



*Tribunal Administrativo de Boyacá*  
*Sala de Decisión No. 3*  
*Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz*

Tunja, **10** FEB 2017

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **GLORIA ELSY LEAL PARDO**  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio  
Expediente: 15001 3333 005 **2015 00169 01**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el 17 de mayo de 2016, tal como se evidencia en el video obrante a folio 157 del cuaderno 2, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda ordenando reliquidar la pensión de jubilación de **Gloria Elsy Leal Pardo**.

#### **I. ANTECEDENTES**

**1.1. Demanda.** (fls. 2 a 24 c1). En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **Gloria Elsy Leal Pardo**, a través de apoderado judicial, pidió a la justicia administrativa declarar la nulidad parcial de las Resoluciones No. 0138 de 1 de junio de 2006 (fls. 25 a 29 c1), mediante la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión de jubilación y la No. 00665 de 24 de abril de 2015 (fls. 30 a 32 c1), mediante la cual se reliquida la prestación, expedidas por el Secretario de Educación de Boyacá en representación de la Nación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ajuste, reliquide y pague la pensión de jubilación, con inclusión de los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional, así: asignación básica, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad de acuerdo con el "certificado de salarios de fecha 301 (sic) de enero del año 2015"; que se reconozca y pague el retroactivo de las mesadas pensionales por las **diferencias** obtenidas entre el valor de la pensión

reconocida y la que resulte de la reliquidación solicitada desde la fecha en que adquirió el derecho prestacional; que se actualice el valor dejado de pagar conforme el artículo 187 del CPACA; que se reconozca y pague los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011; que se condene en costas.

Como hechos relevantes señaló que (fls. 4 a 5):

- Nació el 24 de diciembre de 1949.
- Ingresó al servicio docente con vinculación nacional, el 12 de diciembre de 1977 hasta el 14 de diciembre 2004, fecha en la que adquirió el estatus pensional.
- Laboró 24 años, 0 meses y 13 días al servicio del Magisterio.
- El 1º de marzo de 2005 presentó solicitud para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.
- Mediante Resolución No. 0138 de 01 de junio de 2006 se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación, con la inclusión en la base de liquidación como factor **únicamente** la asignación básica, excluyendo los demás factores salariales devengados.
- Solicitó la reliquidación de la pensión el 18 de febrero de 2015 radicada bajo el número 2015PENS-001971, petición resuelta mediante Resolución No. 0665 de 24 de abril de 2015, incluyendo la asignación básica, **únicamente**.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 146 a 157 c.2)

El Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja dictó sentencia de primera instancia el 17 de mayo de 2016 y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Contrajo el problema jurídico a establecer si la parte demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales, devengados durante el último año de servicios.

Dijo que los docentes no cuentan con un régimen especial de pensiones, por lo tanto se les aplica el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, es decir que el régimen aplicable a la demandante es el de la Ley 33 de 1985.

Sostuvo que el Consejo de Estado en Sentencia de 21 de mayo de 2005, realizó un estudio sobre la normatividad que ha regido el sector oficial docente, en el que se concluyó que a los docentes les es aplicable la Ley 33 de 1985 y que la Ley 812 de 2003 únicamente se aplica a los docentes que se hayan vinculado a partir de la entrada en vigencia de esta última.

En materia de los factores a tener en cuenta en casos como el presente, trajo como fundamento en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sala Plena de la Sección Segunda de Consejo de Estado conforme a la cual los factores establecidos en la Ley 33 de 1985 son enunciativos y por ello deben incluirse todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio; que deben hacerse los descuentos legales.

Luego de examinar el material probatorio en cuanto se refiere a fecha de ingreso al servicio y edad, dijo que la situación pensional de la actora no se afecta por la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y, además, en tanto se encontraba afiliada al FNPSM<sup>1</sup> no se rige por la Ley 100 de 1993, por expresa disposición del artículo 279. Concluyó así que el régimen pensional de la demandante es el contenido en la Ley 33 de 1985.

Procedió luego a determinar los factores salariales a tener en cuenta dentro de la liquidación pensional de la demandante; para lo cual señaló que conforme al artículo 1º de la Ley 33 de 1985 “la pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”; precisó la fecha de adquisición del derecho pensional, la fecha a partir de la cual se le aceptó la renuncia a la demandante y los factores certificados como devengados desde el mes de enero de 2013 hasta el mes de diciembre de 2014; examinó el carácter salarial de los factores salariales certificados.

Concluyó que la pensión de jubilación de la demandante debe reliquidarse en monto equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de prestación de servicios, esto es del 25 de diciembre de 2013 al 24 de diciembre de 2014 a saber: **la asignación básica, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad.**

---

<sup>1</sup> Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **GLORIA ELSY LEAL PARDO**  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FNPSM  
Expediente: 15001 3333 005 2015 00169 01

Finalmente señaló que, la excepción de prescripción propuesta por la demandada no prospera, toda vez que la Resolución No. 0665 de 24 de abril de 2015 fue notificada a la demandante el 30 de abril de 2015, y la demanda fue radicada el 5 de octubre de 2015.

Por lo anterior, declaró la nulidad parcial de los actos administrativos demandados, ordenó la reliquidación de la pensión de la demandante con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios, que se hicieran los descuentos de aportes, y se condenó en costas a la demandada.

### **III. RECURSO DE APELACION.**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el Ministerio Público y el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, parte demandada, apelaron la sentencia con fundamento en lo siguiente:

#### **3.1. Ministerio Público. (Minuto: 42:38 – CD. Audiencia Inicial).**

Una vez proferida la sentencia de primera instancia el delegado del Ministerio Público con fundamento en las facultades señaladas en el numeral 7º del artículo 277 de la Constitución Política, el Decreto 262 de 2000 y el inciso 1º del artículo 303 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo interpuso recurso de apelación contra de la sentencia, bajo los siguientes argumentos:

Sostuvo que “se está vulnerando el patrimonio público, ya que se debe ordenar la prescripción de las mesadas a partir del 18 de febrero del año 2012” (sic), toda vez que el apoderado de la parte actora dentro del libelo de la demanda en el acápite de declaraciones y condenas señaló que se presenta el fenómeno de la prescripción a partir de dicha fecha, pues se interrumpió la prescripción con la solicitud No. 2015PENS001971 de 18 de febrero de 2015.

### **3.2. Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 158 a 163 c2).**

*Manifestó que el fallo no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, como quiera que se ordena el reconocimiento de factores salariales que la normatividad no autoriza; que de conformidad con la Ley 91 de 1989 una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad, circunstancia que también prevé el Decreto 3752 de 2003, en consecuencia, el derecho a la pensión se consolida cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad. Agregó, que mientras exista la expectativa no hay derecho cierto y por lo tanto el reconocimiento está sujeto a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico.*

*Que el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, señala que la base para liquidar las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo de Prestaciones Sociales, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual el docente realiza aportes; que esta norma modificó el ingreso base de liquidación para aportes a las pensiones; que el Fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones, causadas con posterioridad a la mencionada norma, factores diferentes a los previstos para cotización.*

## **IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

*Corrido el traslado para alegar de conclusión, la parte demandada guardó silencio.*

### **4.1 Alegatos de conclusión parte demandante (fls. 192 y 193)**

*El apoderado del demandante ratificó los alegatos presentados en la primera instancia; señaló que no está de acuerdo con las afirmaciones de la apelación puesto que en caso de que no se hayan incluido factores salariales en el reconocimiento pensional, éstos se pueden pedir en la solicitud de reliquidación y si, sobre ellos no se efectuaron aportes, al momento de reliquidar la prestación la demandada pueden realizarse tales aportes; precisó que a la demandante le son aplicables la leyes 33 y 62 de 1985, y por ello*

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **GLORIA ELSY LEAL PARDO**  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FNPSM  
Expediente: 15001 3333 005 2015 00169 01

debe dársele aplicación conforme lo estableció el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010.

Por último solicitó confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

### **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La señora Procuradora 121 Delegada ante este Tribunal en su concepto de fondo (fls. 194 a 203 c.2), opina que la sentencia apelada debe ser modificada, bajo los siguientes términos:

Luego de hacer mención al trámite procesal y relacionar las normas aplicables en el presente asunto, precisó 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 al servicio, es decir, si el ingreso al servicio es anterior a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable es el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento; y si la vinculación ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el regulado por la Ley 100 de 1993.

Dijo, “los docentes a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones sino del derecho pensional del régimen general, de modo que hay que remitirse a la Ley 33 de 1985, pues las normas de su especialidad no fijan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general de pensiones” (fl. 200 vto.)

Descendiendo al caso concreto, señaló que se probó que la demandante ostentó la calidad de docente de vinculación nacional y prestó sus servicios desde el doce (12) de diciembre de 1977 al veinticuatro (24) de diciembre de 2014, es decir con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo tanto el régimen pensional aplicable es el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, de manera que no hay duda que en materia de pensión de

jubilación a la a la señora Gloria Elsy Leal Pardo le es aplicable la Ley 33 de 1985.

Frente a los factores base para la liquidación pensional, hizo referencia a la sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, para concluir que deben ser tenidos en cuenta todos los factores salariales que recibe el trabajador de manera habitual y periódica, incluyendo la prima de navidad y prima de vacaciones, que a pesar de tener la naturaleza de prestaciones sociales, tienen connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías.

En cuanto a la prescripción, preciso que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres años de la fecha de la solicitud relevante, como en este caso, la solicitud fue elevada el 18 de febrero de 2015, es decir que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 18 de febrero de 2012.

Por lo expuesto, consideró que la sentencia de primera instancia debe ser modificada para que, se declare probada la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de la Entidad demandada, se ordene a la demandada efectuar los descuentos de los aportes al Sistema General de Pensiones durante los últimos 5 años de su vida laboral, y se revoque la condena en costas en atención a que prospero la excepción de prescripción.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

### **6.1. DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 812 DE 2003 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 3752 de 2003.**

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispuso:

*“Régimen prestacional de los docentes oficiales. 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. (...)" Resaltado fuera de texto.*

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó, entre otros, los "...artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones..." La Ley 1151 de 2007 derogó el artículo 3º de la norma.

El Consejo de Estado, en concepto emitido el 10 de septiembre de 2009 por la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857), concluyó que las previsiones de la Ley 812 de 2003 se aplican únicamente a los docentes vinculados con posterioridad a su expedición y que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes de esta ley se rige por normas anteriores, específicamente señaló:

*"3. ¿Cuál es el régimen pensional de los maestros vinculados al servicio público educativo antes del 27 de junio de 2003, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cuál el de los vinculados entre esta fecha y el 31 de julio de 2010, y cuál el de aquellos que lo hagan con posterioridad al 31 de julio de 2010?"*

*En la actualidad hay dos situaciones:*

- *La de los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es la establecida en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha, sin que termine el 31 de Julio de 2010.*
- *La de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres, sin que termine el 31 de Julio de 2010." Resaltado 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 entonces no es de recibo el fundamento de apelación de la demandada cuando expresa que la nueva norma se aplica a los docentes que consolidaron el derecho a partir de su vigencia.

## **6.2. OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE UNIFICACION – PRECEDENTE.**

Cabe advertir que la Ley 1437 de 2011, tiene como una de sus finalidades fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar **procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.**

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Nacional, se consolidó la función de **unificación jurisprudencial del Consejo de Estado** a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos. El artículo 270 del CPACA preceptúa:

*“Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.” (Negrilla fuera de texto)*

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación previó:

*“Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación*

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **GLORIA ELSY LEAL PARDO**  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FNPSM  
Expediente: 15001 3333 005 2015 00169 01

***jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas***<sup>2</sup> -Resaltado fuera de texto.-

La Corte Constitucional en sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011 al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:

*“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.”* (Negrilla fuera de texto)

Postura sostenida de tiempo atrás cuando la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dijo sobre la función de unificación del Consejo de Estado:

*“A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.”* (Negrilla fuera de texto)

Reiterada en la Sentencia C-539 de 2011:

*“5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de*

<sup>2</sup> Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634 de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) **las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.**

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

(...)

**5.2.5 De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. En este sentido ha dicho la Corte:**

**“Lo señalado acerca de los jueces se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.”** <sup>221</sup> (Resalta la Sala)

(...)

**En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial...”** (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que la función unificadora del Consejo de Estado que nace de la Constitución de 1991, se concreta con la Ley 1437 de 2011, de manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades

administrativas está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los altos Tribunales.

### **6.3. DE LOS FACTORES SALARIALES EN EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 Y LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO:**

En este caso no se discute que el régimen pensional que se aplica al actor es el previsto en la Ley 33 de 1985 por cuanto el personal docente fue excluido de la aplicación de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, tampoco está en controversia si se cumplieron las condiciones para quedar inmerso en su régimen de transición previsto en el artículo 36.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, expediente con Radicación No. 25000-2325-000-2006-7509-01, luego de examinar las distintas posiciones jurisprudenciales sostenidas por esa Corporación, se detuvo en señalar la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación, el principio de progresividad que debe orientar las decisiones en materia de prestaciones sociales y el principio de favorabilidad que debe atenderse en la interpretación de la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, concluyó que:

*“...en consonancia con la normatividad vigente y las directrices trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, sólo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado.*

*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 efecto de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*

*No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como se expuso en las consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir en el momento de efectuar el reconocimiento pensional.” Resaltado fuera de texto.*

La Sala adopta el criterio jurisprudencial de Sala de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado por constituir precedente de obligatorio cumplimiento.

Sobre la **obligatoriedad del precedente vertical** ha precisado la Corte Constitucional que los jueces deben seguir el proferido por el superior funcional de **su respectiva jurisdicción**. Preciso así en la Sentencia T-446 de 2013 con ponencia del Magistrado Doctor Luis Ernesto Vargas Silva:

*“...4.9 Específicamente respecto al precedente vertical, la Corte ha señalado que las autoridades judiciales que se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para hacerlo, incurren necesariamente en violación del derecho a la igualdad, susceptible de protección a través de la acción de tutela.”<sup>3</sup>*

(...)

*En esta perspectiva ha concluido la Corte que ningún juez debería fallar un caso sin determinar cuáles son las disposiciones de ley aplicables para solucionarlo y sin determinar si él mismo o el tribunal del cual hace parte (en el caso de las salas de un mismo tribunal) ha establecido una regla en relación con casos similares, o si existen reglas interpretativas fijadas por autoridades judiciales de superior jerarquía, o por órganos tales como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ubicados en la cúspide de las respectivas jurisdicciones y dotados de competencias destinadas a unificar la jurisprudencia.”<sup>4</sup>*

*En consecuencia, cuando las altas corporaciones se han pronunciado sobre un asunto particular, el juez debe aplicar la subregla sentada por ellas. En estos casos, la autonomía judicial se restringe a los criterios unificadores de dichos jueces colegiados.”<sup>5</sup> En caso de que el cambio de postura no se justifique expresamente, la consecuencia no puede ser otra que la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.”<sup>6</sup>*

<sup>3</sup> Sentencia T-698 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>4</sup> Sentencia T-934 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>5</sup> Sentencia T-794 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>6</sup> Sentencia T-112 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

*4.11 En síntesis, la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues las autoridades judiciales deben procurar respeto al derecho fundamental a la igualdad y a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe. La observancia del derecho a la igualdad en el ámbito judicial implica que los jueces deben resolver los casos nuevos de la misma manera en que han resuelto los casos anteriores...”*

Ahora, cuando la administración profiere actos administrativos en abierto desconocimiento de la unificación jurisprudencial contraría los principios de economía, eficiencia, eficacia, igualdad y responsabilidad administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Nacional, el artículo 3 CPACA y podría incluso configurar una falta disciplinaria de conformidad con el artículo con el artículo 31 del CPACA<sup>7</sup>, en tanto que se vulnera el deber de los servidores públicos de cumplir con diligencia y eficiencia el servicio encomendado<sup>8</sup>; así como generar un detrimento injustificado al erario público del cual deriven responsabilidades fiscales. Cabe resaltar cómo la Procuraduría General de la Nación expidió la Circular 054 de 3 de noviembre de 2010 en la que “CONMINA a las entidades encargadas del reconocimiento de las pensiones del régimen de prima media, sobre la necesidad de cumplir la normativa en materia pensional, respetar los derechos adquiridos, aplicar el régimen de transición en su integridad que le asista al peticionario y **cumplir los precedentes jurisprudenciales.**” (Negrilla fuera de texto)

#### **6.4. DE LAS SENTENCIAS C-258 DE 2013 Y SU-230 DE 2015:**

Ahora bien, no pierde de vista la Sala lo expuesto en las sentencias C-258 de 17 de mayo de 2013 y SU-230 de 29 de abril de 2015 proferidas por la Corte

<sup>7</sup> Artículo 31 CPACA. “La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código; constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria.”

<sup>8</sup> “Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 se integrarán a este código.

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

Constitucional en lo que atañe a la base de liquidación de las mesadas pensionales.

Al respecto, es menester precisar que las aludidas sentencias se refieren a aquellos pensionados que adquirieron su derecho a la luz de las previsiones contenidas en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo que hace referencia a la edad, tiempo de servicios, monto y liquidación pensional.

En este sentido, y como quiera que el asunto bajo examen refiere a una pensión de jubilación, la cual le fue reconocida por haber laborado al servicio de la docencia pública, y cuya reliquidación solicitó la demandante ante esta jurisdicción, es dable a la Sala concluir que no es posible aplicar las interpretaciones plasmadas en dichas providencias, pues, si bien a los docentes les son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, ello obedece a la exclusión normativa prevista para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el artículo 279 Ley 100 de 1993, y no por la aplicación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la norma en cita.

#### **6.5. DE LOS DESCUENTOS PARA APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES**

Este Tribunal en sentencia de 19 de febrero de 2016, radicado 15238-3331-703-2014-00096-01, se ocupó de analizar lo relativo al periodo de los descuentos en aportes a pensión, cuando en virtud de la aplicación de la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010, se incluyen en la reliquidación pensional, nuevos factores respecto de los cuales no se ha realizado el correspondiente descuento.

Examinó en tal providencia el **carácter parafiscal** de los aportes a la Seguridad Social<sup>9</sup> y señaló que conforme al Título XVII del E.T. artículo 187 la

<sup>9</sup> C- 711 de 2001 “(...)Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y

**acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años**, criterio sostenido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencias de 26 de marzo de 2009<sup>10</sup> y 2 de diciembre de 2010<sup>11</sup>.

Así las cosas, si bien es cierto que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe, además, como se ha precisado, en ánimo a salvaguardar los derechos de personas de protección constitucional especial, como son los pensionados.

Como corolario de lo expuesto, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo es **durante toda la vida laboral**, no es menos cierto que ésta –la obligación– se extingue por el paso del tiempo y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales.

En suma, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo **durante los últimos cinco (5) años laborados**, por prescripción extintiva de la obligación, criterio que ha adoptado ya en forma reiterada este Tribunal<sup>12</sup>.

Se precisa acá que, a juicio de esta Sala, **en este aspecto la sentencia es constitutiva de la obligación** en tanto, antes que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportes por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985 y, en cualquier caso, si de aquellos a los que estaba obligado en los términos de la mencionada ley,

---

*empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (...)*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco de Bogotá contra el Instituto de Seguros Sociales, en sentencia de 26 de marzo de 2009.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia de la doctora Ligia López Díaz, sentencia de 2 de diciembre de 2010.

<sup>12</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala 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 suscrita magistrada de fecha 8 de marzo de 2016 y radicación número 2013-00212-02, 2013-00027-01, 2013-00200-02 y 2013-00379-02.

*algunos dejaron de efectuarse, tal deber de cobro tenía que ejercerse en los términos de imprescriptibilidad que antes se explicaron.*

*En consecuencia, sólo cuando el demandante – pensionado – pide la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en último año de prestación de servicios y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador **respecto de los factores distintos** a los que se señalaron en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.*

*Por último dirá la Sala que aplicar la prescripción a los aportes parafiscales, resulta equitativo si se tiene en cuenta que a las mesadas pensionales también, de ser procedente, se aplica la prescripción propia de los derechos laborales.*

## **7. CASO CONCRETO.**

### **7.1. De los Antecedentes Administrativos.**

*No puede la Sala dejar de advertir que, aunque en el auto admisorio de la demanda (fls. 96-99 c1) fueron solicitados los antecedentes administrativos de la actuación, ellos no se allegaron con la contestación de la demanda.*

*Sin atender tal carencia el a quo continuó el proceso cuando lo procedente era requerirlos a la entidad en donde reposaran o requerir su envío a la demandada y ordenar la investigación que prevé el inciso 3º del parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA.*

*Contar con los antecedentes de la actuación es la base de la decisión pues es allí donde reposan todos los documentos que dieron lugar a la expedición de los actos demandados. Sin embargo, surtida como se encuentra la primera instancia, la Sala examinará el recurso con los elementos documentales que se aportaron al plenario y que no fueron objeto de tacha ni desconocimiento por las partes, sin perjuicio de oficiar a la entidad para que se adelante la investigación correspondiente.*

## **7.2. De lo probado en el proceso y la solución del caso**

Tal como aparece consignado en el acto de reconocimiento pensional (folios 25 a 29 c1), la demandante laboró como docente desde el **12 de diciembre de 1977**, en consecuencia, se descarta que en su caso deban atenderse las previsiones de la Ley 812 de 2003 y su D.R. 3752 del mismo año; por el contrario, dada su condición de docente, la ley que rige su pensión es la 33 de 1985, incluyendo todos los factores devengados, tal como lo señaló la sentencia de unificación traída a colación anteriormente.

En segundo lugar, el acto de reconocimiento de pensión -Resolución No. **0138 de 21 de junio de 2006** (fls. 25 a 29 c1)-, consignó que el status pensional se consolidó el **24 de diciembre de 2004** y atendió el periodo comprendido entre el **25 de diciembre de 2003 y el 24 de diciembre de 2004**, liquidó la prestación sobre el 75% de lo devengado en ese lapso y tomó en cuenta: **la asignación básica**. En cuantía de \$1.040.126, efectiva a partir del 25 de diciembre de 2004.

De otra parte, mediante petición No. 2015-PENS-001971 de 18 de febrero de 2015 solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, petición que fue atendida mediante acto administrativo contenido en la **Resolución No. 0665 de 24 de abril de 2015** (fls. 30 a 32), en la que se estableció que en atención al Decreto No. 0315 de 4 de diciembre de 2014<sup>13</sup> mediante el cual se aceptó la renuncia a la demandante el año base de liquidación de la actora es el comprendido entre el **"30 de diciembre de 2013 y el 24 de diciembre de 2014"** periodo que corresponde al último año de servicios, se reliquidó la prestación sobre el 75% por ciento de lo devengado en ese lapso y tomó en cuenta: **la asignación básica**. En cuantía de \$2.032.986, efectiva a partir del 24 de diciembre de 2014.

## **7.3 De la interpretación de la demanda y la congruencia de la sentencia**

En este caso, la demanda se contrajo a la nulidad del acto que reconoció la pensión Resolución No. 138 de 1º de junio de 2006, por cuanto, dijo la demandante, únicamente se incluyó la asignación básica; igualmente, pidió

---

<sup>13</sup> Visto a folios 43 y 44 del expediente.

anular la Resolución No. 00665 de 24 de abril de 2015, por la cual se reliquidó la pensión de jubilación, también porque sólo se incluyó la asignación básica.

El a-quo ordenó la liquidación de la pensión tomando como base los factores devengados en el último año de prestación de servicios, comprendido entre el **25 de diciembre de 2013 al 24 de diciembre de 2014**, y reconoció además de la asignación básica los siguientes factores: **prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, sin indicar la fecha a partir de la cual se reconocería y pagaría el derecho**. Sin embargo, anuló los dos actos demandados.

Los docentes, por virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 24 de 1972 tienen la posibilidad de devengar **simultáneamente** salario y pensión, es decir que reconocida la pensión de jubilación ordinaria, pueden continuar en el servicio, lo cual implica que al retirarse del mismo pueden pedir su reliquidación, como en efecto lo hizo la demandante.

De acuerdo con lo anterior, la actora tuvo una base de liquidación pensional que surgió de lo devengado en el año anterior a la consolidación del derecho; y otra que surge de lo devengado en el año anterior al retiro del servicio.

Examinada la demanda, a título de restablecimiento del derecho se pidió:

*“...se declare (...) debe reconocer, liquidar y pagar (...) la Pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al estatus de pensionada (...) los cuales constituyen factor salarial, tal como se prueba con el certificado de salarios de fecha 301 (sic) de enero del año 2015...”*

Sin duda la pretensión carece de claridad pues, de una parte, pidió los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del estatus y, a su vez, solicitó atender lo devengado en el último año de servicios.

A su vez, el numeral 9 de los fundamentos de derecho, señaló: “el salario base para la liquidación de la mesada pensional de mi poderdante (entre los 54 y 55 años de edad) época en que adquirió el estatus de pensionado, fue de DOS MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL SEICIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$2.710.648), sin incluir todos los factores salariales devengados por mi poderdante...” (fl. 5-Negrilla fuera de texto); sin embargo, de acuerdo con el certificado de salarios que obra a folio 33 del expediente, el valor del salario al que alude el demandante, es el devengado como asignación básica en el periodo del

último año de prestación de servicios y no al devengado en la fecha en que adquirió el estatus pensional.

Pero, es claro que la demandante no puede pretender la liquidación de su pensión, inicialmente, reconocida con factores salariales que para entonces **no devengaba**; y que la reliquidación de la pensión **al retirarse definitivamente del servicio**, no puede obedecer a una base salarial anterior a la del último año de servicios.

Una lectura integral de la demanda y el hecho de la pretensión de nulidad tanto del acto de reconocimiento como del acto de reliquidación, no dejan concluir cosa distinta a que pretende la correcta liquidación pensional tanto del reconocimiento inicial como del efectuado mediante la reliquidación que tienen base de liquidación distinta, es decir, para el reconocimiento lo devengado en el año anterior a la consolidación y para la reliquidación lo devengado en el año anterior al retiro. Así entonces, resulta incongruente la sentencia en tanto, se reitera, anula los dos actos demandados pero acude, para los dos casos, a la base pensional del último año de servicios.

En relación con la facultad que tiene el Juez de interpretar la demanda el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente María Nohemí Hernández Pinzón, en sentencia de 20 de enero de 2006, dentro del expediente con radicado número 15001-23-31-000-2004-00453-02(3836), señaló:

*“Es por este motivo que el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se extiende y vincula a la obligación que tiene el juzgador de decidir el fondo del asunto dentro del marco trazado desde el inicio del proceso por los supuestos fácticos, los fundamentos de derecho y las pretensiones de la demanda, frente a los cuales el demandado ha tenido la oportunidad de defenderse en los momentos pertinentes de la instancia. Es lo que se conoce como el principio de congruencia de las sentencias, contemplado en el artículo 170 del C.C.A.*

(...)

*No obstante, sin que signifique el desconocimiento al carácter rogado de esta jurisdicción ni la sustitución o relevo de las cargas impuestas por la ley a las partes, el juez administrativo también está en la obligación de interpretar las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la Constitución (artículos 113, 116 y 228) y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo (artículo 228 de la C.P.), como también es*

*correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la C.P.).*

*Tal poder judicial le permite al juez desentrañar la intención del demandante cuando la falta de técnica jurídica de la demanda dificulta la comprensión de alguno de los presupuestos que orientarán su labor en el proceso. El límite a la interpretación de la demanda por parte del juez en estos eventos está marcado por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tener por demandado lo que no surge del libelo introductorio.<sup>14</sup>*

(...)” Resaltado fuera de texto.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado luego de recordar las funciones de los operadores judiciales en la administración de justicia, enfatizó que el juez debe integrar e interpretar la demanda de forma tal que llegue a impartir justicia, de fondo y sin dilaciones.

*“El juez en el marco de su autonomía funcional y siendo garante del acceso efectivo a la administración de justicia, debe interpretar de manera integral, y como un todo, el escrito de demanda extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción*

*Así, corresponde a la judicatura adentrarse en el estudio de los extremos fácticos que circunscriben la causa petendi y los razonamientos jurídicos de manera armónica con lo pretendido, de modo tal que más que aferrarse a la literalidad de los términos expuestos interesa desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración eso sí, sin desquiciar los ejes basilares de la misma demanda.”<sup>15</sup>*

Bajo el marco anterior se tiene lo siguiente:

Gloria Elsy Leal Pardo adquirió el status pensional el 24 de diciembre de 2004, y durante el año anterior a este, es decir el periodo comprendido entre **el 25 de diciembre de 2003 al 24 de diciembre de 2004** devengó además de la asignación básica, los siguientes factores: **prima de navidad y prima de vacaciones**, según el certificado de salarios expedido por la Secretaria de Educación del Municipio de Tunja, visible a folios 82 a 84; y en el año anterior al retiro definitivo del servicio, según certificado expedido el 30 de enero de

<sup>14</sup> Así lo precisó la Sala Plena de esta Corporación en la mencionada sentencia de 23 de julio de 1996, correspondiente al proceso S-566.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad.: 25000233600020150252901 (57380).

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **GLORIA ELSY LEAL PARDO**  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FNPSM  
Expediente: 15001 3333 005 2015 00169 01

2015 por el Jefe de Recursos Humanos y físicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio visto a folio 33, la demandante devengó **además de la asignación básica: prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios.** Como se precisó, los factores acabados de mencionar y dejados de incluir en los actos administrativos demandados debían ser incluidos en el ingreso base de liquidación de conformidad con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, tanto al momento del reconocimiento como de la reliquidación de la pensión.

Así las cosas, en este caso concreto, al haberse acumulado las pretensiones en la demanda, una será la base pensional al momento de reconocimiento, la del año anterior a la consolidación del derecho; y otra la de la reliquidación por retiro definitivo, es decir, lo devengado en el último año de servicios.

Lo anterior implica la modificación de los numerales 2º y 3º de la sentencia de primera instancia.

#### **7.5 De la prescripción de las mesadas pensionales**

La apoderada de la entidad demandada propuso la excepción de prescripción, a fin de que fuera declarada sobre las mesadas causadas en los últimos tres años; a su vez el delegado del Ministerio Público apeló la sentencia al considerar que debía declararse la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de febrero de 2012.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

*“Artículo 41º.- 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.* (Resaltado fuera de texto).

Es decir, que la prescripción comienza a contarse a partir del momento en que el derecho que se reclama se hace exigible, no obstante el simple reclamo escrito del trabajador ante su empleador, interrumpe este término **por**

**un lapso igual**, esto es, por tres años, luego de los cuales, comenzará a contarse nuevamente el término inicial de tres años contemplado en la norma en cita.

En el caso bajo estudio se tiene que:

- La demandante adquirió el estatus de pensionada el 24 de diciembre de 2004.
- La pensión fue reconocida mediante Resolución No. 138 de 1 de junio de 2006.
- **El 18 de febrero de 2015**, solicitó la reliquidación de la pensión, petición que fue atendida mediante Resolución No. 00665 de 24 de abril de 2015. Agotando con esta la actuación administrativa.
- La demanda fue radicada el **5 de octubre de 2015** (fl. 94).

Si bien el acto de reconocimiento pensional podía demandarse en cualquier tiempo, no es menos cierto que las diferencias pensionales no reclamadas oportunamente, se vieron afectadas por la prescripción.

Entonces, como el término prescriptivo se interrumpió a partir del **18 de febrero de 2015**, es claro que toda diferencia pensional surgida del reconocimiento pensional antes del **18 de febrero de 2012 se encuentran prescritas**, prosperando de esta manera el recurso de apelación presentado por el Ministerio Público e imponiendo declarar probada la excepción de prescripción parcial, tal como se excepcionara por la demandada.

Ahora, el a-quo en la parte motiva de la sentencia (fl. 157 CD – Audiencia Inicial-minuto: 37:00) al pronunciarse sobre la prescripción de las mesadas manifestó negar la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada; no obstante, sobre ello no emitió pronunciamiento alguno en la parte resolutive de la sentencia. En esa medida se adicionará la sentencia para declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada frente a las mesadas causadas con anterioridad al **18 de febrero de 2012**.

**7.6. De la modificación y adición de la sentencia.**

Lo expuesto implica la modificación de los numerales 2º y 3º de la sentencia de primera instancia para precisar la forma como será restablecido el derecho y señalar que las mesadas pensionales causadas entre la consolidación del derecho (24 de diciembre de 2004) y el retiro del servicio (24 de diciembre de 2014), se liquidarán tomando como base los factores devengados en el año anterior al status y las mesadas que se causen con posterioridad al 24 de diciembre de 2014, serán reliquidadas teniendo en cuenta los factores devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

La sentencia se adicionará declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada frente a las diferencias pensionales causadas con anterioridad al **18 de febrero de 2012**.

Ahora a efecto de lograr que la sentencia sea un título ejecutivo es decir que contenga una obligación **clara, expresa** y exigible, se modificará la sentencia para determinar las diferencias que se causaron en cada mesada pensional. Así entonces, la liquidación es la siguiente:

**Liquidación de la pensión con los factores devengados en el año anterior a la consolidación del status pensional.**

MES	ASIGNACION BASICA	PRIMA DE NAVIDAD	PRIMA DE VACACIONES
DICIEMBRE (2003)	\$264.195,20	1.376.017,00	660.488,00
ENERO (2004)	\$1.387.950,00		
FEBRERO	\$1.387.950,00		
MARZO	\$1.387.950,00		
ABRIL	\$1.387.950,00		
MAYO	\$1.387.950,00		
JUNIO	\$1.387.950,00		
JULIO	\$1.387.950,00		
AGOSTO	\$1.387.950,00		
SEPTIEMBRE	\$1.387.950,00		
OCTUBRE	\$1.387.950,00		
NOVIEMBRE	\$1.387.950,00		
DICIEMBRE	\$1.110.360,00	1.446.581,00	701.975,00
<b>TOTAL INGRESO</b>	<b>16.642.005,20</b>	<b>1.411.299,00</b>	<b>681.231,50</b>
<b>PROMEDIO ANUAL</b>	<b>1.386.833,77</b>	<b>117.608,25</b>	<b>56.769,29</b>
<b>IBL</b>	<b>1.561.211</b>		

<b>IBL *75%</b>	<b>1.170.908</b>
<b>Valor Reconocido Resolución 0138 de 01/06/2006 (fl. 25 a 27 vto.)</b>	<b>1.040.126</b>
<b>DIFERENCIA</b>	<b>130.782</b>

La pensión mensual reconocida por la entidad demandada mediante la Resolución No. 0138 de 1 de junio de 2006 fue de \$1.040.126; con la inclusión de los factores devengados en el año anterior a la **adquisición del status** de pensionado el valor mensual de la pensión es de \$1.170.908, es decir, dejaron de pagarse **\$130.782**, valor que debe ser reajustado anualmente conforme al IPC<sup>16</sup>, lo cual reporta las siguientes diferencias mensuales faltantes en la pensión reconocida:

<b>ACTUALIZACIÓN</b>	<b>IPC</b>	<b>DIFERENCIA MENSUAL</b>
2004		130.782,48
2005	5,50%	137.975,52
2006	4,85%	144.667,33
2007	4,48%	151.148,43
2008	5,69%	159.748,77
2009	7,67%	172.001,50
2010	2%	175.441,53
2011	3,17%	181.003,03
2012	3,73%	187.754,44
2013	2,44%	192.335,65
2014	1,94%	196.066,96

Las anteriores diferencias sólo serán canceladas a partir del **18 de febrero de 2012**, en atención a la prescripción.

<sup>16</sup> ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones. Reglamentado por el Decreto Nacional 36 de 2015. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 Demandante: **GLORIA ELSY LEAL PARDO**  
 Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FNPSM  
 Expediente: 15001 3333 005 2015 00169 01

**Reliquidación de la pensión con factores devengados en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.**

MES	ASIGNACION BASICA	PRIMA DE NAVIDAD	PRIMA DE VACACIONES	PRIMA DE SERVICIOS
DICIEMBRE (2013)	\$526.857,00	2.744.255,00	1.317.242,00	
ENERO (2014)	\$2.711.939,00			
FEBRERO	\$2.711.939,00			
MARZO	\$2.711.939,00			
ABRIL	\$2.711.939,00			
MAYO	\$2.711.939,00			
JUNIO	\$2.711.939,00			
JULIO	\$2.711.939,00			
AGOSTO	\$2.711.939,00			
SEPTIEMBRE	\$2.711.939,00			
OCTUBRE	\$2.711.939,00			
NOVIEMBRE	\$2.711.939,00			
DICIEMBRE	\$2.169.551,20	2.908.663,00	1.396.158,00	632.786,00
<b>TOTAL INGRESO</b>	<b>32.527.737,20</b>	<b>2.826.459,00</b>	<b>1.356.700,00</b>	<b>632.786,00</b>
<b>PROMEDIO ANUAL</b>	<b>2.710.644,77</b>	<b>235.538,25</b>	<b>113.058,33</b>	<b>52.732,17</b>
<b>IBL</b>	<b>3.111.974</b>			

<b>IBL *75%</b>	<b>2.333.980</b>
<b>Valor Reconocido Resolución 0665 de 24/04/2015 (fl. 25 a 27 vto.)</b>	<b>2.032.986</b>
<b>DIFERENCIA</b>	<b>300.994</b>

La pensión mensual reconocida por la entidad demandada mediante la Resolución No. 00665 de 24 de abril de 2015 fue de \$2.032.986; con la inclusión de los factores devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio el valor mensual de la pensión es de \$2.333.980, es decir, dejaron de pagarse \$300.994, valor que debe ser reajustado anualmente conforme al IPC, lo cual reporta las siguientes diferencias mensuales faltantes en la pensión reconocida:

ACTUALIZACIÓN	IPC	DIFERENCIA MENSUAL
2014		300.994,14
2015	3,66%	312.010,52
2016	6,77%	333.133,64
2017	5,75%	352.288,82

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 últimos 5 años antes del retiro definitivo del servicio ocurrieron entre el **24 de diciembre de 2009 al 24 diciembre de 2014**. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

#### **7.4. De las costas.**

Conforme al artículo 365 del CGP. "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto..." A su vez, precisa el numeral 3º de esta misma norma que habrá condena en costas en segunda instancia cuando el superior confirme **totalmente** la del inferior. Como en este caso la sentencia será modificada no se condenará en costas a la parte apelante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VIII. FALLA:**

- 1. Adicionar** la sentencia proferida el **17 de mayo de 2016** por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en el proceso iniciado por **GLORIA ELSY LEAL PARDO** contra el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, sobre las **mesadas causadas con anterioridad al 18 de febrero de 2012**
- 2. Confirmar** la sentencia proferida el **17 de mayo de 2016** por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en el

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **GLORIA ELSY LEAL PARDO**  
Demandado: Ministerio de Educación Nacional - FNPSM  
Expediente: 15001 3333 005 2015 00169 01

Las anteriores diferencias serán canceladas a partir de la fecha del retiro definitivo del servicio, es decir el **24 de diciembre de 2014**.

Finalmente, aunque no se modifique el numeral 1º de la sentencia, ha de señalarse que la técnica propia de esta providencia, implica que en caso de ser declarada la nulidad parcial, se debe señalar de **forma exacta** el aparte del acto administrativo que amerita tal declaratoria, para que de esta forma, sea diáfano concluir el efecto de la nulidad parcial y que apartes cobija y cuales conservan validez y legalidad.

En este caso se observa que de forma inadecuada el a-quo si bien declaró la nulidad parcial de los actos demandados, en la parte resolutive, no se expresó el alcance de esa declaración, en efecto, dijo "...Declarar la nulidad parcial de las resoluciones No. 0138 de 01 de junio de 2006 y No. 00665 del 24 de abril de 2015 expedidas por la Secretaría de Educación de Tunja en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reconoció y liquidado la pensión vitalicia de jubilación a la demandante" *negrilla fuera del texto-* (fl. Acta -156 y CD fl. 157 c2), situación que se opone a la técnica antes referida, pues debió expresarse en concreto los aspectos que involucraba la declaración. En este caso la nulidad parcial de los actos administrativos demandados se refiere **al valor de la pensión** reconocida en el numeral 1º de cada acto administrativo, en razón a los **factores atendidos para la liquidación de la pensión**.

Lo expuesto en este aparte, fuerza que este Tribunal exhorte al a-quo para que al proferir la sentencia se adecúe a los parámetros que acá se señalan.

### **7.3. De los descuentos por aportes al empleado.**

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 anteriores al retiro definitivo del servicio**, por prescripción extintiva.

La 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 de la demandante – entonces empleada – en cualquier caso

*Las sumas resultantes de la condena serán indexadas mes a mes conforme al IPC tal como lo ordena el inciso último del artículo 187 del CPACA.*

*Tercero: De la condena el Ministerio de Educación 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 anteriores al retiro definitivo del servicio, comprendido entre 24 de diciembre de 2009 al 24 diciembre de 2014, por prescripción extintiva, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado. El monto máximo no podrá superar el valor de la condena a favor del demandante”*

4. **Sin costas** en esta instancia.
5. Por Secretaría ofíciase a la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que, de considerarlo, inicie las indagaciones disciplinarias para establecer la responsabilidad del funcionario que omitió el deber previsto en el artículo 175 del CPACA consistente en remitir a este proceso los antecedentes administrativos de las Resoluciones No. **0138 de 1 de junio de 2006** y **00665 de 24 de abril de 2015** expedidas por la Secretaría de Educación de Boyacá en nombre y representación del Ministerio de Educación, mediante las cuales se reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación de la señora Gloria Elsy Leal Pardo.
6. Exhortar al Juzgado Quinto Administrativo Oral de Tunja para que en adelante realice las actuaciones procesales tendientes a que al proceso sean allegados por la entidad demandada dentro del término de contestación de la demanda los antecedentes administrativos de los actos demandados, tal como lo prevé el artículo 175 del CPACA.
7. Exhortar al Juez Quinto Administrativo de Tunja para que en la parte resolutive de la sentencia, precise el alcance de la nulidad parcial que se declara y los elementos necesarios para el restablecimiento del derecho, de manera que la sentencia contenga las características propias de un título ejecutivo.

proceso iniciado por **GLORIA ELSY LEAL PARDO** contra el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, excepto en los numerales segundo y tercero que se modifican.

**3. En su lugar se dispone:**

*“Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará las diferencias en la pensión de jubilación reconocida a favor de la señora Gloria Elsy Leal Pardo, identificada con cédula de ciudadanía 41.477.055 de Bogotá, así:*

*- Atendiendo el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, esto es entre 25 de diciembre de 2003 y 24 de diciembre de 2004 con la inclusión de los siguientes factores: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, efectiva a partir del 24 de diciembre de 2004, pero con efectos fiscales a partir del 18 de febrero de 2012 por prescripción, diferencias que deben ser reconocidas hasta el 23 de diciembre de 2014, en cuantía mensual de:*

2012	187.754,44
2013	192.335,65
2014	196.066,96

*- Atendiendo el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior al retiro definitivo del servicio, esto es entre 25 de diciembre de 2013 y 24 de diciembre de 2014 con la inclusión de los siguientes factores: asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios, efectiva a partir del 24 de diciembre de 2014, en cuantía mensual de:*

2014	300.994,14
2015	312.010,52
2016	333.133,64
2017	352.288,82

8. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**

Magistrada



**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Magistrado



**JOSÉ ASCENCIÓN FERNANDEZ OSORIO**

Magistrado

Hoja de firmas

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: GLORIA ELSY LEAL PARDO

Demandado: Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Expediente: 15001 3333 005 2015 00169 01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACA  
NOTIFICACION POR ESTADO  
El auto anterior se notifica por estado  
No 23 de hoy. **13 FEB 2017**  
EL SECRETARIO 

