

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

DEMANDANTE: AURA MARIA ESPINOSA MEDINA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
RADICACIÓN: 15238 33 39 751 2015 00211 - 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Este Juzgado recibe el expediente de la referencia encontrándose para fallo, en virtud de la redistribución de procesos provenientes del Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJBOYA17-617 del 10 de febrero de 2017, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá y Casanare.

En consecuencia, decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por **AURA MARIA ESPINOSA MEDINA** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**.

I. ANTECEDENTES:

1.- De la demanda y tesis de la demandante (fl. 21-10 y 66):

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, la señora AURA MARIA ESPINOSA MEDINA, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1612 del 07 de diciembre de 2007, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación, y la nulidad de la Resolución No. 002950 del 05 de mayo de 2015 que negó la reliquidación de la pensión.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión

719

de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, además de la asignación básica, el auxilio de movilidad, la prima de alimentación, la prima de grado, la prima de vacaciones, la prima rural 10% y el sobresueldo 20%.

Finalmente, pide que de la mesada que resulte se hagan los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor, se pague la diferencia entre el valor recibido y el valor a reliquidar de la pensión, se dé cumplimiento a la sentencia en los términos que prevé el CPACA. Así mismo, que se condene en costas y gastos procesales a la entidad demandada.

Señala que con la expedición de los actos acusados se desconocieron los artículos 2º, 6º, 13, 25, 53, 48 y 58 de la Constitución Política; 21 del C.S. del T que consagra el principio de favorabilidad en la aplicabilidad de las normas laborales, 5 de la Ley 57 de 1987; 3º, 9º a 16, 35, 44 y 50 del Código Contencioso Administrativo; el Convenio 95 del OIT aprobado por la Ley 54 de 1962; el artículo 2º de la Ley 5ª de 1969; 45 del Decreto 1045 de 1978; 3º de la Ley 33 de 1985; Ley 91 de 1989; Ley 4ª de 1992 y Ley 1151 de 2007.

Afirma que la actuación de la entidad demandada es irregular e indebida, toda vez que viola la Constitución y la ley al tomar como ingreso base de liquidación algunos factores salariales y no el total de lo devengado por la demandante, desconociendo así los derechos irrenunciables de la trabajadora como el principio de favorabilidad.

Aduce que por pertenecer la demandante al régimen especial docente, al momento de liquidar la pensión de jubilación se debió incluir en el ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, esto es, asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo del 20%, etc.

Adicionalmente, señala que como quiera que del certificado de salarios devengados expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá se advierte que se hicieron los aportes sobre todo lo devengado al Fondo Prestacional del Magisterio de conformidad con la Ley 812 de 2003 y su Decreto Reglamentario 3752 de 2003, se debe concluir que se hicieron esos aportes de ley, por lo que en caso de que no sea así dicha omisión no puede ser asumida por la demandante, sino por el Fondo a través de las acciones legales correspondientes y en contra del entidad pública patronal.

no

2.- De la contestación y la tesis de la entidad demandada:

2.1.- La Nación – Ministerio de Educación Nacional-FNPSM- (fl. 41-48 y 66): Señala que se opone a las declaraciones y condenas, al considerar que: **i)** a la demandante le es aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que son las normas que rigen las prestaciones sociales para los empleados públicos del orden nacional; **ii)** la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema; **iii)** la sentencia que invoca la actora de la Sección Segunda del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010 no es vinculante, como quiera que dicha providencia no tiene la calidad de sentencia de unificación jurisprudencial, figura que fue introducida por el CPACA.; **iv)** la interpretación correcta en el tema de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones es taxativa, según lo advirtió el M.P. Gerardo Arenas Monsalve en su salvamento de voto de la sentencia del Consejo de Estado del 10 de agosto de 2010, por estar acorde con el inciso 12 del artículo 48 Constitucional y la sentencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013.

Por último, formula las excepciones de "**integración del contradictorio**" y "**prescripción**".

2.2. El Departamento de Boyacá, pese a estar debidamente notificado como se verifica a folio 37 del expediente, no contestó la demanda. De igual forma, se advierte que en la audiencia inicial del 12 de octubre de 2016 llevada a cabo por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama se declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Boyacá-Secretaría de Educación (fl. 65 vto.), por lo que la actuación procesal únicamente se continuó frente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- De los alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (fl. 77) dentro de la audiencia de pruebas realizada por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama el 15 de noviembre de 2016, la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio presentó alegatos por fuera del término concedido para el

efecto (fl. 88 s), el Ministerio Público guardó silencio y la parte actora se pronunció en los siguientes términos:

3.1. Parte demandante (fl. 79-81): Trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado para referir al régimen docente, y del Tribunal Administrativo de Boyacá para referir al carácter de factor salarial del sobresueldo del 20%, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de grado y al reajuste de la condena.

Concluye que en la pensión de jubilación que le fue reconocida, deben incluirse todos los conceptos devengados en el año anterior a la consolidación del status de pensionada, cuya naturaleza jurídica sea salarial, teniendo en cuenta que ingresó al servicio docente antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y estaba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ende no le es aplicable la Ley 100 de 1993 de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 279 ibídem, sino el régimen previsto para el personal docente en materia de pensiones.

II. CONSIDERACIONES:

1.- PROBLEMA JURÍDICO:

La controversia se circunscribe al estudio de legalidad de las Resoluciones Nos. 1612 del 07 de diciembre de 2007 y 002950 del 05 de mayo de 2015 proferidas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para el efecto se deberá determinar el régimen pensional aplicable a la demandante AURA MARÍA ESPINOSA MEDINA, y si tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación básica, auxilio de movilidad, prima de alimentación, prima de grado, prima rural 10%, prima de vacaciones y prima de navidad que devengó en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada y que transcurrió entre el 21 de noviembre de 2005 y el 20 de noviembre de 2006.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES:

El Despacho destaca que las normas que rigen el derecho pensional de la demandante son las siguientes: el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 señala que 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 mencionada ley**. A renglón seguido señala que "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, (...)".

Es así, que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda, **según la fecha en que se hayan vinculado al servicio, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003**, es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial.

Así, el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003), **es el establecido en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha**, sin que termine el 31 de julio de 2010; el de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En concordancia con lo anterior, es de recordar en primer término que el Decreto 2277 de 1979 "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", nada dispuso respecto al régimen pensional de los docentes, sino que fue la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" la que se ocupó del tema disponiendo que: **i)** los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes y; **ii)** los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, **o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley**. Por su parte, las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 remiten a la Ley 91 de 1989, en lo que refiere a asuntos prestacionales.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior por el Despacho, es pertinente aclarar que: **i)** el Consejo de Estado ha precisado que las normas vigentes a la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989 (29 de diciembre de 1989), no eran otras que las **Leyes 33 y 62 de 1985**, normas generales del sector público que dejaron a salvo los regímenes

exceptuados y estableció un régimen de transición remitiendo a las normas anteriores, como los Decretos 3135, 1848 y 1045 citados; **ii)** el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ello, es que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 que resulta aplicable a los docentes oficiales las disposiciones de la Ley 100 de 1993, y por ello, también, la aplicación de las normas anteriores a esta última se hace **en virtud de la remisión que hace la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003, y no del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.**

Así, como la demandante ingresó al servicio docente oficial el 13 de abril de 1973, según se desprende de la Resolución No. 1612 del 07 de diciembre de 2007, por la cual se reconoció y ordenó el pago de su pensión vitalicia de jubilación (fl. 11-12 y 103), es evidente que el régimen pensional que la cobija es el anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 (**según remisión que hace la Ley 812 de 2003**), es decir, que tiene derecho a que, para efectos del reconocimiento y liquidación de su pensión de jubilación, se le apliquen las disposiciones de la Ley 33 de 1985. Precisa el Despacho que quien demanda no se encuentra en el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 y que remite a normas anteriores a ésta, por lo cual, el presente caso habrá de analizarse y decidirse a la luz de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Teniendo en cuenta que en el sub examine nada se discute respecto al monto de la pensión, ni al cumplimiento de las condiciones de edad y tiempo de servicios de quien demanda, el Despacho procederá a referirse especialmente a los factores que deben ser tenidos en cuenta en el ingreso base de liquidación, ya que en torno a este punto gira la controversia en el asunto de la referencia.

3. DEL MONTO Y LOS FACTORES DE LIQUIDACIÓN:

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 estableció que el monto de la pensión de jubilación a que tendrían derecho los servidores públicos cobijados por ésta sería equivalente **i)** al setenta y cinco por ciento (75%) **ii)** del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Ahora bien, respecto a los **factores base de liquidación** de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) unificó el criterio de interpretación, considerando que *"...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad*

en materia laboral, la Sala, (...), a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que **la Ley 33 de 1985 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**"⁽¹⁾ (Negrita fuera de texto). Pronunciamiento que se apoyó en sentencia que consideró lo mismo al interpretar al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 ⁽²⁾. En la sentencia de unificación se dejó claro que debía disponerse el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal alguna.

Así las cosas, quien demanda, como beneficiaria del régimen pensional establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y aplicando la pluricitada sentencia de unificación del Consejo de Estado, tiene derecho a una pensión de jubilación correspondiente al 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

De igual forma, ha de señalarse en atención a lo señalado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 15 de diciembre de 2016 (Radicado: 15001 3333 011 2014 00097-02 y M.P. Fabio Iván Afanador García) que respecto a los factores salariales devengados por anualidad como lo son la bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad, el reajuste se realizará sobre una doceava parte de tales factores.

4.- CASO CONCRETO:

Se encuentra acreditado entonces que la accionante adquirió status de pensionada el 20 de noviembre de 2006 (fl. 11, 102 y 103) y que durante el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status, devengó según certificación expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá: **asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sobresueldo del 20% y prima de vacaciones** Adicionalmente, en dicha certificación se menciona frente a los aportes lo siguiente: "*sobresueldo ordenanza 23/59 hasta el 20-11-51 con destino al fondo prestacional de magisterio mensualmente los descuentos de conformidad con la Ley 812 de 2003 y su Dto. Reglamentario No. 3752/03. Para pensión.*" (fls. 15-18 y 104-107).

¹CE 2, Ago. 4 de 2010, e 0112-2009, V. Alvarado.

²CE 2, Jul. 9 de 2009, e 0208-2007, B. Ramírez.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la **Resolución No. 1612 del 07 de diciembre de 2007** (fls. 101-102), dispuso reconocer y pagar a la docente Aura María Espinosa Medina una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.446.026 m/cte., efectiva a partir del 21 de noviembre de 2006, teniendo en cuenta solamente la **asignación básica**.

Posteriormente mediante **Decreto No. 00492 del 20 de enero de 2009**, la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá aceptó la renuncia de la señora AURA MARÍA ESPINOSA MEDINA **a partir del 20 de enero de 2009** (fl. 116).

Finalmente, mediante Resolución No. 002950 del 05 de mayo de 2005 (fl. 111-112), el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la solicitud de reliquidación de la pensión con todo lo devengado en el año anterior al status de pensionada. (fl. 110).

Advierte el Despacho que si bien es cierto a la fecha la demandante encuentra retirada del servicio, toda vez que fue desvinculada a partir del 20 de enero de 2009; también lo es, que la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante debe ordenarse a la fecha de adquisición del status de pensionada (20 de noviembre 2006), como quiera que la mesada reajustada con los factores devengados al momento del retiro del servicio (20 de enero de 2009), resulta ser inferior a las mesadas reajustadas desde la fecha de adquisición del estatus pensional al retiro del servicio; en consecuencia, tal como lo solicitó la parte demandante se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión con los factores y valores percibidos a la fecha de adquisición del status de pensionada.

Por lo tanto, acogiendo el criterio jurisprudencial antedicho, es claro que en el presente caso ha debido liquidarse la pensión de la demandante en cuantía del 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada (21 de noviembre de 2005 al 20 de noviembre de 2006), teniendo en cuenta además de la **asignación básica**, los demás emolumentos certificados, es decir, **auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo del 20% y prima de vacaciones**.

Se aclara que el auxilio o la prima de alimentación, el auxilio de transporte o de movilización y la prima de vacaciones, se encuentran enlistados dentro de los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "*para el reconocimiento y pago del auxilio*

de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales". Por tanto es procedente su inclusión en el IBL. Que si bien es cierto que el mencionado decreto no ampara el derecho pensional de quien demanda, pues, como ya se expuso, el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, el Consejo de Estado ha señalado que los factores enlistados (sin ser taxativos) en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional." (Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 8 de agosto de 2011, exp. 1120-09, M.P. Alfonso Vargas Rincón). Por lo que procede la inclusión de los mismos dentro del IBL.

En cuanto a la prima de grado cabe precisar que el Consejo de Estado ha señalado que tiene carácter salarial³, frente al sobresueldo del 20% se observa que este fue definido como factor salarial por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴ en los siguientes términos:

(...) De esta manera, tal y como se ha definido el salario, es viable concluir que el porcentaje del 20% que reclama la actora y que tiene su origen en la Ordenanza 23 de 1959, tiene la naturaleza de factor salarial, en cuanto fue creado para que el trabajador lo recibiera de manera permanente e ingresara a su patrimonio por la prestación continua de sus servicios. Dicho porcentaje sería liquidable sobre la asignación básica devengada por el servidor, entendiendo por asignación básica la retribución correspondiente a cada empleo y que según el artículo 13 del Decreto 1042 de 1978 está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y grado establecidos en la nomenclatura y escala del respectivo nivel. "(Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁵ señaló que dicho emolumento -sobresueldo del 20% (Ordenanza 23 de 1959)- ostentaba el carácter de factor salarial por cuanto "(...) su creación tuvo como finalidad que el trabajador - en este caso docente- lo recibiera de forma permanente e ingresara a su patrimonio como consecuencia de la prestación de sus servicios, (...)". En igual sentido, ha referido a la prima de grado (Ordenanza 54 de 1967)⁶, por lo que también es procedente la inclusión de los mismos en el IBL.

³ Sección Segunda. Sentencia del 30 de junio de 2011. Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00902-01(2031-09). C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02573-01(2481-07). M. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 05 de noviembre de 2015. Expediente: 15001333300220140009901. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia del 08 de marzo de 2017. Expediente: 15001233300020150025200. M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

Finalmente, en lo que respecta a la prima rural del 10% ha de señalar que la mismo no puede ser tenida en cuenta para efecto de la reliquidación de la pensión, según lo advirtió en reciente pronunciamiento el Tribunal Administrativo de Boyacá, al considerar:

*"... que tanto la vigencia de la constitución de 1886 y a través del acto legislativo No. 1 de 1968 y en vigencia de la constitución de 1991, las Asambleas Departamentales como los Gobernadores, tiene proscrito regular aspectos salariales o prestacionales que correspondan a los trabajadores vinculados a las entidades territoriales, en consecuencia dicha prima rural del 10% deviene contraria a las normas superiores, razón por la cual no se incluye como factor salarial..."*⁷

Por tanto, no es procedente su inclusión en el IBL para efectos de la reliquidación de la pensión.

5.- CONCLUSIÓN:

En atención a lo expuesto, el Despacho procederá a declarar la nulidad parcial del artículo primero de la Resolución Nos. 1612 del 07 de diciembre de 2007 en lo que refiere al valor de la mesada liquidada, esto es, *"la suma de un millón cuatrocientos cuarenta y seis mil veinte y seis pesos (\$1.446.026) M/CTE..."* y la nulidad de la Resolución No. 002950 del 05 de mayo de 2015, proferidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación de la señora AURA MARIA ESPINOSA MEDINA con el 75% de todos los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada (21 de noviembre de 2005 y hasta el 20 de noviembre de 2006), estos son además de la ya reconocida (asignación básica), **auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo del 20% y prima de vacaciones**. Reliquidación efectiva a partir de la fecha de adquisición del estatus de pensionada, esto es, desde el **21 de noviembre de 2006**.

Así mismo se ordenará el pago de las diferencias que resultaren entre la mesada ya reconocida por la entidad y la que se liquide conforme a lo expuesto en esta sentencia.

6.- DE LA PRESCRIPCIÓN:

⁷ *Ibidem.*

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969. En virtud de estas normas, la prescripción se interrumpe por un lapso igual con: *i)* el simple reclamo escrito del empleado, *ii)* presentado ante la autoridad competente, e *iii)* identificando el derecho o prestación reclamado.

Pues bien, se encuentra probado que la demandante adquirió el status de pensionada el 20 de noviembre de 2006, según se desprende de la Resolución No. 1612 de 2007 (fl. 11, 101 y 103) y mediante escrito presentado el 25 de marzo de 2015 (fl. 110) solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con todo lo devengado en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, por lo que se observa que el fenómeno prescriptivo afectó la diferencia de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **25 de marzo de 2012.**

7.- DE LOS APORTES:

En virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, debe existir correspondencia entre los factores sobre los que se calculan los aportes a la seguridad social y los que constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión. En casos como en el presente, en el que no se cotizó respecto de los factores con los que se ordena la reliquidación de la prestación, se impone ordenar a la entidad demandada que al momento de reconocer y pagar las diferencias causadas, efectúe el descuento que corresponda a los aportes sobre aquel factor que no fue objeto de cotización en su momento.

Atendiendo la posición asumida y reiterada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la obligación del servidor de aportar a seguridad social sobre todos los factores devengados, debe estar sujeta a un término de prescripción, como lo están todas las obligaciones, por lo que, dada su naturaleza de contribuciones parafiscales, debe acudirse para el efecto al artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece un término de prescripción de la acción de cobro de cinco (5) años⁸.

Por lo anterior, se ordenará a la entidad demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que efectúe las deducciones que correspondan por concepto de aportes para pensión sobre los factores que aquí se ordenan incluir en la base de liquidación, respecto de los cinco (5) años anteriores a la adquisición del status de pensionada; estos descuentos deberán ser

⁸ Ver entre otras providencia la del 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz

actualizados conforme al IPC y no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor quien demanda, y de ser superiores, solamente se podrá descontar hasta la cuantía de éstas últimas. Lo anterior, según pauta fijada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, bajo el siguiente razonamiento: *"si quien concurre a la administración de justicia en calidad de demandante, al finalizar el proceso y sin haber sido demandado en reconvencción, culmina con una deuda a su cargo, parece ser que, atendiendo, como se ha explicado, a su condición de persona de especial protección, resultaría contradictorio y podría poner en riesgo su estabilidad económica y su vida digna"*⁹.

Las sumas que resulten a favor de quien demanda se ajustarán en su valor teniendo en cuenta la fórmula adoptada por el Consejo de Estado.

Se dispondrá que de las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente deberán hacerse los descuentos con destino a seguridad social en salud.

Se ordenará el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, *"Las cantidades liquidadas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengaran intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código"*.

8. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas, por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el expediente con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió el demandante (gastos de notificación) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara los intereses de la demandante en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Así las cosas, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

⁹ *Ibidem.*

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003¹⁰, fijese como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda¹¹, esto es, la suma de doscientos noventa y un mil seiscientos setenta y nueve pesos con dos centavos m/cte. (\$291.679,2).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del artículo primero de la Resolución No. 1612 del 07 de diciembre de 2007, proferida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 002950 del 05 de mayo de 2015, proferida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo antes expuesto.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reliquide la pensión de jubilación de la señora AURA MARÍA ESPINOSA MEDINA, **efectiva a partir del 21 de noviembre de 2006**, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada como docente, que comprende desde 21 de noviembre de 2005 y hasta el 20 de noviembre de 2006, estos son además de la asignación básica, **el auxilio de movilización, la prima de alimentación, la prima de grado, el sobresueldo del 20%, y la prima de vacaciones.**

CUARTO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a favor de la demandante la diferencia entre las mesadas pensionales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, desde el **25 de marzo de 2012**, por haber operado el fenómeno de prescripción de las diferencias de las mesadas causadas antes de esta fecha. Sumas éstas que deberán ser indexadas con fundamento en los

¹⁰ "Artículo 6. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...) III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 3.1. ASUNTOS. (...) 3.1.2. Primera instancia. (...) Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia."

¹¹ Ver folio 9 del expediente.

índices de precios al consumidor certificados por el DANE y de las cuales deberán hacerse los descuentos con destino al sistema de seguridad social.

QUINTO: Las sumas que resulten en favor del accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Además, se dispondrá que de las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente de las diferencias salariales, deberán hacerse los descuentos con destino a seguridad social en salud.

SEXTO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá descontar de las anteriores sumas los aportes que no se hubieran efectuado para pensión sobre los factores con los que se ordena la reliquidación, correspondiente a los cinco (5) años anteriores a la adquisición del estatus de pensionada de la señora Aura María Espinosa Medina por prescripción extintiva, teniendo en cuenta que le fue aceptada renuncia a partir del 20 de enero de 2009; sumas que deberán ser actualizadas con el IPC. El monto de máximo de descuento por este concepto no podrá superar el valor de la condena a su favor.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: CONDENAR en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquídense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

DÉCIMO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese a cargo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como agencias en derecho el 1% del valor de las pretensiones de la demanda¹², esto es, la suma de doscientos noventa y un mil seiscientos setenta y nueve pesos con dos centavos m/cte. (\$291.679,2).

DÉCIMO PRIMERO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO SEGUNDO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvase al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

DÉCIMO TERCERO: REMÍTASE el expediente al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama, para que el presente fallo sea notificado a las partes y al Ministerio Público, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2º del Acuerdo No. CSJBOYA17-617 del 10 de febrero de 2017.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

¹² Ver folio 9 del expediente.