



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

Tunja, siete (07) de diciembre de 2016.

MEDIO DE CONTROL:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE:	Marco Tulio Rodríguez Rojas
DEMANDADO:	Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
RADICACIÓN:	15 001 33 33 004 2016 00037 00

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

I. LA DEMANDA (fls. 109-110)

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **Marco Tulio Rodríguez Rojas**, solicita que se declare la nulidad del acto ficto o presunto como resultado de silencio al derecho de petición radicado con el No. 2014PENS020214 del 9 de octubre de 2014, a través del cual se solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales en especial el sobresueldo del 20% establecido en la ordenanza 23 de 1959.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la demandada a expedir el respectivo acto administrativo a través del cual se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión del factor salarial del 20% establecido en la ordenanza 23 de 1959, el cual fue devengado por el demandante durante el último año a la adquisición del status.

Así mismo solicita que se condene a la entidad demandada a pagar las diferencias de las mesadas pensiones 13 y 14 desde la fecha en la que adquirió los requisitos de la pensión de jubilación; que las sumas reconocidas sean indexadas; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 de la

Ley 1437 de 2011 y que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

• **FUNDAMENTOS FÁCTICOS. (f. 3)**

Como hechos relevantes se adujo que el demandante ingreso al servicio público de la educación el 22 de marzo de 1976 y adquirió el status de jubilación el 2 de agosto de 2008.

Agrega que a través de la Resolución No. 0195 del 20 de marzo de 2009, la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció su pensión jubilación, con la inclusión de la asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de vacaciones y prima de navidad.

Sostiene que a través de proceso ejecutivo laboral adelantado ante el juzgado segundo laboral del circuito de Tunja, se libró mandamiento de pago para el cobro forzado del 20% del sobresueldo establecido en la ordenanza 23 de 1959, desde el mes de enero de 2004 hasta agosto de 2007.

Afirma que mediante petición radicada con el No. 2014-PENS-020241 del 9 de octubre de 2014, se le solicito a la entidad demandada que incluyera en la liquidación de jubilación el factor salarial del sobresueldo del 20% establecido en la ordenando 23 de 1959, no obstante la entidad accionada no emitido pronunciamiento alguno que permita subsana el error cometido al no incluirse dicho factor dentro de la base de liquidación de la pensión de jubilación.

• **NORMAS VIOLADAS.**

El apoderado de la parte actora señaló como violadas, las siguientes normas:

Preámbulo, Artículos 2, 4 y 25 de la Constitución Política

NORMAS DE RANGO LEGAL:

Ley 812 de 2003
Artículo 4 de la ley 4 de 1966
Artículo 27 del decreto 3135 de 1968
Artículo 45 del decreto 1045 de 1978
Numeral 1 del artículo 15 de la ley 91 de 1989
Artículo 1 de la ley 62 de 1985

El apoderado de la parte actora señaló, que las diferentes normas legales han respetado el régimen prestacional de los docentes vinculados, sin desmejora alguna, cambiando dicho régimen prestacional para los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma de turno, pero respetando las prestaciones de los docentes vinculados con anterioridad. Que la pensión de la demandante se debe liquidar, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio acatando lo dispuesto en la Ley 4º de 1966, artículo 4º; Decreto 3135 de 1968, Decreto 1045 de 1978 artículo 45 y la Ley 91 de 1989 artículo 15.

Que también se desconoció lo dispuesto en la Ley 812 de 2003, por cuanto esta ley en su artículo 81, determinó que el régimen prestacional de los docentes nacionalizados como es el demand ante, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia del plan nacional de desarrollo, por lo tanto, se desconoce el régimen prestacional conforme a la normatividad de cada entidad territorial como lo establece el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

Sostiene que el acto administrativo impugnado genera un desequilibrio jurídico que a la postre perjudica económicamente al demandante, pues el valor reconocido como pensión, no se compadece ni ajusta a los criterios constitucionales y legales, y mucho menos representa la compensación social que debe recibir por el trabajo desplegado.

Finalmente aduce una falsa motivación dado que la administración basa su decisión en el desconocimiento de las pruebas aportadas con la solicitud, las cuales fueron expedidas precisamente por otra autoridad administrativa, lo cual denota una motivación errada y desviada.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

A través de apoderado la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda en término (fls. 72-81-114-123), manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento jurídico, toda vez que no le asiste el derecho a la demandada a que su pensión vitalicia de jubilación sea liquidada con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en razón a

que el parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, establece que la pensión corresponderá al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes y que taxativamente se toma en cuenta la liquidación con base a la Ley 62 de 1985.

Agrega que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, *“...no cumplió el procedimiento que establece el artículo 271 del CPACA, por tanto, no tiene la calidad que se le asigna, pues al momento de proferirse, no existía procedimiento y valor respectivo, por tanto se puede concluir acudiendo a los principios de la interpretación jurídica, que la interpretación correcta en el tema de factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones e taxativa...”* (f. 77).

Agrega que no le asiste derecho al demandante pues la ley 33 y 62 de 1985 establece taxativamente los factores que e deben incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentran los factores reclamados.

Propone como excepciones las que denomina: **“Vinculación del litisconsorte y falta de legitimación en la causa por pasiva:**

Bajo el argumento que se debe vincular a la Fiduciara La Previsora, toda vez que la entidad del orden central entregó la administración de dicha cuenta a través del contrato de fiducia mercantil elevado a escritura pública el 21 de junio de 1990, cuyo objeto es la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual se le atribuye la calidad como vocera administradora del patrimonio autónomo al fiduciario y es el principal responsable de garantizar totalmente la administración de este patrimonio entregado por el fiducomitente.

Asimismo, que se debe vincular a la entidad territorial como responsable de la administración del personal docente, quien es la que profiere el acto aquí demandado y en caso *“...no conceder se vincule en calidad de tercero participativo...”* (f. 77)

- PRESCRIPCIÓN

Sobre la prescripción, señala que en caso de una eventual condena, se debe declarar la prescripción de mesadas con anterioridad a los tres años de la presentación de la demanda y con respecto a la fecha de adquisición del estatus pensional, de acuerdo con el Decreto 1848 de 1969.

III. ACTUACION PROCESAL

3.1 Audiencia Inicial: Admitida la demanda mediante proveído del 4 de mayo de 2016¹ y notificadas las partes², fue presentada contestación por la entidad demandada dentro del término legal³, una vez corrido el correspondiente traslado de las excepciones⁴ mediante proveído del 31 de agosto de 2016, se fijó fecha para audiencia inicial⁵ la cual se realizó el 20 de septiembre de 2016⁶, adoptándose dentro de la misma una medida de saneamiento, llevándose a cabo la continuación de la misma el 29 de septiembre de 2016⁷.

3.2 Audiencia de Pruebas: el 18 de octubre de 2016 se realizó audiencia de pruebas⁸, audiencia en la cual fue posible incorporar la totalidad de las pruebas decretadas y se ordenó la presentación de los alegatos por escrito⁹.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte actora (fls.182- 183): Sostiene el accionante que dentro del plenario se encuentra acreditado que mediante proceso ejecutivo laboral le fue ordenado el pago del sobresueldo del 20%, comprendido entre el periodo de enero de 2004 hasta agosto de 2007, periodo que se encuentra comprendido en el año inmediatamente anterior a la fecha del status de pensionado, el cual corresponde del 2 de agosto de 2007 al 02 de agosto de 2008.

Agrega que atendiendo a lo establecido por el consejo de estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 dentro del proceso No. 01122009 M.P. Víctor Hernando Alvarado, los factores salariales establecidos en la ley 33 de 1985, no resulta ser taxativa, por lo tanto atendiendo al principio de favorabilidad se debe incluir dentro de la base de liquidación todos los factores salariales que retribuyen el servicio prestado.

4.2. Entidad demandada.

Guardo silencio en esta etapa procesal.

¹Ver folios 57 y 62.

²Ver folios 67 y ss.

³Ver folios 72 y ss y 114 y ss.

⁴Ver folio 99.

⁵Ver folio 101 a 102.

⁶Ver folios 105 a 106.

⁷ Ver folios 124 a 126.

⁸Ver folios 171 a 174.

⁹Ver folio 173.

4.3. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO (fls. 177-181):

Después de hacer un recuento normativo sobre la pensión de jubilación de los docentes, considera que en el presente caso el régimen aplicable a efectos de calcular el monto de la pensión de jubilación del demandante es el contemplado en la Ley 33 de 1985; agrega que se debe continuar dando aplicación a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010.

Respecto al caso concreto sostiene que se debe acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante demostró que durante el último año en el que adquirió el status de pensionado devengó el 20% del sobresueldo, el cual le fue reconocido a través de una sentencia judicial; por lo tanto y atendiendo los precedentes jurisprudenciales que rigen la jurisdicción contencioso administrativa, se debe declarar la nulidad del acto ficto o presunto y en consecuencia ordenar la reliquidación de la pensión jubilación con la inclusión del factor aquí reclamado.

V. ANALISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

1. Derecho de petición del señor Marco Tulio Rodríguez Rojas, con constancia de radicación del 9 de octubre de 2014, en el cual solicitó la **reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación** con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicio, en especial con la **inclusión del sobresueldo del 20%** de conformidad con lo establecido en la ordenanza 23 de 1959 (f. 11-13).
2. Certificado emitido por el tesorero general del Departamento de Boyacá en el cual se liquida el 20% del sobresueldo sobre el salario básico devengado por el demandante desde el 1 de enero de 2004 (f. 16—17)
3. Liquidación efectuada por el juzgado segundo laboral dentro del proceso ejecutivo laboral No. 2010-292, en el cual se dispone el reconocimiento de unas sumas por concepto de sobresueldo del 20% para el periodo correspondiente entre enero de 2004 hasta agosto de 2007 (f. 25-28).

4. **Resolución No. 0195 de 20 de marzo de 2009**, por medio de la cual se reconoce al señor **Marco Tulio Rodríguez Rojas** **pensión vitalicia de jubilación** (f. 32-34- 137-140).
5. Certificado de factores salariales expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá para el periodo comprendido entre el mes de agosto de 2007 y 2008, en el cual se relaciona la asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de navidad y prima de vacaciones (f. 40-43- 146-149).
6. Copia de la cedula de ciudadanía y registro civil el señor Marco Tulio Rodríguez Rojas, en el cual se observa que nació el 2 de agosto de 1953 (f. 44- 51-150).
7. Resolución No. 30339 del 21 de diciembre de 2004, por medio de la cual se le reconoce al demandante una pensión gracia (f. 46-47- 151-152).
8. Registro civil de nacimiento del señor Marco Tulio Rodríguez Rojas (f. 44- 157).
9. Resolución No. 4146 del 21 de octubre de 1998, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago del 20% del sobresueldo al señor Marco Tulio Rodríguez Rojas (f. 167-168).

VI.CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1. De las excepciones propuestas.

Respecto de las excepciones planteadas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el despacho se estará a lo resuelto en la audiencia inicial llevada a cabo el 29 de septiembre de 2016 (f. 124-126)

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver en los siguientes términos:

Corresponde al Despacho definir si el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad, y en caso afirmativo establecer si la pensión de jubilación reconocida al señor **Marco Tulio Rodríguez Rojas** debe ser reliquidada para incluir en la base de liquidación el 20% de sobresueldo devengado durante el último año de adquisición al status de pensionado.

VII. TESIS

De acuerdo con lo expuesto y una vez analizada la demanda, la contestación y las alegaciones finales de las partes, así como el concepto del Ministerio Público, el Despacho advierte que los argumentos relevantes, se concretarán a las siguientes:

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

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

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

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

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

Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda con fundamento en que acogiendo la línea jurisprudencial vigente, se debe proceder a reliquidar la pensión reconocida al actor, tomando como base todos y cada uno de los factores que constituyen salario y fueron devengados en el año anterior a adquirir su status

pensional incluyendo dentro del ingreso base de liquidación el sobresueldo del 20%, el cual se encuentra acreditado que le fue reconocido a través de una sentencia judicial, correspondiendo los pagos periódicos mensuales desde enero de 2004 hasta agosto de 2008.

- **Tesis Argumentativa del Juzgado:**

*El Juzgado accederá a las pretensiones de la demanda, como quiera que la situación jurídica del accionante se encuentra cobijada por las Leyes 33 y 62 de 1985, así mismo en aplicación de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, en cuanto a los factores de liquidación de la pensión. En consecuencia, declarará la **nulidad** del acto demandado y para efectos de la reliquidación de la pensión se deben tener en cuenta los factores salariales devengados durante el último año de status, es decir en el periodo comprendido entre el **3 de agosto de 2007 y 2 de agosto de 2008**, incluyéndose dentro de los factores ya reconocidos el sobresueldo del 20% establecido en la ordenanza 23 de 1959. Así mismo se condenará a la demandada a pagar a favor del demandante, las diferencias causadas en todas las mesadas pensionales.*

De igual manera se precisa la forma como la entidad de seguridad social, deberá realizar el descuento de aquellos aportes que no hayan sido realizados por los factores que se incluyen atendiendo la línea jurisprudencial del Honorable Tribunal Administrativo, como se observa en sentencia del 8 de Marzo de 2016, expediente No. 2014-00096; es decir que al momento de realizar tales descuentos sobre el retroactivo debe ser durante los últimos cinco (5) años laborados, por prescripción extintiva de la obligación en el porcentaje que le correspondía al actor. Y el monto máximo no podrá superar el valor de la condena en favor de éste.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

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

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

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

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

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

*“El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, **es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.***

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

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

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

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

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

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

De conformidad con lo anterior, es claro que la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el propósito de garantizar principios constitucionales como la igualdad material, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, adoptó el criterio de que si bien es cierto la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 de 1985, ésta no indica en forma taxativa los factores salariales que deben conformar la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio, de suerte entonces, que no obstante ser aplicable para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación las normas establecidas en la precitada Ley, modificada por la Ley 62 de 1985, también es cierto, que debe atenderse el criterio de unificación en mención en el que se consideró que la pensión debe liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año. Así, para establecer la forma

como debe liquidarse dicha prestación periódica, ha de atenderse este criterio en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

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

- **De las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015:**

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

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

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretende introducir la Corte Constitucional en la sentencia SU-230, se afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o

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

El pronunciamiento enfatizó que el argumento expuesto en la Sentencia C-258 de 2015, para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª no se puede generalizar y por ende aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hacen parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni constituyen reconocimientos que conlleven afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Este Despacho acoge la postura referida, no solo por ser el Consejo de Estado la máxima autoridad dentro de esta jurisdicción, sino porque comparte lo allí expresado, que con anterioridad había sido la posición del Tribunal Administrativo de Boyacá, pues es inadmisibles que luego de haberse logrado un avance en la interpretación unificada brindada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en el año 2010, en torno al reconocimiento de la plena efectividad de los derechos pensionales derivados de la interpretación favorable del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se adopte una tesis restrictiva y desfavorable como la expuesta en la la sentencia SU 230 de 2015, frente a quienes como en este caso, son beneficiarios de una regulación especial, como la contenida en la ley 33 de 1985; desconoce en sentir de este Juzgado el principio **de progresividad y la prohibición de regresividad**.

8.3. CASO CONCRETO

- **Lo Probado en el Proceso.**

- El señor **Marco Tulio Rodríguez Rojas** nació el 2 de agosto de 1953, según copia de su cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento (fl. 44-51).
- Al señor **Marco Tulio Rodríguez Rojas**, le fue reconocido pensión de vejez a través de la Resolución N° 0195 del 20 de marzo de 2009 (f. 32-34).

- De acuerdo con el certificado de factores salariales devengados por el señor Víctor Manuel Mejía Fuentes durante el último año de prestación de servicio, devengó la asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de navidad y prima de vacaciones (f. 40-43).
- De conformidad con lo establecido en la certificación expedida por el tesorero general del departamento de Boyacá, al señor Marco Tulio Rodríguez Rojas le fue reconocido el pago del sobresueldo del 20% para el periodo comprendido entre enero de 2004 y agosto de 2008 (f. 16-17)
- A través de la resolución No. 06581 del 5 de diciembre de 2012, le fue aceptada la renuncia al señor Marco Tulio Rodríguez Rojas al cargo que venía desempeñando desde el 31 de diciembre de 2012 (f. 161)

Así las cosas, el señor **Marco Tulio Rodríguez Rojas**, laboró para el servicio público de la educación como docente nacional (folio 51) desde el 22 de marzo de 1976 hasta el 2 de agosto 2008 consolidando su estatus pensional en esta última fecha (fl.32). Para ese entonces se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La pensión de jubilación del demandante fue reconocida a través de la Resolución No. 0195 del 20 de marzo de 2009, teniendo en cuenta como factores salariales la asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de vacaciones y prima de navidad (f. 23-21), tomando como base de liquidación los factores salariales devengados por el demandante durante el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2007 hasta el 2 de agosto de 2008, los cuales corresponden a los antes relacionados (f. 40-43).

Ahora bien, como se indicó, si bien los docentes gozan de un régimen especial en materia de ingreso, ascenso y retiro del servicio, también lo es que en materia de pensión de jubilación no han venido gozando de un régimen especial, por el contrario se les ha aplicado las normas generales reguladoras de esta prestación. En este sentido, el marco legal estudiado en líneas precedentes permite concluir que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, al tenor de lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 para efectos prestacionales, mantendrán el régimen que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Por lo tanto, las previsiones de

la Ley 812 de 2003 se aplican únicamente a los docentes vinculados con posterioridad a su expedición y el régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad se rige por normas anteriores.

Teniendo en cuenta que el docente **Marco Tulio Rodríguez Rojas** no se encontraba inmerso dentro de las excepciones contempladas en el mencionado artículo, pues como se dijo no está cobijado por un régimen especial de pensiones, como quiera que no llevaba 20 ni 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985¹⁰. En consecuencia, en materia pensional, su situación se encuentra cobijada por la Ley 33 de 1985, modificada en materia de factores salariales a tener en cuenta dentro de la base de liquidación de la mesada pensional por la Ley 62 de 1985, agregando todos aquellos factores que constituyen salario.

Ahora bien, el Despacho debe establecer cuáles de los elementos salariales percibidos por el demandante constituyen una retribución directamente relacionada con la prestación personal del servicio y no están dirigidos a asumir riesgos inherentes a la labor, sin perjuicio de la facultad del Juez para establecer la procedencia del reconocimiento del factor salarial reclamado bajo el principio de legalidad.

Observa en este sentido el Despacho que los factores salariales acreditados por la entidad demandada, esto es la asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de navidad y prima de vacaciones (f. 40-43), todos sin excepción fueron reconocidos en la resolución No. 0195 del 20 de marzo de 2009, por medio del cual se le reconoció una pensión vitalicia de jubilación al demandante (f. 32-34), sin embargo se observa que el único emolumento que considera la parte actora que no fue reconocido y al cual tiene derecho, corresponde al sobresueldo del 20% establecido en la ordenanza 23 de 1959, la cual, según se desprende del auto de 19 de enero de 2012, emitido dentro del proceso ejecutivo laboral No. 2010-292, fue reconocida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Judicial de Tunja en la cual se dispuso el reconocimiento por las sumas correspondiente al 20% de los salarios devengados entre el mes de enero de 2004 hasta agosto de 2008 (f. 25-26).

¹⁰ La ley 33 de 1985 fue sancionada el 29 de enero de 1985 y publicada en el Diario Oficial No. 36856 del 13 de febrero de 1985.

Ahora bien, en lo que respecta al 20% previsto por la Ordenanza No. 23 de 1959, el Tribunal Administrativo de Boyacá en reciente pronunciamiento señaló:

“entonces, como resultado de acción judicial la actora se ordenó el pago a su favor de las sumas adeudadas por concepto del sobresueldo del 20% dejado de percibir en el año de consolidación del derecho, valores pagado y certificados, como ya se precisó.

Por lo tanto, aunque para el año de causación de la pensión no se hubiera percibido la suma correspondiente al 20% del sobresueldo, ello no quiere decir que no la hubiese devengado y que, por ende, debía ser incluido como factor de liquidación de la pensión.

Sin duda la entidad empleados al expedir inicialmente el certificado para solicitar el reconocimiento pensional no podía incluís como percibido el 20% del sobresueldo pues ello fue consecuencia de sentencia judicial que así lo ordeno y por ello fue pagado posteriormente, pero tal circunstancia no implica que ese emolumento no se hubiese devengado por la actora en el tiempo de servicios que da lugar al reconocimiento pensional, tal como ha sido demostrado en este proceso y en consecuencia, debe ser incluido en la liquidación.”¹¹

Por su parte el Consejo de Estado, al momento de estudiar si el sobresueldo del 20% creado a través de la ordenanza constituye factor salarial y si el mismo debe ser tenido en cuenta a la hora de liquidar la pensión de jubilación, ha señalado:

“En primer lugar, se dirá como lo ha sostenido la Subsección en anteriores oportunidades¹, que constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, mientras que las prestaciones sociales se pagan con el fin de que el trabajador pueda sortear contingencias claramente identificables, como por ejemplo la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y la capacidad para laborar (vacaciones).

(...)

*De acuerdo con lo anterior, la Subsección **concluye que el sobresueldo del 20% establecido por la Ordenanza Departamental núm. 23 de 1959, corresponde a un elemento salarial**, creado solamente para aquellos docentes con 20 años de servicios que no hayan cumplido la edad exigida para adquirir la pensión de jubilación, según la ley, y que se paga mensualmente en cuantía del 20% del sueldo, **pues creó un incremento salarial o sobresueldo que remunera directamente la relación laboral** (la cual no puede considerarse como prestación social, porque éstas son las destinadas a cubrir riesgos)”¹² (Negrilla fuera del texto)*

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 30 de abril de 2015; expediente 2014-00188-01. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

¹² Consejo de Estado C.P.: William Hernández Gómez, sentencia del 3 de marzo de 2016. Radicación número: 15001-23-31-000-2004-03001-01(1027-08)

Ahora bien, en el presente caso es claro que el reconocimiento del sobresueldo del 20% establecido en la ordenanza 23 de 1959, fue reconocido por sentencia judicial en al cual se ordenó su pago desde el mes de enero de 2004 hasta agosto de 2008, de ello da cuanta la certificación expedida por el Tesorero General del Departamento, el cual señala que el 17 de junio de 2012, se profirió auto en el que se libró mandamiento de pago en contra del departamento de Boyacá- Secretaría de educación de Boyacá por el cobro del 20% de sobresueldo sobre el sueldo básico devengado por el demandante desde el 1 de enero de 2004, hasta el límite del derecho y por los intereses moratorios sobre la suma reconocida.(f. 16).

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad del acto administrativo, pues fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarará la nulidad del acto ficto presunto, producto del silencio al derecho de petición radicado con el No. 2014PENS020241 del 9 de octubre de 2014.

8.4. De la Excepción de Prescripción de Mesadas.

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

En el caso concreto, no cabe duda que el derecho pensional no prescribe aunque tal fenómeno si afecta a las mesadas causadas. No obstante, aclara el Despacho que la prescripción opera tres (3) años antes de la fecha de la petición.

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

“... las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual...”

Teniendo en cuenta la norma mencionada y las pruebas aportadas al proceso, se demuestra que la parte actora adquirió el status pensional el 3 de agosto de

2008¹³, ahora bien, el demandante presentó la correspondiente solicitud tendiente a obtener la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión del 20% de sobresueldo reconocida a través de la ordenanza 23 de 1959 el 9 de octubre de 2014 (f. 11), evidenciándose entonces, que operó el fenómeno de la prescripción, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 9 de octubre de 2011, toda vez que transcurrieron más de tres (3) años desde que el derecho se hizo exigible.

El pago de los valores a que se refiere la presente providencia, se ajustará al valor, de conformidad con el artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la fórmula que se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

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

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

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

Así las cosas, en aplicación de lo dispuesto en las referidas providencias el Juzgado señalará que los **aportes para pensión** se harán sobre los factores que

¹³ Parte resolutive Resolución N° 0195 del 20 de marzo de 2009 fls. 32-34.

se incluyen en virtud de esta sentencia atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral, por prescripción extintiva conforme al Título XVII del E.T. artículo 187 en el cual señala que **la acción para su cobro prescribe en el término de cinco (5) años,**

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

Así las cosas, los últimos 5 años de trabajo ocurrieron entre el **31 de diciembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2012 (f. 161)**, período para el cual, en materia de aportes para pensión se aplicaba el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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

8.6. CONCLUSIÓN

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad parcial de los actos administrativos, pues fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarara la nulidad del acto ficto o presunto como consecuencia del silencio administrativo negativo de la petición presentada el 9 de octubre de 2014, con radicado No. 2014PENS020241, toda vez que con dicho acto administrativo se entiende que la administración negó la reliquidación de la pensión del señor Marco Tulio Rodríguez Rojas, incluyendo dentro de la base de liquidación el sobresueldo del 20% establecido en la ordenanza 23 de 1959; por lo tanto, se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 75% del promedio de todo lo devengado en el periodo comprendido entre el 3 de agosto de 2007 y el 2 de agosto de 2008. De acuerdo con lo anterior, se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la parte actora; así mismo, y a pesar que se debe reliquidar las mesadas pensionales desde su reconocimiento, se declarará la prescripción de las diferencias salariales causadas con anterioridad al

9 de octubre de 2011, toda vez que la petición tendiente a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación, tan solo fue presentada el 9 de octubre de 2014.

8.7. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Atendiendo lo contemplado en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P, como quiera que se declaró probada la excepción propuesta por la parte Demandada denominada “PRESCRIPCION DE MESADAS” (fl. 121), y prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda, el Despacho impone NO condenar en costas a la parte vencida, esto es a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

IX. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO:- Declarar la prosperidad parcial de la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO.- Se declara la existencia del acto ficto o presunto que se obtiene como consecuencia del silencio administrativo negativo de la petición presentada por el señor Marco Tulio Rodríguez Rojas el día 9 de octubre de 2014 con radicado No. 2014PENS020241.

TERCERO.- SE DECLARA LA NULIDAD del acto ficto o presunto que se obtiene como consecuencia del silencio administrativo negativo de la petición presentada por el señor Marco Tulio Rodríguez Rojas el día 9 de octubre de 2014 con radicado No. 2014PENS020241.

CUARTO:- Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar en debida forma, reconocer y pagar al señor **Marco Tulio Rodríguez Rojas** identificado con la cédula de

ciudadanía N°. 6.757.224 de Tunja, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el año anterior a la consolidación del status de pensionado, que transcurrió entre 3 de agosto de 2007 a 2 de agosto de 2008. Es decir que a los factores salariales ya reconocidos - asignación básica, auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, prima de navidad y prima de vacaciones- se deberá adicionar el sobresueldo del 20% reconocido en la ordenanza 23 de 1959.

QUINTO:- De igual forma se ordena a la entidad demandada pagar al demandante la diferencia de las mesadas adicionales, desde el **9 de octubre de 2011**, por efectos de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción.

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

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

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

SEPTIMO.- Sobre el factor incluido se descontará los aportes de Ley si éstos no se hubieren realizado, la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, al momento de realizar tales descuentos sobre el retroactivo durante **los últimos cinco (5) años de su vida laboral, comprendido entre el 31 de diciembre de 2007 y el 31 de diciembre de 2012, por prescripción extintiva** de la obligación en el porcentaje que le correspondía al actor. El monto máximo no podrá superar el valor de la condena a favor del demandante.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, el Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el estatuto tributario, según el art. 54 de la ley 383 de 1997, en concordancia con el art. 57 de la ley 100 de 1993.

OCTAVO.- La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada en la forma indicada, aplicando para tal fin la fórmula utilizada comúnmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado y el artículo 187 del C.P.A.C.A.

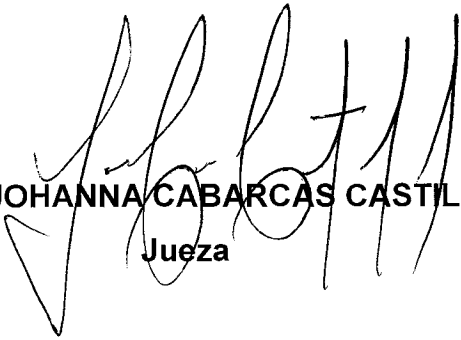
NOVENO.- Se ordena dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

DECIMO.- Se niega la condena la condena en costas.

DECIMO PRIMERO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

Notifíquese y Cúmplase


LAURA JOHANNA CABARCAS CASTILLO

Jueza