1969, y “solicita a este despacho que en el evento de condenar a mi representada, declare prescripción de las mesadas causadas en los últimos tres años”.

GENÉRICA

Solicita reconocimiento oficioso de excepciones de probarse hechos que las constituyan de conformidad al artículo 282 del C.G.P.

III.ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 Audiencia Inicial: admitida la demanda mediante proveído del 25 de abril de 2016¹ y notificadas las partes², la entidad demandada contesto la demanda en termino con escrita radicado el 12 de septiembre de 2016³, mediante proveído del 28 de octubre de 2016, se fijó fecha para audiencia inicial⁴ la cual se realizó el 25 de enero de 2017⁵, en la que se resolvieron excepciones previas propuestas, decretándose dentro de la misma la práctica de pruebas de forma oficiosa y disponiendo audiencia de pruebas para el día 14 de marzo de 2017.

3.2 Audiencia de Pruebas: el 14 de marzo de 2017 se realizó audiencia de pruebas⁶, audiencia en la cual fue posible incorporar la totalidad de las pruebas decretadas y se ordenó la presentación de los alegatos por escrito.

¹Ver folio 37

²Ver folios 40-44

³Ver folios 45-51

⁴Ver folio 58

⁵Ver folios 60 a 62.

⁶Ver folios 134 y vto

IV. ALEGATOS

4.1. Parte actora (fls 129-130)

Mediante escrito radicado el 23 de marzo de 2017, se pronuncia en alegatos finales reiterando lo manifestado durante todo el curso del proceso, esto es, que para efectos de liquidar la pensión de la demandante deben tenerse en cuenta todos los factores de naturaleza salarial devengados durante el último año previo a la desvinculación de la accionante, y refiere a sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de Agosto de 2010, con Ponencia de Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se estableció que los factores salariales contenidos en la Ley 33 de 1985, no son taxativos y por tanto no son óbice para incluir otros que tuvieran naturaleza salarial.

Finaliza indicando que del documental obrante al expediente se pueden establecer los factores salariales a tener en cuenta.

4.2. Entidad demandada (fls. 131-133)

Presenta escrito de alegaciones dentro del término concedido (fl.131-134), en el que refiere al marco legal para efectos de liquidación pensional de la demandante, enlistando Decreto 3135 de 1968, decreto 1848 de 1969 y decreto 1045 de 1978, aplicables a empleados públicos del orden nacional, señalando que los factores salariales para efectos de liquidación son los establecidos en las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985, dentro de los cuales no se cuentan los solicitados por el demandante.

Refiere nuevamente al tema de la prescripción de la mesadas pensionales, haciendo mención al Decreto 1848 de 1969, que indica que las acciones que emanan de derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Igualmente itera, lo relacionado con la falta de legitimación en la causa en los términos ya establecidos en la contestación, soportado en que no es el ministerio de educación el que profiere los actos demandados.

4.3. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio.

V. ANÁLISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y

allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

1. Resolución N° 012 del 8 de enero de 2016, “por medio de la cual se niega una solicitud de ajuste a la pensión de jubilación de un docente” refiriendo se al Docente Ángel Ramón Liscano García (fls. 11 y vto).
2. Copia de petición de reliquidación de pensión de jubilación elevada por el demandante, ante la Secretaría de educación de Duitama. (fls. 13-15)
3. Resolución N° 125 del 30 de abril de 2014, “por la cual se reconoce y paga una pensión de jubilación (vejez) Ley 812 de 2003” al Docente Ángel Ramón Liscano García (fls. 16 a 19)
4. Certificación laboral expedida por ESE Centro de Rehabilitación Integral de Boyacá, en la que se hace constar vinculación laboral del demandante como ayudante de enfermería entre el 15 de junio de 1971 y 18 de enero de 1972 (fl. 20)
5. Fotocopia de Constancia expedida la Subsecretaría de Educación de la Alcaldía Municipal e Floridablanca Santander (a fls 21-22), sobre celebración de contratos de prestación de servicios como docente con el demandante, entre 22 de febrero de 1994 y 17 de diciembre de 2000, en un total 10 contratos y setenta y dos (72) meses y veintinueve (29) días; documento en el que también certifica vinculación del demandante con el municipio mediante nombramiento en provisionalidad como docente entre el 25 de marzo de 2004 y el 12 de julio de 2005. (fls. 21-22)
6. Copia de Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación Departamental, en el cual se indica vinculaciones de Ángel Ramón Liscano García como docente en propiedad entre 13 de agosto de 1976 y 18 de enero de 1993. (fls 23-24)
7. Copia de Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación Departamental, en el cual se indica vinculación de Ángel Ramón Liscano García como docente por orden de prestación e servicios entre 14 de febrero de 2003 y 11 de diciembre de 2003. (fls 25-26)
8. Copia de Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Duitama, en el cual se indica vinculación de Ángel Ramón Liscano García como docente en provisionalidad entre 28 de abril de 2008 y 04 de diciembre de 2008. (fls 27 y vto)
9. Copia de Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Duitama, en el cual se indica vinculaciones de Ángel Ramón Liscano García como docente en

- provisionalidad entre 26 de enero de 2010 y 24 de mayo de 2010. (fls 28 y vto)
10. Copia de Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Duitama, en el cual se indica vinculaciones de Ángel Ramón Liscano García como docente en provisionalidad entre 14 de julio de 2010 y 01 de octubre de 2010. (fls 29 y vto)
 11. Copia de Formato único para la expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Duitama, en el cual se indica factores salariales de Ángel Ramón Liscano García como docente en provisionalidad entre 01 de enero de 2009 y 31 de diciembre de 2009. (fls 30)
 12. Copia de Formato único para la expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Duitama, en el cual se indica factores salariales de Ángel Ramón Liscano García como docente en provisionalidad entre 28 de abril de 2008 y 31 de diciembre de 2008. (fls 31)
 13. Copia de Formato único para la expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Duitama, en el cual se indica factores salariales de Ángel Ramón Liscano García como docente en provisionalidad entre 26 de enero de 2010 y 24 de mayo de 2010; y entre 14 de julio de 2010 y 01 de octubre de 2010. (fls 32 y vto)
 14. Copia de Formato único para la expedición de certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Duitama, en el cual se indica factores salariales de Ángel Ramón Liscano García como docente en provisionalidad entre 27 de enero de 2014 y 30 de abril de 2014. (fls 33)
 15. Copia de expediente administrativo que dio origen a la Resolución No. 012 del 08/01/2016. Por medio del cual se niega solicitud de ajuste a la pensión jubilación de un Docente. (fls. 69-114)
 16. Copia de formato único de hoja de vida del docente demandante. (fls. 114-115)
 17. Formatos de certificados de historia laboral y de salarios remitidos por Secretaria de educación de Duitama sobre vinculaciones en provisionalidad de periodos: 28 de abril de 2008 y 31 de diciembre de 2009; 26 de enero de 2010 y 24 de mayo de 2010; 14 de julio de 2010 y 01 de octubre de 2010; 27 de enero de 2014 y 14 de mayo de 2014. (fls. 118-124)

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho definir si el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad, y en caso afirmativo establecer si la pensión de jubilación reconocida al señor **Ángel Ramón Liscano García** debe ser reliquidada para incluir en su ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

VII. TESIS

De acuerdo con lo expuesto y una vez analizada la demanda, el Despacho advierte que los argumentos relevantes, se concretarán a las siguientes:

Tesis argumentativa propuesta por la parte Demandante:

La pensión de la docente se debe liquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, toda vez que el acto administrativo demandado no fue expedido atendiendo el régimen normativo aplicable al demandante, generando un desequilibrio jurídico que a la postre afectó el monto reconocido de su pensión de jubilación; por lo tanto, atendiendo la sentencia de unificación del Consejo de Estado, por el principio de favorabilidad se debe ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación.

Tesis argumentativa propuesta por la parte Demandada - Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Considera que la pensión de la demandante debe estar regida por el Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y teniendo como base para su liquidación los factores salariales que se encuentran de manera taxativa en la Ley 62 de 1985, normatividad que es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidaran sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Que las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985 establecen los factores que se deben incluir dentro de la liquidación de pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentran los solicitados por el actor.

Tesis Argumentativa del Juzgado:

El Juzgado accederá a las pretensiones de la demanda, como quiera que la situación jurídica del accionante se encuentra cobijada por las Leyes 33 y 62 de 1985, atendiendo a la fecha de vinculación del demandante al servicio docente; así mismo en aplicación de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, en cuanto a los factores de liquidación de la pensión. En consecuencia, declarará la **nulidad** del acto demandado (Resolución 012 de 8 de enero de 2016, mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión otorgada mediante Resolución 125 del 30 de abril de 2014) y que para efectos de la reliquidación de la pensión se deben tener en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios de conformidad con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir en el periodo comprendido entre el **18 de octubre de 2009 y 1 de mayo de 2014**,

incluyendo en la base de liquidación: **asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transportes, Prima de navidad, prima de navidad bonificación del 15%**. Así mismo se condenará a la demandada a pagar a favor del demandante, las diferencias causadas en todas las mesadas pensionales causadas y pagadas.

De igual manera se precisa la forma como la entidad de seguridad social, deberá realizar el descuento de aquellos aportes que no hayan sido realizados por los factores que se incluyen atendiendo la línea jurisprudencial del Honorable Tribunal Administrativo, es decir que al momento de realizar tales descuentos sobre el retroactivo debe ser durante los últimos cinco (5) años laborados, por prescripción extintiva de la obligación en el porcentaje que le correspondía al actor. Y el monto máximo no podrá superar el valor de la condena en favor de éste.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico, el Despacho hará un estudio argumentativo así:

1. Del régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de pensión jubilación de los docentes.
2. Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985.
3. Del caso concreto.

8.1. Del régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de pensión jubilación de los docentes.

En cuanto al régimen de los docentes, el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales. Con estas prerrogativas se mantuvieron en la Ley 91 de 1989, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 115 de la Ley 115 de 1994.

No obstante, en materia de pensión de jubilación se encuentran sometidos a las disposiciones generales, pues no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales. Así lo ha ilustrado el Consejo de Estado en sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Bajo este entendido y con el propósito de dilucidar el asunto en cuestión, no puede perderse de vista, lo estatuido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, cuyo texto señala:

“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.

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 (...). (Negrillas fuera de texto).

En este orden de ideas, lo que hizo la Ley 812 de 2003 fue incluir a los docentes en el régimen de la Ley 100 de 1993 de la cual fueron excluidos por mandato del artículo 279, **pero ello en relación, se reitera, con quienes se vincularon con posterioridad a su expedición. En consecuencia, el régimen pensional de los docentes vinculados con anterioridad a las mencionadas disposiciones es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.**

Así las cosas, se tiene que cuando comenzó a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad aplicable para la pensión de jubilación y su liquidación en el sector educativo era la Ley 33 de 1985, la cual se aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella. En consecuencia, la consolidación del derecho de pensión de jubilación ordinaria surge cuando se cumple con los 20 años de servicio y los 55 años de edad.

En cuanto a la base de liquidación, la precitada Ley 33 de 1985, dispuso que las pensiones de los empleados oficiales, serían liquidadas con el 75% del salario promedio que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3° los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, adicionándole como factores de liquidación las *Primas de Antigüedad, Ascensional y de Capacitación*.

8.2. Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985

No obstante, la enumeración taxativa por parte de la ley, es importante señalar que el Consejo de Estado, por vía jurisprudencial a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, con ponencia de VÍCTOR HERNANDO ALVARADO, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), ha precisado que los factores enlistados son únicamente a título enunciativo, por cuanto deben incluirse los que habitual y periódicamente recibe un trabajador.

De conformidad con lo anterior, es claro que la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso

es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, de suerte entonces, que no obstante ser aplicable para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación las normas establecidas en la precitada Ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año. Así, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

En suma, atendiendo tal postura jurisprudencial, la cual es compartida íntegramente por este Despacho, deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, como quiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón o como remuneración directa de la prestación del servicio.

1. De las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU 427 de 2016, las cuales fueron señaladas en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión:

Es procedente señalar que la H. Corte Constitucional, profirió la Sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015, en donde adopta un criterio disímil al expuesto en la sentencia de unificación del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, al indicar en sede de revisión de tutela, que la interpretación del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, se debe entender en el sentido de que el modo de promediar la base de liquidación de la pensión de jubilación o vejez no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que dicho régimen solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación y que por tanto, el IBL debe ser el contemplado en el régimen general para todos los efectos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016, proferida dentro del proceso Número 250002342000-2013-01541-01 (4683-2013), Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, con ocasión de la expedición de tal sentencia, reiteró su posición unánime en que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenda la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la Sentencia C-258 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretende introducir la Corte Constitucional en la sentencia SU-230, se

afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas. A su juicio, no parece acorde con los principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que pretende introducir la Corte Constitucional, toda vez que si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

Este Despacho acoge la postura referida, no solo por ser el Consejo de Estado la máxima autoridad dentro de esta jurisdicción, sino porque comparte lo allí expresado, que con anterioridad había sido la posición del Tribunal Administrativo de Boyacá; quien en reciente pronunciamiento del 23 de noviembre del 2016 dentro del proceso 2014 -240; se refirió a la aplicación de la sentencia SU 427 DE 2016 Señalando que aunque hace referencia a la no aplicación del IBL en el régimen de transición; en la sentencia SU se examinó un caso el cual señaló que existió lo que se denominó un abuso al derecho; por haber devengado en el último año de servicios ingresos salariales intempestivos y desproporcionados; frente a lo cual al examinar el caso en concreto indicó el tribunal que no se evidenciaba saltos desproporcionados a los ingresos.

Analizado el contenido de la Sentencia SU-427 de 2016 y atendiendo la tesis expuesta por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016 y el criterio adoptado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el Despacho concluye que los supuestos señalados por la Corte Constitucional no se presentan en el caso bajo estudio ya que conforme al certificado de servicios aportado por el actor, el mismo laboró como docente municipal; así mismo, no se demostró que hubiera un incremento desproporcionado en sus ingresos salariales, que no correspondieran a su historia laboral.

Posteriormente la Corte Constitucional en sentencia T615 del 9 de noviembre de 2016, señaló que la sentencia SU -230 de 2015 solamente puede aplicarse a aquellos ciudadanos que a la fecha de publicación de la referida sentencia (6 de julio de 2015) aun no hubieran consolidado su derecho pensional; por su parte el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción mediante sentencia del 3 de marzo de 2017 dentro de la acción de tutela No. 11001-03-15-000-2016-03366-01, estableció que el análisis de las sentencias C-258 del 2013 y SU 230 del 29 de abril de 2015, solo serían aplicables a aquellas personas que adquirieran su estatus de pensionados durante la vigencia de dichas decisiones jurisprudenciales, al respecto preciso:

“Por tanto, para la fecha de expedición de las aludidas decisiones el criterio que imperaba respecto del IBL como aspecto cobijado por el régimen de transición correspondía al trazado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el cual fue interpretado de forma diferente por la Corte Constitucional mediante un examen de constitucionalidad que, luego, hizo extensivo a todos los regímenes con la sentencia SU- 230 de 2015.

(...)

Por lo que, se concluye que los jueces ordinarios si bien conocieron y respetaron las reglas que fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, lo cierto es que no tuvieron en cuenta que su aplicación dependía de la época en que se consolidó el derecho pensional del empleado, el cual, para el caso concreto se enmarcaba en el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda del Consejo de Estado con la sentencia del 4 de agosto de 2010.

De manera que, es preciso poner de presente que dichas autoridades judiciales ordinarias, de conformidad con los artículos 228, 230, 241 y 243 de la Constitución Política de Colombia, gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y, en sus providencias, solo están sometidas al imperio de la Ley. **No obstante, ello debe ocurrir sin que se vean irrespetados los derechos del pensionado, quien logró la materialización de manera legal su derecho pensional, por lo que mal podría aplicarse de forma retroactiva una tesis sobre la interpretación normativa del régimen de transición propuesta años después de la consolidación de su derecho prestacional.** (Negrilla y subraya fuera del texto)

Este criterio jurisprudencia fue acogido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 8 de marzo de 2017 expediente 2015-00252 siendo Magistrado Ponente Dr. Oscar Granados. Así las cosas y teniendo en cuenta que en el presente caso la demandante adquirió el estatus de pensionada el 26 de julio de 2012, es decir con antelación al 6 de julio de 2015, el criterio jurisprudencial aplicable será el establecido por el H. Consejo de Estado en el año 2010, en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

8.3. CASO CONCRETO

Se advierte que la demanda presentada por la parte accionante está encaminada a obtener la nulidad parcial de la Resolución N° 125 del 30 de abril de 2014, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación, expedida por la Secretaría de Educación de Duitama, en nombre y representación de La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Resolución 012 de 8 de enero de 2016, mediante la cual se niega la reliquidación pensional requerida por el demandante, con petición elevada el 25 de agosto de 2015

De lo probado en el expediente se pudo establecer:

1. El señor Ángel Ramón Liscano García nació el 9 de octubre de 1951 (fl.73).
2. El actor tuvo vinculación al servicio público oficial durante los siguientes periodos:

PERIODO	ENTIDAD	TIEMPO			FOLIOS
		A	M	D	
15/06/71 a 18/01/72	E.S.E CENTRO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL DE BOYACÁ		7	3	20 y 93

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 2016-0043
Sentencia

13/08/76 a 18/01/1993	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ	16	5	5	24 y 99
25/03/04 a 12/07/05	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE SANTANDER ⁷ (FLORIDA BLANCA)	1	3	17	22 y 95
28/04/08 a 04/12/09	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE DUITAMA	1	7	6	27 y 77
26/01/10 a 24/05/10	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE DUITAMA		3	29	28 vto y 77
14/07/10 a 01/10/10	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE DUITAMA		2	18	29 vto y 77
27/01/14 a 30/04/14	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE DUITAMA		3	3	33 y 106
TOTAL		20	8	21	

3. El demandante se vinculó al servicio de educación mediante contratos de prestación de servicio durante los siguientes periodos:

- 22 de febrero de 1994 por 9 meses y 9 días.
- 22 de febrero de 1995 por 10 meses.
- 2 de enero de 1996 por 11 meses.
- 3 de diciembre de 1996 por 26 días.
- 7 de enero de 1997 por 11 meses y 24 días.
- 2 de febrero de 1998 por 11 meses.
- 3 de febrero de 1999 por 11 meses.
- 23 de marzo de 2000 por 3 meses.
- 12 de julio de 2000 por 3 meses.

4. Mediante Resolución N° 125 del 30 de abril de 2014, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación que determinó que para efectos de liquidación se tendría en cuenta el promedio de ingresos de los últimos diez (10) años, más incrementos del 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, de conformidad con lo establecidos en art. 21 de la Ley 100 de 1993, modificada por Ley 797 de 2003; señalando que el status de pensionado se adquirió el 1 de octubre de 2010, fecha en la que se cumplió con la edad y semanas cotizadas para acceder a pensión de vejez. Como se declaró en los actos demandados y se señaló en la demanda (fls 17-18 y 19-80)

5. Que el demandante se retiró del servicio el 30 de abril de 2014 (fl. 2)

6. Que durante el último año de servicios el accionante percibió los siguientes factores salariales (fls. 122-124)

- Asignación básica
- Auxilio de transporte
- Prima de alimentación especial
- Prima de navidad
- Subsidio de alimentación

- Prima de vacaciones docentes
- Prima de navidad
- Bonificación del 15% por trabajar en zona de difícil acceso.

De los cuales, para efectos de liquidación de pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual.

Establecidos los hechos probados, pasará el Despacho a determinar cuál es el régimen que rige la pensión del señor Ángel Ramón Liscano García, con tal propósito, es importante traer a colación lo expuesto en el acápite correspondiente al marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia, referente a que si bien los docentes gozan de un régimen especial en materia de ingreso, ascenso y retiro del servicio, también lo es que en materia de pensión de jubilación no sucede lo mismo, sino que por el contrario se les ha aplicado las normas generales reguladoras de esta prestación.

En este sentido, el marco legal estudiado en líneas precedentes permite concluir que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, al tenor de lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 para efectos prestacionales, mantienen el régimen que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. **Por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 se aplican únicamente a los docentes vinculados con posterioridad a su expedición y el régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad se rige por normas anteriores.**

Así lo concluyó el Honorable Consejo de Estado, entre otras, en sentencia de seis (6) de abril de dos mil once (2011), Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, expedientes Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00220-01(4582-04) y 11001-03-25-000-2005-00234-00(9906-05) acumulados:

“(…) La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular; Este régimen está llamado necesariamente a extinguirse en el tiempo a medida que decrece el número de sus destinatarios (régimen de transición). ii) Si el ingreso al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años. En ambas situaciones se trata de un régimen exceptuado por el legislador, pues mantienen e introducen modificaciones al régimen pensional general. (…)” (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, teniendo en cuenta que el docente accionante, se vinculó por primera vez al servicio educativo oficial en propiedad el 13 de agosto de 1976, es claro que su pensión no está regulada por la Ley 812 de 2003 como asegura la entidad demandada, sino que la rige las normas que estaban vigentes con anterioridad a la misma, pues como se indicó, antes de la vigencia de la mencionada Ley ya había laborado más de 16 años de servicio. Así, no es dable aceptar que por la interrupción en el servicio oficial –tiempo en el que el actor trabajó por órdenes de prestación de servicio-, el régimen varíe y deba dársele el trato de un docente que se vincule por primera vez, la jurisprudencia reseñada expresa que se aplica la normatividad anterior, si su vinculación es anterior al 27 de junio de 2003 –caso del accionante–.

Aunado a lo anterior, y como refuerzo a lo expuesto, se tiene que al tenor de lo expresado por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 21 de marzo de 2016, expediente 15001-2333000-2015-00322-00 Magistrada Ponente: doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, existe la posibilidad de tener en cuenta los tiempos de vinculación por órdenes de prestación de servicios, a efecto del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación. De manera expresa señaló la Alta Corporación:

“(...) Dilucidado lo anterior, procede la Sala a estudiar lo relativo a la posibilidad de tener en cuenta los tiempos de vinculación por orden de prestación de servicios, a efecto de contabilizarse para acceder a la pensión de jubilación de la docente demandante.

Sea lo primero advertir que la sentencia de unificación de 22 de enero de 2015 Exp. Interno 07715-2014 emitida por el Consejo de Estado, M. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, impone un criterio vinculante para el presente caso, puesto que expresamente señala que deberán tenerse en cuenta para fines pensionales el tiempo prestado al servicio público de la educación, aún sea por horas cátedras o vinculación externa, lo cual lleva a señalar que si ello es así, mucho más viable resulta aplicar para dichos efectos los tiempos de servicio completo prestado a la educación pública por medio de OPS.

Refuerza la tesis anterior, el pronunciamiento de esta Corporación traído en cita, según el cual aunque hubieren prescrito las prestaciones económicas derivadas de la relación laboral que se deriva de la prestación de servicios OPS a la docencia, ello no es óbice para que dicho tiempo tenga efectos para el reconocimiento de la pensión, pues ha de contabilizarse para dicho fin en tanto la pensión es imprescriptible. (...)” (Negrilla fuera de texto)

En ese sentido, si en gracia de discusión se aceptara que para efectos de determinar el régimen pensional que cobija la situación del actor no puede aceptarse la vinculación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por la interrupción que existió en el servicio público oficial desde el 1993 al 2004, tampoco sería dable indicar que la norma que gobierna su pensión es la Ley 100 de 1993, pues como ya se mencionó el periodo que el señor Lizcano García

laboró mediante contrato de prestación de servicio se debe tener en cuenta para efectos pensionales y así deriva con más claridad que venía vinculado con anterioridad y que por lo tanto se rige por la Ley 33 de 1985 y no como señala la entidad demandada.

Como resultado de lo expuesto y ante la remisión a las normas anteriores para el sector docente se tiene que cuando comenzó a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad aplicable para la pensión de jubilación y su liquidación en el sector educativo era la Ley 33 de 1985, la cual se aplicaba a todos los servidores públicos de todos los niveles que no se encontraran exceptuados de ella.

El demandante no se encontraba inmerso dentro de las excepciones contempladas en el mencionado artículo, pues como se dijo no está cobijado por un régimen especial de pensiones, ni llevaba 20 ni 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985⁸. En consecuencia, en materia pensional, su situación se encuentra cobijada por la Ley 33 de 1985, modificada en materia de factores salariales a tener en cuenta dentro de la base de liquidación de la mesada pensional por la Ley 62 de 1985, agregando todos aquellos factores que constituyen salario.

Precisado lo anterior, resulta procedente indicar que atendiendo la unificación jurisprudencial hecha por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, ratificada recientemente por la Sala Plena de la misma Corporación mediante sentencia del 25 de febrero de 2016 dentro del proceso N° 25000234200020130154101 (46832013), Consejo Ponente Gerardo Arenas Monsalve ya expuesta en precedencia en la que reiteró que su posición unánime que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenda la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%).

En el *sub lite* para efectos de la reliquidación de la pensión de jubilación, se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al retiro del servicio **-30 de abril de 2014-**, que para el caso concreto corresponde a los siguientes periodos:

- Entre 28 de septiembre de 2009 y 4 de diciembre de 2009 (sesenta y ocho (68) días)*
- Entre 26 de enero de 2010 y 24 de mayo de 2010 (ciento diecinueve (119) días)*
- Entre 14 de julio de 2010 y 1° de octubre de 2010 (setenta y nueve (79) días)*
- Entre 27 de enero de 2014 y 30 de abril de 2014 (noventa y cuatro (94) días)*
- Para un total de: (trescientos sesenta (360) días)*

Es decir, se deben tener en cuenta los siguientes factores salariales (debidamente indexados al tiempo del estatus): auxilio de transporte, prima de alimentación especial, prima de navidad, subsidio de alimentación, prima de vacaciones docentes, prima de navidad y bonificación del 15% devengados durante ese

⁸ La ley 33 de 1985 fue sancionada el 29 de enero de 1985 y publicada en el Diario Oficial No. 36856 del 13 de febrero de 1985.

transcurso de tiempo, según certificados de salarios expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, aportados por el demandante y por el municipio de Duitama, obrantes a folios 30 a 33 y 103-108 del expediente.

Con relación a la **bonificación por trabajar en zona de difícil acceso**, como factor salarial, se encuentra que el Tribunal Administrativo de Boyacá no existe unidad de criterio al respecto, por un lado se encuentran pronunciamientos como el consignado en fallo del 16 de diciembre de 2016 dentro del radicado 152383333752-2015-00050-01 Magistrado Ponente: doctor Felix Alberto Rodriguez Riveros, señalando que la misma no constituye factor salarial, en razón a que fue establecida como estímulo para que los docentes laboraran en zonas de difícil condición de acceso, infiriendo de ésto que no constituye retribución directa del servicio docente, a lo que suma disposición expresa del Decreto 1171 de 2004 en su artículo 5, según la cual: "Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto".

Y por otro se encuentra la postura expuesta en fallo del 14 de septiembre de 2016 dentro del radicado 152383333005-2015-00106-01 Magistrada Ponente: doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz del mismo Tribunal Administrativo de Boyacá el que se estima que la **bonificación por trabajar en zona de difícil acceso** constituye factor salarial, atendiendo a criterios materiales para determinar que pagos constituyen salario, conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual: "los pagos que remuneran el servicio, sin perjuicio de la denominación que se le dé, son salario", aun a pesar de que el legislador haya dispuesto lo contrario, atendiendo a que no puede prevalecer un formalismo legal a la realidad⁹.

Estima en esta oportunidad el Tribunal, acompasado con lo expuesto en sentencia de la Corte Constitucional C-103 de 2003¹⁰, que esta bonificación retribuye el esfuerzo mayor que realizan los docentes en esas zonas y por tanto es un pago que se origina directamente en el hecho de la prestación del servicio lo que le da características propias de remuneración con carácter de salario.

Así las cosas, el despacho acoge la segunda postura, esto es la que considera que la Bonificación del 15% sobre asignación básica que reciben los docentes que trabajan en zonas de difícil acceso constituye una remuneración directa por el trabajo que prestan y no se trata de una concesión graciosa ajena a sus labores docentes.

Atendiendo a todo lo expuesto con anterioridad, es dable afirmar que el acto enjuiciado, se encuentra viciado de ilegalidad siendo procedente declarar su nulidad en consideración a que:

⁹ Sentencia Consejo de Estado de 27 de enero de 2011 de la Sección Segunda, Subsección "B" con Ponencia de Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, dentro del radicado número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09).

¹⁰ Con la que se realiza control de constitucionalidad sobre el inciso sexto del artículo 24 de la Ley 715 de 2001, que viabilizó el reconocimiento de la Bonificación a docentes que laboran en zonas rurales de difícil acceso.

1. En principio, se concedió la pensión aplicando Ley 100 de 1993, cuando el docente se encontraba cobijado por la Ley 33 de 1985.
2. Se liquidó la pensión con base en los artículos 21 y 31 de la Ley 100 de 1993, ese último con modificación de la Ley 797 de 2003, cuando debía aplicarse artículo 1° de la Ley 33 de 1985.
3. Finalmente, y como consecuencia de lo anterior: se tomó como IBL el promedio de asignaciones básicas de los diez (10) años anteriores al 1 de octubre de 2010, y no el promedio de la totalidad de factores salariales percibidos durante del último año de servicios como correspondía.
4. Se excluyeron de este cálculo factores salariales como auxilio de transporte, prima de alimentación especial, prima de navidad, subsidio de alimentación, prima de vacaciones docentes, prima de navidad y bonificación del 15%, ya que para cálculo de IBL se usó únicamente el monto correspondiente a asignación básica mensual, que devengaba la docente.

Por lo que se declarará, NULIDAD PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN 125 DE 2014, mediante la que se reconoce pensión de jubilación al demandante, en lo que tiene que ver con la liquidación del monto de la pensión; y NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 012 DE 2016, mediante la cual se niega reliquidación pensional requerida por el demandante. Y en consecuencia, se ordena reliquidación del monto de la pensión vitalicia de jubilación concedida al demandante.

De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas por efecto del acto que ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Las diferencias pensionales reconocidas tendrán los reajustes de Ley y el monto de la condena que resulte, se ajustará tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$R = R.H \times \text{índice final} / \text{Índice inicial}$, esto es, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), **que es la correspondiente mesada pensional**, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicara separadamente mes por mes para cada mesada pensional comenzando por la que correspondía devengar a la accionante desde el momento en que adquirió el derecho y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

De la Excepción de Prescripción de Mesadas.

Solicita la Entidad accionada, que ante una eventual condena se declare la prescripción de cualquier derecho reclamado frente al cual haya operado el fenómeno de acuerdo con el Decreto 1848 de 1969.

En el caso concreto, no cabe duda que el derecho pensional no prescribe aunque tal fenómeno si afecta a las mesadas causadas. No obstante, aclara el Despacho que la prescripción con relación a las mesadas pensionales opera tres (3) años después de su causación o exigibilidad.

Al respecto el Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41, estableció que:

“... 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...”

Ahora bien, como quiera que en el presente caso se accede a las pretensiones de la demanda, el Despacho estudiara de la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada.

Así las cosas se debe decir que en el presente caso se parte de que el reconocimiento del derecho pensional ocurre con la Resolución 125 del 30 de abril de 2014 (fls. 16 a 19 y 78 a 81), notificada el 2 de mayo de 2014 (fl. 81 vto) fecha en la que se hicieron exigibles todas las obligaciones que pudieran emanar del reconocimiento del derecho pensional.

La demandante elevo petición de reliquidación o reajuste de la pensión concedida mediante Resolución 125 de 2015, el 25 de agosto de 2015 (fls. 13-15), sin que entre la fecha del reconocimiento del derecho pensional y de la petición hayan transcurrido los tres (3) años exigidos para configurar la prescripción e interrumpiendo la misma, siquiera por un término de (3) tres años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del decreto 3135 de 1968, antes citado, que iría hasta 25 de agosto de 2018.

Adicionalmente se tiene que la demandada dio respuesta negativa a la petición de reliquidación mediante Resolución 012 del 8 de enero de 2016, acto que se demandó en nulidad dentro del término legal el día tres (3) de febrero de 2016, notificándose la demanda y el auto admisorio de la misma el día seis (6) de julio de 2016 al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio.

Así las cosas, a la fecha no se encuentra configurado el fenómeno de prescripción respecto de ninguna de las prestaciones económicas derivadas del reconocimiento pensional materializado en la Resolución 125 del 30 de abril de 2014, por lo que este Despacho declarará no probada esta excepción propuesta en tal sentido..

De los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordenan.

En este aspecto el Juzgado acoge los reiterados pronunciamientos del H. Tribunal Administrativo de Boyacá en las Salas de Decisión No. 2, sentencias de 11 de marzo de 2016 con radicación No. 2013-00080-02; 2015-00040-02; 2014-00513-00, con ponencia del doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana. Así mismo, sentencias proferidas por la Sala de Decisión No. 3 con ponencia de la magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz de fecha 07 de julio de 2016, dentro del proceso 2013-0083-01 y 8 de marzo de 2016 con radicaciones número 2013-00212-02, 2013-00027-01, 2013-00200-02 y 2013-00379-02

Así las cosas, en aplicación de lo dispuesto en las referidas providencias el Juzgado señalará que los **aportes para pensión** se harán sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, por prescripción extintiva conforme al Título XVII del E.T. artículo 187 en el cual señala que **la acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años**,

La demandante, está obligado al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en **la ley vigente para cuando se efectuó el pago**. En caso del demandante – *entonces empleado* – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Ahora, los 5 años previos al retiro del servicio transcurrieron entre el **30 de abril de 2009 y el 30 de abril de 2014**, período para el cual, en materia de aportes para pensión se aplicaba el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, reglamentada por el Decreto 510 de 2003, y la Ley 1122 de 2007, reglamentada por el Decreto 4982 de 2007, normas que serán atendidas para este caso.

Las anteriores argumentaciones, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 103 del CPACA.

8.4. CONCLUSIÓN

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a las decisiones demandadas en el ámbito de las causales de nulidad de los actos administrativos, pues fueron expedidas con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarará la nulidad parcial del acto que reconoce la pensión (RESOLUCIÓN 125 DE 2014) en lo que toca con la liquidación del monto de las mesadas pensionales y la nulidad del acto mediante el cual se niega la reliquidación pensional deprecada por el demandante (RESOLUCIÓN 012 DE 2016); por lo tanto, se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 75% del promedio de todo lo devengado en el

periodo de servicios efectivamente entre el 28 de septiembre de 2009 al 30 de abril de 2014, fechas entre las cuales de manera interrumpida transcurrió el último año de servicios prestados por el demandante.

De acuerdo con lo anterior, se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la parte actora; y se declara **NO PROBADA** la excepción de prescripción de mesadas pensionales propuesta por la demandada de conformidad con lo expuesto en acápites anteriores.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Atendiendo lo contemplado en el artículo 365 y s.s. del C.G.P., el Despacho dispondrá condenar en costas a la parte demandada, por ser el extremo procesal vencido, condena que se liquidará por la Secretaría de esta Instancia y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 del C.G.P.

Tomando en consideración el artículo en comento, este Despacho fija las agencias en derecho, de conformidad al Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, numeral 3.1.2, las agencias en derecho procesos ordinarios de primera instancia con cuantía en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, podrán ser de hasta un 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese sentido, en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada, y ante la imposibilidad temporal de determinar en concreto el valor total de las pretensiones a conceder, se fijaran como agencias en derecho el 1% de la cuantía indicada en el escrito de la demanda la cual se fijó en \$20.734.560.00 según consta a folio 9 del expediente.

El 1% corresponde a la suma de **DOS MILLONES SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$2.073.456.00)**.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO:- DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción de las mesadas pensionales propuesta por la demandada, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la Resolución N° 125 del 30 de abril de 2014, mediante la cual **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO**, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación del

demandante en lo que toca con la fijación del monto de las mesadas pensionales, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR la **NULIDAD** de la Resolución N° 012 del 8 de enero de 2016, mediante la cual **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO**, negó reliquidación de pensión reconocida en favor del demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: ORDENAR a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO**, a título de restablecimiento del derecho, a **RELIQUIDAR Y PAGAR** el valor de la pensión de jubilación reconocida al señor **ÁNGEL RAMÓN LISCANO GARCÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 4.052.333 de Belén Boyacá, con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, año de servicios que se prestaron de manera interrumpida entre el 28 de septiembre de 2009 y el 30 de abril de 2014, incluyendo con todos los factores salariales reconocidos y pagados como retribución por el servicio, siendo tales: **asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transportes, Prima de navidad, prima de navidad y bonificación del 15%**. De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas por efecto del acto que ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación.

QUINTO: CONDENAR a la **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO**, a pagar a favor de la demandante **ÁNGEL RAMÓN LISCANO GARCÍA**, las diferencias causadas por la reliquidación de las mesadas pensionales que haya recibido, a partir del 30 de abril de 2014.

SEXTO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

Así mismo devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Sobre los nuevos factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a el señor **ÁNGEL RAMÓN LISCANO GARCÍA**, **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO**, únicamente se podrán realizar los descuentos por concepto de aportes destinados para el Sistema General de Pensiones por el monto de los que no se hubieran efectuado, durante los últimos 5 años de trabajo, esto es, ente el **30 de abril de**

2009 y el 30 de abril de 2014 por prescripción extintiva de la obligación en el porcentaje que le corresponda mes a mes, sobre los valores que hubieran sido descontados. El monto máximo no podrá superar el valor de la condena en favor de éste.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO**, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el estatuto tributario, según el art. 54 de la ley 383 de 1997, en concordancia con el art. 57 de la ley 100 de 1993. Tales sumas deberán ser actualizadas con fundamento en el IPC.

OCTAVO.- CONDENAR EN COSTAS A LA PARTE DEMANDADA, las cuales se liquidaran por secretaria una vez en firme la providencia que ponga fin a este proceso atendiendo a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., como **AGENCIAS EN DERECHO** téngase la suma de **DOS MILLONES SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$2.073.456.00)** de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO.- Se ordena dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A..

DÉCIMO.- Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase


LAURA JOHANNA CABARCAS CASTILLO
Jueza