



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 09 AGO 2018

DEMANDANTE: BERNARDINO RUBIO RIAÑOS
DEMANDADO: NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 150013333014 2016-00021 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (Fls. 2 vto)

- Se declare la **Nulidad Parcial** de la **Resolución número 0735 del 01 de Octubre de 2013**, “por la cual se reconoce y ordena el pago de una reliquidación **pensional**”, expedida por el Secretario de Educación de Tunja; en nombre y representación de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en ejercicio de las facultades legales que le confiere el artículo 56 de la ley 962 del 8 de julio de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.
- A título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, se ordene a la entidad demandada a 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 el demandante, al momento del retiro definitivo, es decir al **21 de mayo de 2013**.
- A título de condena, ordenar a la entidad demandada pagar al demandante la diferencia de las mesadas pensionales, ordinarias y adicionales (13 y 14); desde la fecha en que el poderdante cumplió con los requisitos de la pensión jubilación.
- Se condene a la indexación de las anteriores sumas de dinero.
- Que la condena se cancele en los términos de la ley 1437 de 2011.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. HECHOS DE LA DEMANDA (FL. 2 vto y 3)

- El demandante ingreso al servicio público de la educación el 17 de julio de 1981.
- Una vez cumplidos los requisitos de tiempo y edad, la **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL**



MAGISTERIO, por medio de la Resolución No. 1821 del 20 de octubre de 2003, reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación.

- Posteriormente mediante la Resolución No. 0640 del 17 de junio de 2005, se revisa la pensión vitalicia de jubilación, y se ordena incrementar el valor de la pensión jubilación.
- El demandante se retiró del servicio a partir del 21 de mayo de 2013 y solicitó a las entidades demandadas la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación por retiro definitivo.
- En cumplimiento de lo anterior la Secretaría de Educación de Tunja, en Nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la Resolución No. 0735 del 01 de octubre de 2013, se reliquida la pensión vitalicia de jubilación a favor del demandante, sin incluir todos los factores salariales devengados.
- Para establecer el ingreso base de liquidación, en la resolución por la cual se reliquidó la pensión jubilación, la entidad demandada tuvo en cuenta la **ASIGNACION BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACION y la PRIMA DE VACACIONES**, devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha en la cual se retiró, dejando por fuera lo devengado por otros factores salariales: **Prima de navidad**.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Señala como normas violadas el preámbulo, y los artículos 2, 4 y 25 de la Constitución Nacional, así como los artículos 2, 3, 137 y 138 del CPACA, y las leyes 812 de 2003, 4ª de 1966 y los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978.

Argumenta que se puede establecer que al pertenecer el demandante a un régimen especial, al momento de liquidarle la pensión de jubilación se le debió haber tenido en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, tales como asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, prima de alimentación entre otras.

Así mismo resalta que en el certificado de salarios devengados para la liquidación de prestaciones sociales, expedido por el Jefe de Recursos Humanos y Físicos de la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada, se declaró que se hicieron los aportes sobre todos lo devengados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con la Ley 812 de 2003 y su decreto reglamentario 3752 del 2003.

Finalmente expone que los actos administrativos impugnados generan un desequilibrio jurídico que a la postre perjudica económicamente al demandante, pues el valor reconocido como pensión, no se compadece ni ajusta a los criterios constitucionales y legales, y mucho



menos representa la compensación social que debe recibir por el trabajo desplegado durante una buena parte de sus años de vida, al servicio de un Estado Social de Derecho.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA (Fls. 52 a 61)

A través de su apoderado, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contestó demanda en término, manifestando se opone a todas y cada una de las pretensiones señalando que carecen de fundamento fáctico y jurídico, toda vez las resoluciones cuya nulidad se pretende, se ajusta a la normatividad vigente directamente aplicable al caso relacionada con la inclusión de todos los factores salariales para el reconocimiento y pago de la pensión jubilación.

Frente a los hechos expone que no le constan la mayoría, razón por la que se atiene a lo probado en el proceso siempre y cuando guarde relación con el libelo demandatorio.

Como argumentos de defensa manifiesta que la demandante se vinculó como docente de conformidad con el inciso segundo, numeral 1 de la norma *ibidem*, por lo que le es aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que son normas que rigen las prestaciones sociales para los empleados públicos del orden nacional.

Expone que la ley 33 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 a pensión, 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.

Señala que la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, no cumplió el procedimiento que establece el artículo 271 del CPACA, por tanto no tiene calidad que se le asigna, pues al momento de proferirse, no existía procedimiento y valor respectivo, por tanto se puede concluir acudiendo a los principios de la interpretación jurídica, que la interpretación correcta en el tema de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones es taxativa, como lo profirió el MP. GERARDO ARENAS MONSALVE, en su salvamento de voto.

Finalmente indica que de acuerdo con los argumentos expuestos solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que al accionante no le asiste derecho que está reclamando, pues la ley 33 y 62 de 1985, establecen claramente los factores que se deben



incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentran los solicitados por el actor.

Propone como excepciones las que denominó **FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA y PRESCRIPCIÓN**.

III. ACTUACION PROCESAL

1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda el día 03 de marzo de 2016 (fl 20 a 22), notificadas las partes, fue presentada contestación por la entidad demandada dentro del término legal. Con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el 20 de noviembre de 2017 (fls. 72 a 75), previa convocatoria mediante auto de fecha 05 de octubre de 2017 (fl 65 a 66), desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas.

2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

En fecha 14 de febrero de 2018 se realizó audiencia de pruebas, en la cual no fue posible incorporar la totalidad de las pruebas decretadas, por lo que se fijó nueva fecha para el día 22 de marzo de 2018¹ y finalmente se realizó audiencia el día 09 de mayo de 2018 y se ordenó la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes de la celebración de esta audiencia (fl. 220 a 221).

IV. ALEGATOS

1. **PARTE DEMANDANTE:** Dentro del término otorgado el apoderado de la parte demandante señala que quedó probado dentro del proceso que las entidades demandadas, al momento de expedir el acto administrativo por medio del cual reconocieron y ordenaron pagar la **PENSION VITALICIA DE JUBILACION**, obraron en forma contraria a la Ley, pero especialmente en contra de los establecido para el régimen especial de la docencia al cual pertenece (ley 91 de 1989).

Es decir que al momento del retiro definitivo 21 de mayo de 2013, devengaba asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones. Señalando que como el acto administrativo negó la inclusión de la **PRIMA DE NAVIDAD**, factor devengado en el año inmediatamente anterior al retiro, el acto administrativo se encuentra viciado de nulidad;

¹ Ver folios 115 a 116



y más aún cuando sobre los mismos factores salariales, se hicieron los aportes y/o descuentos de ley dirigidos al FNPSM, tal y como lo declara el señor Profesional Universitario de la oficina de Novedades de la Secretaría de Educación en el certificado de salarios devengados para la liquidación de prestaciones sociales.

2. NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Guardo Silencio.

3. MINISTERIO PUBLICO (fl. 226 a 234): La representante del Ministerio Público rindió concepto No. 042 de fecha 15 de mayo de 2018, en primer lugar plantea el problema jurídico, así como un recuento de la normatividad a aplicar y de las pruebas obrantes en el expediente, expone dentro del caso concreto que al docente Bernardino Rubio Riaño nació el 22 de mayo de 1948 y fue vinculado como docente desde el 17 de julio de 1981 al 21 de mayo de 2013 realizando aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es, antes de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, fue afiliado y allí realizó aportes para pensiones como se desprende de la lectura de las certificaciones aportadas; situación que permite determinar que le eran aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, y en consecuencia su pensión debió habersele reliquidado conforme a dichas normas.

Pese a lo anterior, en la Resolución No. 0735 de 1 de octubre de 2013, la entidad únicamente lo reliquida teniendo en cuenta factores como la asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones, percibida durante el último año de servicios entre mayo de 2012 y mayo de 2013, situación está que se aparta del principio de favorabilidad en materia laboral, así como la sentencia de unificación de las pensiones.

Concluye entonces la representante del Ministerio Público que resulta acertado proceder a liquidar la pensión reconocida al docente, tomando como base todos y cada uno de los factores que constituyen salario y que fueron devengados en el último año de servicios entre el 23 de mayo de 2012 a 22 de mayo de 2013, esto es, asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, teniendo en cuenta la certificación de salarios devengados allegada al plenario, la cual reposa en el expediente administrativo que conserva la entidad.

Adicionalmente indica que para el caso no son aplicables las sentencias C-258 de 2013 y SU - 230 de 2015, como tampoco resultaría de recibo la argumentación contenida en la sentencia SU-447 de 2016, en tanto se trata de un caso excepcional de una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación que tuvo una vinculación precaria que le permitió aumentar



de manera extraordinaria su mesada pensional, lo cual no ocurre en el presente caso, pues el demandante prestó sus servicios en la Secretaría de Educación de Tunja, por lo que en momento alguno se prueba una vinculación esporádica para mejorar su pensión.

Finalmente señala que no operó la prescripción trienal atendiendo la fecha que transcurrió entre el momento en que elevó petición de reliquidación pensional el 5 de julio de 2013 y la radicación de la demanda, el 13 de marzo de 2016, aunado a que el retiro por renuncia del docente se produjo a partir del 22 de mayo de 2013.

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:

- **Documentales:**

1. Copia de la Resolución No. 0735 del 01 de octubre de 2013, por medio del cual se reconoce y ordena el pago de la una reliquidación pensional al señor BERNARDINO RUBIO RIAÑOS, con efectos fiscales a partir del 22 de mayo de 2013 (fl. 10-12)
2. Copia de la Resolución No. 0640 del 17 de junio de 2005, por medio de la cual se ordena reajustar el valor inicial de la pensión jubilación del señor BERNARDINO RUBIO RIAÑOS. (fl. 13-14)
3. Copia de la Resolución No. 1821 del 20 de octubre de 2003, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión jubilación al señor BERNARDINO RUBIO RIAÑOS (fl. 15 a 16)
4. Copia del certificado de salarios expedido por la Secretaría de Educación de Tunja, del 01 de enero de 2012 al 22 de mayo de 2013 (fl. 17)
5. Copia del expediente administrativo del señor BERNARDINO RUBIO RIAÑOS, respecto del reconocimiento de la pensión jubilación a la fecha de status (fl. 92 a 109)
6. Copia del expediente completo de reconocimiento y reliquidación de pensión del señor BERNARDINO RUBIO RIAÑOS (fl. 122 a 219)



VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial (f. 72 a75), se fijó el problema jurídico a resolver así:

Corresponde al Despacho definir la **Resolución No. 0735 del 01 de octubre de 2013**, se encuentra parcialmente viciada de nulidad y en caso afirmativo establecer si la reliquidación pensión de jubilación por retiro definitivo reconocida al señor BERNARDINO RUBIO RIAÑOS, debe ser reliquidada para incluir en su ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicios, que le fueron reconocidos como son: asignación básica, Prima de Alimentación y Prima de vacaciones, y si a esos factores debe adicionarse la Prima de Navidad, en aplicación de las sentencias de unificación del CONSEJO DE ESTADO?

2. TESIS

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda, su contestación y las alegaciones finales, el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:

- **Tesis argumentativa propuesta por la parte demandante:**

Señala que a la parte demandante se le debe reliquidar su pensión jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, dando así aplicación a la Ley 91 de 1989, Art. 15, numeral 2º, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se posesionaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007. En consecuencia solicita se declare la nulidad parcial del acto administrativo demandado y se ordene al FNPSM reliquidar la pensión jubilación con los factores salariales de asignación básica, prima de vacaciones, prima de alimentación y prima de navidad.

- **Tesis argumentativa propuesta por la demandada:**

Considera que la pensión del demandante debe liquidarse con el promedio de los factores devengados durante el último año de servicios sobre los cuales se haya hecho aportes para pensión de jubilación, en aplicación de las leyes 33 de 1985 y 62 de 1985. Así mismo que la sentencia de unificación del Consejo de estado del año 2010, no debe aplicarse, a contrario sensu señala que la Corte Constitucional en la sentencia C-258/13, fijó un criterio al respecto, razón por la cual solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

- **Tesis argumentativa propuesta por el Ministerio Público:**

Considera que para el caso del demandante, se debe aplicar la ley 812 de 2003, toda vez que el demandante se vinculó con antelación a la entrada en vigencia de esta Ley, y por tanto le deben ser aplicables las leyes 33 y 62 de 1985, así mismo, que NO es aplicable las Sentencias C-258 de 2013, ni las Sentencia de Unificación de la



Corte Constitucional SU-230 de 2015 y SU – 395 de 2017, así se debe declarar la nulidad parcial del acto demandado, en tanto dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, al principio de favorabilidad y a las sentencias de unificación del Consejo de Estado del año 2010 interpretadas en armonía con las sentencias de unificación IJ 4693-2013 de 2016, se concluye que la pensión del demandante se debe reliquidar incluyendo no solo la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, sino la doceava parte de la prima de navidad que devengó en el último año de servicios, realizando los descuentos de ley.

• **Tesis argumentativa propuesta por el 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, 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 parcial** del acto demandado y para efectos de la reliquidación de la pensión se deben tener en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, es decir en el periodo comprendido entre el 23 de mayo de 2012 y el 22 de mayo de 2013, incluyéndose a más de la **asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, reconocidos en el acto administrativo demandado como factor salarial la prima de navidad (1/12); con efectividad a partir del 22 de mayo de 2013.**

Así mismo se condenará a la demandada a pagar a favor del demandante, las diferencias causadas en todas las mesadas pensionales. No se declarar probada la excepción de prescripción.

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 posición asumida por el Tribunal Administrativo de Boyacá esto es, se hará 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.

V. CONSIDERACIONES:

Para resolver el problema jurídico, el Despacho procederá:

- i) Del régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de pensión jubilación de los docentes.
- ii) Del Régimen pensional previsto en la Ley 33 de 1985
- iii) Caso Concreto

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 Leyes 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 entendido el Consejo de Estado quien en sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; señaló:

“En materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.”

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).

Lo cual se les garantizó a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, en similares términos, por lo que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial antes o después de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es del 27 de junio. Por tanto, aquellos que ingresaron con anterioridad, les son aplicables las normas que con antelación rigen la materia.

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. 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*.

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. Así lo señaló la máxima Corporación:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, 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.

“Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978”. (Negrilla por el despacho)



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 a la prestación del servicio y no constituyen sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador.

3. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso sub-examine, se advierte que la demanda presentada por la parte accionante está encaminada a obtener la nulidad parcial de la **Resolución No. 0735 del 01 de octubre de 2013**, "*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una reliquidación pensional*", expedida por la Secretaría de Educación de Tunja, en nombre y representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Para el efecto, manifiesta que el acto acusado viola la Constitución y la Ley, pues a su juicio no se incluyeron dentro de la base de liquidación pensional la totalidad de los factores salariales devengados en el año de servicios.

De lo probado en el expediente se pudo establecer:

- Que el señor **BERNARDINO RUBIO RIAÑOS**, ha laborado como docente desde el 17 de julio de 1981 al 22 de mayo de 2013, como se desprende del contenido del acto acusado (fl. 10).
- Que mediante **Resolución No. 00735 del 01 de octubre de 2013**, le fue reconocida una RELIQUIDACION a la pensión de jubilación (fls. 10 y ss) por retiro definitivo del servicio que



se consolidó el 22 de mayo de 2013, de conformidad con el Decreto 00191 del 10 de mayo de 2013, decreto que acepto la renuncia del docente, en consecuencia se determinó como último año de servicios el período comprendido entre el 23 de mayo de 2012 al 22 de mayo de 2013, y liquidó la prestación sobre el 75% de lo devengado en ese lapso y tomó en cuenta: *la asignación básica, Prima de alimentación y prima de vacaciones.*

- Que durante el último año de servicios comprendido entre el 23 de mayo de 2012 al 22 de mayo de 2013, el accionante según certificado aportado a folio 17 devengó los siguientes factores:

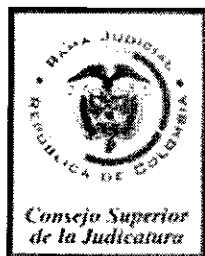
- *Asignación básica*
- *Prima de Alimentación*
- *Prima de vacaciones*
- *Prima de navidad*

Así las cosas, lo primero que se debe decir, es que el señor BERNARDINO RUBIO RIAÑOS, nació el 22 de mayo de 1948 (fl. 100), y adquirió el status de jubilado el día 23 de mayo de 2003, siendo reconocida su pensión mediante Resolución No. 001821 del 20 de octubre de 2003 (fl. 105 y ss), posteriormente mediante Decreto 00191 del 10 de mayo de 2013, la Secretaría de Educación de Tunja acepto la renuncia presentada por el licenciado BERNARDINO RUBIO RIAÑOS, fecha para la cual tenía cumplidos 65 años de edad y laborados 31 años de servicio, pues su ingreso al servicio se efectuó desde el 17 de julio de 1981.

En segundo lugar, revisado el contenido del acto administrativo demandado se observa que para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor se incluyeron únicamente como factores salariales la asignación básica, la Prima de Alimentación y prima de vacaciones *sin tener en cuenta como factor la Prima de navidad* que también fue devengado durante el último año de servicio.

En lo referente a la **prima de navidad**, en sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, se señaló que dicho concepto debe ser **tenido como factor de liquidación**. En consecuencia, debe ser incluido en la base de liquidación pensional del demandante.

Ahora, como la Ley 100 de 1993, vigente para el momento en que el actor adquirió el status pensional, **expresamente excluyó de su aplicación entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, la normatividad que rige su pensión de jubilación es la consagrada en **las Leyes 33 y 62 de 1985**, empero, corresponde al Despacho realizar un estudio acerca de los factores salariales devengados durante el último año de



Nullidad y Restablecimiento del Derecho
 Rad: 150013333014 2016-00021 00
 SENTENCIA

prestación de servicios, a fin de determinar cuáles se deben incluir en la liquidación de la pensión de jubilación, pues a ello se encaminaron las pretensiones de la demanda.

En ese sentido precisa el despacho que no es posible hacer referencia a las sentencias C-258/2013, SU 230 de 2015 y SU 395 de 2017, emitidas por la Corte Constitucional, y relacionadas con la liquidación de las mesadas pensionales, por cuanto dichas providencias se refieren a los pensionados que adquirieron su derecho y fueron cobijados por el régimen de transición de la ley 100 de 1993; en consecuencia y como el demandante, laboró al servicio de la docencia y está afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no es posible en su caso, darle aplicación a las interpretaciones de la sentencia de la Corte Constitucional, pues si bien a los docentes le son aplicables la ley 33 y 62 de 1985, ello no es por aplicación del régimen de transición de la ley 100 de 1993, si no precisamente por cuanto el art. 279 de la Ley 100 de 1993 excluye de su aplicación a los Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 DR. 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 de 25 de febrero de 2016 dentro del proceso No. 25000234200020130154101 (46832013)**, Consejero Ponente: doctor: GERARDO ARENAS MONSALVE, en la que reiteró su posición unánime respecto al 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 4ª de 1992, enfatizando en que no resulta acorde con los principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que pretende introducir la Corte Constitucional, y que hemos dicho que para este caso, merece simplemente la acotación pero no el trasfondo, por lo que el despacho acoge lo expuesto por la señora procuradora.

Posición reiterada recientemente por el Consejo de Estado, en sentencia de tutela de fecha **01 de marzo de 2018**, dentro del proceso con radicado No. 110010315 000 2018 - 00119 00, Consejera Ponente Dra. ROCÍO ARAÚJO ONATE, providencia en la que se reitero:

“Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el problema jurídico planteado en la presente providencia, la Sala advierte que por tratarse en el caso concreto de un docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, le es aplicable un régimen especial, a saber, la ley 91 de 1989, la cual a su vez remite a la ley 33 de 1985, en lo que concierne al reconocimiento de la pensión de jubilación.



En ese orden de ideas, en este caso no resulta procedente aplicar las reglas y subreglas fijadas por la Corte Constitucional sobre el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 (C-258 de 2013, SU – 230 de 2015, SU – 427 de 2016 y SU – 395 de 2017), toda vez que dicha ley no le es aplicable a los docentes en virtud de las excepciones consagradas en su artículo 279.

En ese sentido, la Sala considera relevante resaltar que es por virtud de la ley 91 de 1989 y no de la ley 100 de 1993 que al tutelante, en calidad de docente, se le aplica la ley 33 de 1985.

Por su parte el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de segunda instancia proferida el 06 de marzo de 2018, dentro del expediente con radicado No. 150013333007 2015 00113 01, M.P. Dr. José Ascención Fernández Osorio, indicó:

“Sobre este punto es necesario aclarar que si bien la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá recientemente acogió la posición de la Corte Constitucional contenida en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017 a propósito de la interpretación del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y, de contera, concluyó que el IBL prestacional en esos eventos no corresponde al del régimen anterior, lo cierto es que en este caso se da aplicación a la tesis del Consejo de Estado en razón a que, por disposición legal (arts. 279 L 100/1993 y 81 L 812/2003) los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003 están expresamente del sistema pensional creado en la aludida ley 100 de 1993 y, en consecuencia, son beneficiarios de la ley 33 de 1985 no en virtud del régimen de transición allí creado sino por remisión directa.”

En consecuencia, es dable afirmar que el acto enjuiciado, se encuentra viciado de ilegalidad, como quiera que no incluyó en la base de liquidación de la pensión la totalidad de lo devengado por la parte actora, siendo procedente declarar su nulidad, advirtiendo el Despacho que se debe declarar en forma **parcial**, comoquiera que la resolución demandada liquida la base únicamente en la **asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones**, luego la discusión se centra en que la liquidación debe hacerse incluyendo todos los demás factores devengados; así pues al revisar el acto demandado se advierte lo siguiente:

ASIGNACION BASICA	2.581.430
Prima de Alimentación.....	416
Prima de Vacaciones.....	106.138

Se evidencia entonces, que se incluyó el total de la asignación básica así como de la prima de alimentación, y la doceava parte de la prima de vacaciones.



Ahora debe advertir el despacho en cuanto a la **prima de navidad**, el Tribunal Administrativo de Boyacá, ha sostenido de manera reiterada que los factores salariales devengados por anualidades, en este caso, la prima de navidad y la prima de vacaciones, su inclusión como base para la liquidación de la pensión, deberá realizarse sobre una doceava parte de los mismos.

El Juzgado encuentra que en el *sub-judice* para efectos de la reliquidación de la pensión de jubilación, se deben tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, entre el 23 de mayo de 2012 al 22 de mayo de 2013, y para el caso se debe incluir a **más de la** asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, el factor salarial de la **prima de navidad (1/12)**, con efectividad a partir del 22 de mayo de 2013.

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 aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando por la que correspondía devengar al 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**

Ahora bien, el apoderado de la entidad demandada propuso la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas en los últimos tres años, de conformidad con el artículo 102 del decreto 1848 de 1969.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, no cabe duda que el derecho pensional no prescribe aunque tal fenómeno si afecte a las mesadas causadas. No obstante, aclara el Despacho que la prescripción opera tres (3) años antes de la fecha de la petición.



Descendiendo al caso bajo estudio se encuentra acreditado que en fecha 05 de julio de 2013, el demandante presenta solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación por retiro definitivo (fl. 10), luego en fecha 01 de marzo de 2016, presenta la demanda (fl. 9 vto), así se advierte que no han transcurrido tres años, entre la petición y la demanda, luego en el caso no se presenta la prescripción de mesadas.

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

El Juzgado no desconoce 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

Por lo en ellas consignado, el Juzgado señalará que los **aportes para pensión** se hará 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**, el demandante, está obligada al pago del aporte a su cargo, atendiendo para ello el porcentaje establecido en **la ley vigente para cuando se efectuó el pago**. En el caso del demandante - entonces empleado - en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de adulto mayor con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Ahora, los últimos 5 años de trabajo antes de adquirir su estatus de pensionada, ocurrieron entre el **22 de mayo de 2008 al 22 de mayo de 2013**, período para el cual, en materia de aportes para pensión se deben aplicar los de ley.

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

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, el Despacho impone condenar en costas a la parte vencida, esto es la parte demandada NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y acogiendo la reciente sentencia del Consejo



de Estado de fecha 7 de abril de 2016, NI 1291-2014, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas, conforme a lo siguiente:

“...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” -CCAA a uno “objetivo valorativo” -CPACA-.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho la hará el despacho de primera o única instancia tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”

De acuerdo a lo anterior, la condena se liquidará por la Secretaría de éste Despacho y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 y ss del C.G.P.

Tomando en consideración el artículo en comento, el juzgado fija las agencias en derecho que se hayan causado dentro del presente asunto, de conformidad al Acuerdo No. PSA16-



10554 del Consejo Superior de la Judicatura, de fecha 5 de agosto de 2016, acto administrativo que en su artículo 5º, numeral 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL, fija como tarifa por la cuantía, cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, de menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. En ese sentido, se fija como agencias en derecho el 4% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de la demanda fue de \$7.400.016 según consta a folio 8, en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada, y que corresponde a la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE (\$296.000), a favor de la parte demandante.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce 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 propuesta por la entidad demandada, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la NULIDAD PARCIAL de la *Resolución No. 00735 del 01 de octubre de 2013, "POR LA CUAL SE RECONOCE Y ORDENA EL PAGO DE UNA RELIQUIDACION A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN"*, expedida por la Secretaría de Educación de Tunja, en nombre y representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, **reliquidar y pagar** la pensión de jubilación reconocida al señor **BERNARDINO RUBIO RIAÑOS**, a partir del **22 de mayo de 2013**, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, comprendido entre **23 de mayo de 2012 al 22 de mayo de 2013**, incluyendo a más de la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones (1/12), el factor salarial de la **prima de navidad (1/12)**, con efectividad a partir del **22 de mayo de 2013**, de acuerdo con los parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes anuales de Ley.

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



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 150013333014 2016-00021 00
SENTENCIA

CUARTO: 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.

QUINTO: La NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO deberá realizar los descuentos que no se hubieran efectuado al Sistema General en Pensiones, durante los últimos cinco (5) años de trabajo antes del retiro definitivo, ocurrieron entre el 22 de mayo de 2008 al 22 de mayo de 2013. Las sumas resultantes serán indexadas conforme al IPC. El monto máximo no podrá superar el valor de la condena a favor del demandante.

SEXTO: Condenar en costas a la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SÉPTIMO: FIJAR como agencias en derecho la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS M/CTE (\$296.000), que corresponde al 4% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de demanda a cargo de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

OCTAVO: En firme esta providencia, por secretaria remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del CPACA.

NOVENO: 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.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JAVIER HUMBERTO PERÉRRERA JÁUREGUI

JUEZ

<p>JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p>El fallo anterior se notifico por Escribo N° 34 de HOY a las 8:00 A.M.</p> <p>170 AGO 2018</p> <p>SECRETARIA</p>
