



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
TUNJA**

Tunja, diecisiete (17) de septiembre dos mil diecinueve (2019)

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA BENILDA SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ
DEMANDADO: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -
FNPSM
RADICACIÓN: 150013333001 2018-00081 00**

I.- MEDIO DE CONTROL

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, mediante apoderado, por la señora ANA BENILDA SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FNPSM¹.

II. SÍNTESIS DEL CASO

A través de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho pretende la demandante se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación reconocida mediante acto administrativo Resolución No. 006746 del 26 de septiembre de 2016, por cuanto no se tuvo en cuenta para el cálculo del ingreso base de liquidación la totalidad de factores salariales del último año de servicios como docente oficial.

III. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

En resumen, se pide en la demanda lo siguiente:

Que se declare nulidad parcial de la Resolución No. 006746 del 26 de septiembre de 2016 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de una PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN”* expedida por la Secretaría de

¹ FIs. 1-3.

Educación del Departamento de Boyacá en nombre y representación de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por no incluir en el cálculo de la mesada pensional la **prima de navidad y prima de servicios**.

A título de restablecimiento, que se ordene a la demandada expedir el acto en donde le reconozca, liquide y pague pensión de jubilación a partir del 15 de junio de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos y primas devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquirir el estatus de pensionada.

Así mismo, se condene al pago de intereses moratorios.

Se condene al pago de la indexación de las sumas reconocidas, el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y al pago de costas y agencias en derecho (fls. 4-6).

2.- Fundamentos Fácticos

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

Que la demandante laboró más de 20 años al servicio de la educación oficial y cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Que en la base de liquidación de su pensión se omitió tener en cuenta las primas de navidad y de servicios y demás factores salariales percibidos en la actividad docente durante el último año de servicios, previo al cumplimiento del estatus de pensionada.

Que la entidad demandada es la llamada a restablecer su derecho (fl. 6).

3.- Normas violadas y concepto de violación.

La apoderada de la demandante indicó como fundamento de sus pretensiones los artículos 15 de la Ley 91 de 1989; 1º de la Ley 33 de 1985; 9º de la ley 71 de 1989; 10º del Decreto 1060 de 1989; Ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

Expresó que en cuanto a la pensión de jubilación de los docentes se le aplica el régimen establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables. Que el acto acusado no se ajusta a derecho porque desconoce lo establecido en el artículo 15 de la Ley citada que remite al Decreto 1045 de 1978, normas que se deben tener en cuenta al momento de realizar su liquidación de pensión y se deben incluir todos los factores devengados en el último año de servicio.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la entidad demandada dentro de la oportunidad legal (fls.149-156), indicó que el acto acusado fue expedido conforme con la normatividad que le resulta aplicable como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y las Leyes 33 y 62 de 1985. En cuanto a estas últimas disposiciones, se indica que son claras en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de aportes a pensión, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985. Por último, sostiene que la interpretación contenida en la sentencia de 4 de agosto de 2010, no cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 271 del CPACA., y por lo tanto no tiene el carácter vinculante que se desprende de toda providencia de unificación.

Refirió que la Ley 91 de 1989 facultó al Ministerio de Educación Nacional para celebrar un contrato de fiducia mercantil cuyo objeto es la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue suscrito con la Fiduciaria La Previsora S.A., quedando en cabeza de aquella su administración y en consecuencia quien responde por los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, dentro de los que se encuentra el pago de las prestaciones sociales de los maestros afiliados.

Propuso como excepciones la *“Vinculación del litisconsorte”*, *“Falta de Legitimidad por Pasiva”* y *“Prescripción”*.

V. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 13 de junio de 2018 ante la Oficina de Servicios para los Juzgados Administrativos de Tunja, correspondiéndole su trámite a este despacho (fl.87).

La demanda fue admitida mediante auto de fecha **dos (16) de agosto de 2018** (fls.96 y 97).

Por auto del **28 de enero de 2019**, se fijó fecha a fin de realizar audiencia inicial, para el día 11 de abril del mismo año (fl. 168).

La audiencia inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas de oficio, y se fijó fecha para la audiencia de pruebas para el día 10 de julio de 2019 (fl. 174-179 y CD visto a folio 180).

Se llevó a cabo audiencia de pruebas el día señalado, durante la cual se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la misma (fls.267, 268 y CD visto a folio 269).

VI. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

1. Excepciones previas (Artículo 180-6 CPACA)

En el asunto sub examine en los folios 175 y 176 (audiencia inicial), se observa que la entidad demandada propuso las excepciones denominadas “*Vinculación del Litisconsorte*”, “*Falta de legitimidad por pasiva*” y “*Prescripción*”.

En cuanto a la primera excepción, el Despacho negó la prosperidad de la excepción planteada, como quiera que de un lado las entidades territoriales si bien elaboran y remiten el proyecto de reconocimiento y la Fiduciaria es la encargada de aprobar el mismo y de manejar los recursos, es el Fondo Nacional de Prestaciones quien tiene la función legal de reconocer y pagar las prestaciones sociales del magisterio y quien, ante una eventual condena tendría que responder.

Como segunda excepción se alegó la “*Falta de Legitimidad por Pasiva*”, sin embargo, el juzgado constató que este argumento se refiere a la falta de legitimación en la causa material, en la medida que lo que señala el apoderado es que a la entidad demandada no se le puede endilgar responsabilidad alguna en los hechos fundamento de las pretensiones que se persiguen en el proceso, y por tal motivo, no era viable declararla hasta tanto no se analizara el fondo del asunto.

Por último, respecto de la “*prescripción*”, el Despacho consideró que esto era una cuestión accesoria y por tanto debería resolverse con la decisión de fondo.

Contra las decisiones adoptadas en esta etapa del proceso no se presentaron recursos (fl. 176).

2. Fijación del litigio (Artículo 180-7 CPACA)

En el presente caso a folio 177 y CD visto a folio 180 en la audiencia inicial, se fijó el litigio respecto al problema jurídico en los siguientes términos:

“(…) determinar si a la señora ANA BENILDA SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de la adquisición del estatus de pensionada.”

De dicha decisión quedaron notificadas las partes en estrados, no se presentaron recursos (fl. 177).

VII. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGACIONES FINALES

7.1. Audiencia de Pruebas.

El 10 de julio de 2019 se surtió la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, con el fin de recaudar las pruebas decretadas en audiencia inicial

7.2. Alegatos de conclusión.

7.2.1. La entidad demandada (fls. 278 y 279) reiteró los argumentos de la contestación e indicó que los actos administrativos están revestidos de presunción de legalidad y debe tenerse en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado SUJ-04 del 25 de abril de 2019.

7.2.2. La parte demandante (fls. 281 a 294) presentó escrito de alegatos de conclusión reiterando las manifestaciones hechas en la demanda, relacionados con la presunta violación de las normas en que debía fundarse.

7.2.3 El agente del Ministerio Público no se pronunció.

VIII. CONSIDERACIONES.

8.1. Cuestión Previa.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019² y que este Despacho ya se ha pronunciado en asuntos que guardan identidad con el presente asunto esta instancia judicial proferirá decisión de fondo sin atender la fecha en que el presente proceso entró para fallo al Despacho.

8.2. Competencia.

De conformidad con el numeral 2 del artículo 155 del CPACA, los jueces administrativos son competentes para conocer en primera instancia de controversias que se susciten con ocasión al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en los que se controviertan actos administrativos, cuando su cuantía no exceda cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019. Radicación Numero 680012333000201500569-01. Consejero Ponente: César Palomino Cortes.

8.3. Problema jurídico

Conforme a los hechos de la demanda y la contestación de la entidad demandada, se trata de determinar si la señora ANA BENILDA SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año anterior a adquirir el estatus de pensionada.

8.4. De las excepciones.

La apoderada de la entidad demandada propuso las excepciones denominadas falta de legitimidad por pasiva y la de prescripción (fls.153-155); el despacho en relación a la falta de legitimidad por pasiva se analizará más adelante con el fondo del asunto de acuerdo a lo probado en el proceso.

Respecto de la denominada **PRESCRIPCIÓN** esta instancia se pronunciará en caso de prosperar las pretensiones de la demanda.

8.5. Análisis Probatorio

Antes de realizar la descripción puntual del material probatorio recaudado en el proceso, es menester recordar algunas reglas que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha elaborado respecto a las formalidades y valoración de los elementos de convicción en los procesos de competencia de esta jurisdicción.

En cuanto a la valoración de los documentos aportados en copia simple, el artículo 246 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

“ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”

En consecuencia, se dará mérito a las documentales aportadas en tal condición, dado que los antecedentes procesales revelan que no existe controversia entre los justiciables respecto a este tópico.

8.6. Relación de los medios de prueba relevantes.

Obran en el expediente los siguientes medios de prueba documentales:

- Mediante Resolución No. 006746 del 26 de septiembre de 2016 (fls.18-20) el FOMAG le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la señora ANA BENILDA SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ en cuantía de \$2.237.495, efectiva a partir del 16 de junio de 2016.
- Certificado de certificado de salarios y devengados de la demandante, expedida el 30 de mayo de 2019 por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, que acredita las sumas devengadas durante el período comprendido entre mayo de 2015 y junio de 2016 (fls. 236 y 237).
- Que los factores tenidos en cuenta como factores salariales para los descuentos de aportes en pensión con destino al Fondo Prestacional del Magisterio fueron el Salario Básico Mensual y la bonificación docente (fl. 235).
- Expediente administrativo de la señora ANA BENILDA SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ (fls. 238-264).

8.7.-MARCO NORMATIVO

8.7.1. Régimen legal para el pago de pensión de jubilación de los docentes.

En el caso concreto, de las pruebas obrantes en el proceso se evidencia que la demandante ANA BENILDA SEPÚLVEDA HERNÁNDEZ se vinculó al servicio educativo estatal el 15 de noviembre de 1992 en provisionalidad, consolidando su estatus pensional el 15 de junio de 2016 (fls 18, 254 a 256). Teniendo en cuenta lo anterior, procede el Despacho a referirse a los factores que sirven de base para la reliquidación de la mencionada prestación de la demandante.

La Ley 91 de 1989³, dispuso en su artículo 15 numeral 2⁴, que **para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y**

³“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

⁴ “Artículo 15º.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2.- Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. (Subrayado declarado exequible condicionado)

A. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los

nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y **gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional**.

Por otro lado, la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), en su artículo 115 señaló que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y de la propia Ley 115. Frente al régimen prestacional remite al establecido en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 así como también la misma Ley 115. Sin embargo, en materia de pensión jubilación ninguna de las mencionadas consagró un régimen especial y se limitaron a ratificar el régimen establecido hasta el momento en la materia, indicando que la Ley 33 de 1985 seguía siendo la norma aplicable.

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81⁵, estableció de manera expresa que la misma se aplica a los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, fecha de promulgación de la ley.

Posteriormente en el año 2005, el Acto Legislativo No.1 consignó en su parágrafo transitorio 1º del artículo 1º⁶ que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 es el establecido para el Magisterio, por lo que se concluye que los docentes al servicio oficial se pensionan con el régimen que les corresponda según la fecha en la que se hayan vinculado, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Así el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 estableció que: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una 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 (...)”*.

requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

⁵ “Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. (...) Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (...)”

⁶ “Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

A turno que el artículo 3º *ibídem* precisó:

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

*Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.***

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”(Resaltado fuera de texto).

Conforme al marco normativo y contextualizado en precedencia, queda establecido que el régimen pensional aplicable a la demandante es el previsto en la ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, por haberse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003⁷.

8.7.2. Reglas jurisprudenciales sobre los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

Respecto a los factores que se tendrían en cuenta para calcular la base de liquidación de la pensión de la demandante, se tiene que el artículo 3º de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985⁸, estableció los factores salariales para su cálculo. El Consejo de Estado en su labor interpretativa de estas disposiciones mantuvo posturas oscilantes. En reiteradas ocasiones indicó que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador, mientras que en otras decisiones solo podrían incluirse aquellos, sobre los cuales se hubieran realizado los aportes, e incluso expresó que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente relacionados en la norma.

⁷ La demandante fue vinculada al servicio público docente el 10 de febrero de 1994 (fl. 22 y 23)

⁸ “Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. “Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.”

“Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.**”

“En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

En sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019, la Sección Segunda del **Consejo de Estado**⁹, concluyó que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes a los que les resulten aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985 en cuanto al periodo y los factores debe interpretarse en los siguientes términos:

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

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

Así las cosas, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes, se deberán tener en cuenta únicamente los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes a pensión de conformidad con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por consiguiente ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo, percibidos durante el último año de servicios, previo a la consolidación del estatus pensional.

8.7.3. Caso en concreto

En primer lugar ha de indicarse, que la demandante nació el **15 de junio de 1961** (fl.18 y 263). Fue vinculada como docente Nacional desde el 15 de noviembre de 1992, (fls. 18, 254 a 256), razón por la cual las disposiciones que regulan la situación pensional de la demandante son las establecidas en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Dando aplicación a los referentes jurisprudenciales y legales citados, es claro para esta instancia judicial que sólo sobre los factores que se efectuaron los respectivos descuentos y que se encuentra enlistados en artículo 1º de la Ley 62 de 1985 como son **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de**

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019. Radicación Numero 680012333000201500569-01. Consejero Ponente: César Palomino Cortes.

capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, los que tienen impacto para efectos de la respectiva liquidación y reconocimiento pensional.

El reconocimiento de la pensión de jubilación se realizó a través de la Resolución No. 006746 del 26 de septiembre de 2016 (fls. 18 a 20) en cuantía de \$2.387.495, efectiva a partir del 16 de junio de 2016 tomando como factores salariales los cotizados en el último año de servicio anterior a la configuración del estatus pensional: **“asignación básica, bonificación mensual docente¹⁰, auxilio de movilización y prima de vacaciones”**

En este punto, el Despacho constata que de acuerdo con la certificación expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, en el año anterior a la consolidación del estatus pensional de la demandante (16 de junio de 2015 al 15 de junio de 2016), devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica, auxilio de movilización, bonificación mensual docente** (decreto 1566 de 2014), **prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios**. Así también, que de los factores anteriormente indicados se realizaron los descuentos de aportes en pensión con destino al Fondo de Prestaciones del Magisterio a **la asignación básica y la bonificación mensual (a partir de junio de 2014)**, de acuerdo a la certificación dada por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (fl. 235).

Al respecto, este Despacho considera que en la base de liquidación de su pensión, donde se tuvo en cuenta **“asignación básica, bonificación 1566/2014, auxilio de movilización y prima de vacaciones”**, salvo la asignación básica, no podían tenerse en cuenta los demás factores enunciados, ya que estos no constituyen base de liquidación de los aportes, y por tanto, no se pueden incluir en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado antes citada. De manera correlativa, **la prima de servicios y la prima de navidad**, al no estar enunciados en las citadas disposiciones, tampoco pueden influir en el quantum de la mesada pensional.

Dado que la *causa petendi* estuvo encaminada a la inclusión de los factores que fueron omitidos en la mesada pensional, la sentencia debe ser congruente con lo pedido y por lo tanto mal podría ordenarse excluir los factores que fueron tomados en cuenta por la administración para los efectos señalados.

¹⁰ Tal como se verifica en la certificación allegada por la oficina de liquidación y nómina de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (fl. 235).

Al respecto en la sentencia de unificación el Consejo de Estado¹¹ indicó “Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control”.

En virtud de lo anterior, se negaran las pretensiones de la demanda.

En razón a lo anterior, el Despacho se abstendrá de pronunciarse sobre la excepción propuesta por la entidad demandada denominada “Falta de legitimidad por pasiva”, por sustracción de materia.

9- Costas.

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado¹² en la que se señala:

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

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

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

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019. Radicación Numero 680012333000201500569-01. Consejero Ponente: César Palomino Cortes.

¹² Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 7001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

IX. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

X. FALLA:

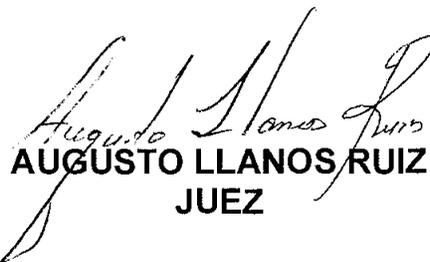
PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


AUGUSTO LLANOS RUIZ
JUEZ

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 150013333001201800081-00