



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 30 NOV 2016

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
EXPEDIENTE:	15001-33-33-006-2016-0007

Agotados los ritos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

I. A N T E C E D E N T E S

1.1. La demanda:

LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.248.330 de Puerto Boyacá, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (Fl. 2 - 3)

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 006637 del 19 de octubre de 2015, "POR LA CUAL SE RECONOCE U ORDENA EL PAGO DE UNA PENSIÓN VITALICIA

DE JUBILACIÓN”, expedida por la Secretaria de Educación de Tunja, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades legales que le confiere la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, y su Decreto reglamentario 2831 de 2005.

1.2.2. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada a expedir el Acto Administrativo por medio del cual se da cumplimiento al fallo donde se incluyan todos y cada uno de los factores salariales devengados por mi cliente, durante el año inmediatamente anterior al status de jubilado, es decir desde el 21 de junio de 2014 al 20 de junio de 2015.

1.2.3. A título de condena, ordenar a la entidad demandada a pagar a mi cliente la diferencia de las mesadas pensionales, ordinarias u adicionales (13 y 14); desde la fecha en que mi poderdante cumplió con los requisitos de la pensión de jubilación.

1.2.4. Se condene a la indexación de las anteriores sumas de dinero.

1.2.5. Que la condena se cancele en los términos de la Ley 1437 de 2011.

1.2.6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.3. Fundamentos Fácticos (Fls. 3 - 4):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

1.3.1. Que el demandante ingresó al servicio público de la educación el 19 de diciembre de 1983.

1.3.2. Que el demandante adquirió el estatus jurídico para la pensión vitalicia de jubilación el 20 de junio de 2015.

1.3.3. Que una vez cumplidos los requisitos de tiempo y edad, el demandante elevó a las entidades demandadas solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de la pensión vitalicia de jubilación, anexando la documentación requerida para ello.

1.3.4. Que en cumplimiento de lo anterior la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la Resolución No. 006637 del 19 de octubre de 2015, reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de mi cliente, a partir del 20 de junio de 2015.

1.3.5. Que para establecer el Ingreso Base de Liquidación, en la resolución anteriormente mencionada la entidad demandada tuvo en cuenta ASIGNACION BÁSICA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE GRADO, SOBRESUELDO RECTOR 30%, SOBRESUELDO ORD. 23759 20%, PRIMA DE VACACIONES Y PRIMA DE NAVIDAD devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha en la cual adquirió su status, dejando por fuera lo devengado por otros factores salariales:

- AUXILIO DE MOVILIZACIÓN
- BONIFICACIÓN 15%
- BONIFICACIÓN DTO. 1566/2014
- PRIMA DE SERVICIOS

1.3.6. Que no se sabe si intencionalmente o por error en la aplicación de las normas y la jurisprudencia proferida con relación a estos casos, la entidad demandada solo tiene en cuenta unos factores salariales, dejando por fuera los demás factores salariales que recibía el demandante durante el año inmediatamente anterior a adquirir el status y que están debidamente probadas dentro del expediente administrativo, con el correspondiente certificado de devengados para la liquidación de prestaciones sociales expedido por la Secretaria de Educación de la entidad territorial certificada, debidamente aportado al momento de la solicitud de la pensión.

1.3.7. El anterior desajuste de orden de interpretación y aplicación de las normas debe ser subsanado a través del presente proceso.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación (Fls. 4 a 20):

El apoderado de la parte demandante citó como normas violadas la Constitución Política en sus artículos 2, 4 y 25, así como los artículos 2, 3, 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 812 de 2003, el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Refiere el apoderado que por pertenecer la demandante a un régimen especial, al momento de liquidarle la pensión de jubilación se le debió haber tenido en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, prima de alimentación, etc. Agrega que en el certificado de salarios devengados para la liquidación de prestaciones sociales se declara que *"se hicieron los aportes sobre todos los devengados al fondo prestacional del magisterio de conformidad con la Ley 812 de 2003 y su decreto reglamentario 3752 del 2003..."*, que de ello conduce que en el certificado se depositaron todos los factores devengados y sobre los cuales se hicieron los aportes al fondo.

Señala el apoderado que no se sabe con certeza, si fue que la entidad pública patronal no efectuó los aportes e todos u cada uno de los devengados; entonces esta omisión, negligencia o error no debe ser asumido por el demandante, que si esto ocurrió no le es legal al Fondo entrar a decidir en forma unilateral en los actos administrativos impugnados; que para cubrir tal circunstancia el Fondo deberá recurrir a las acciones legales respectivas pero en contra de la entidad pública patronal y no en contra del demandante.

Finalmente afirma que los actos administrativos impugnados generan un desequilibrio jurídico que a la postre perjudica económicamente al demandante, pues el valor reconocido como pensión no se compadece ni ajusta a los criterios constitucionales y legales, ni representa la compensación social que debe recibir el accionante.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día veinte (20) de enero de dos mil dieciséis (2016) y repartido de conformidad con acta individual de reparto del mismo día tal y como se observa a folios 1 del expediente.

Posteriormente, mediante auto del nueve (09) de marzo de dos mil dieciséis (2016) - notificado mediante estado N° 8 del diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016), se admitió la demanda (Fls. 28 a 29) y se ordenó la notificación personal a la entidad

accionada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita de folios 33 a 35 del expediente.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por el inciso 5° del artículo 199 del CPACA -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012- y el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 36). Posteriormente se corrió traslado de excepciones de conformidad con el artículo 175 parágrafo 2 del C.P.A.C.A (Fl. 71). Así, transcurrido tal término, mediante auto del catorce (14) de julio del año dos mil dieciséis (2016) se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (Fls. 73).

Tal diligencia se llevó a cabo el día ocho (08) de agosto del año dos mil dieciséis (2016), según consta en el acta que reposa de folios 75 a 81 del expediente, y de la cual puede destacarse que hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (Fls. 75 - 81), diligencia en la que se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA. (fls. 151 - 154).

2.1. Contestación de la demanda (fls. 37 - 57)

El apoderado de la entidad accionada **Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, con la contestación de la demanda, manifiesta oponerse a todas las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento. Refiere que como quiera que la demandante, se vinculó como docente de conformidad con el inciso segundo, numeral 1 de la norma ibídem, le es aplicable el régimen establecido en los

Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que son las normas que rigen las prestaciones sociales para los empleados públicos de orden nacional.

Indica el apoderado de la entidad accionada que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidaran sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes a pensión, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema. Solicita el apoderado de la entidad accionada se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que a la accionante no le asiste derecho que está reclamando, pues las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985 establecen claramente los factores que se deben incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentran los solicitados por la parte actora.

2.2. Militan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- ✓ Copia de la Resolución No. 006637, del 19 de octubre de 2015, "POR MEDIO DE LA CUAL SE RECONOCE Y ORDENA EL PAGO DE UNA PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN" al señor LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA (fls. 11 - 13).
- ✓ Certificado de tiempo de servicios del señor LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA (fl. 14).
- ✓ Certificado de salarios devengados por el señor LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA (fls. 15 - 18).
- ✓ Certificados expedidos por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, así como por el FONDO PENSIONAL TERRITORIAL DE BOYACÁ – OFICINA DE PENSIONADOS y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (fl. 19 - 22).
- ✓ Copia del certificado de Historia Laboral del señor LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA (fls. 23 - 25).
- ✓ Copia del expediente administrativo y antecedentes de la Resolución No. 006637 del 19 de octubre de 2015, del señor LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA (fl. 89 - 150).

2.3. Alegatos de conclusión.

Transcurrido el término concedido por el despacho para que presentaran sus alegatos de conclusión, las partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

3.1. Cuestiones previas.-

3.1.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas al expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹.

3.2. Excepciones.

¹ Ver el artículo 626 del Código General del Proceso.

Debe decirse que en el *sub lite*, se propusieron las excepciones denominadas: **(i)** Falta de legitimidad por pasiva, **(ii)** Integración del contradictorio, **(iii)** Prescripción y **(iv)** Genérica, las cuales fueron resueltas durante el trámite de la Audiencia Inicial.

Aclarado lo anterior, el Despacho se adentra a resolver los problemas jurídicos planteados, para lo cual se expone lo siguiente:

3.3. Problemas Jurídicos a resolver:

En primer lugar, el Despacho debe determinar si la **Resolución N° 006637 del 19 de octubre de 2015** proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación de Boyacá, se encuentra incurso en alguna causal de nulidad, también se debe establecer si el señor **LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA** tiene derecho a que se reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior al cumplimiento de estatus de pensionado.

Para resolver lo anterior, esta instancia abordará los siguientes problemas jurídicos:

- (i)** ¿Qué régimen pensional le es aplicable a la pensión de jubilación del señor **LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA**, teniendo en cuenta su edad y tiempo de servicio?;
- (ii)** ¿El demandante es beneficiario de las excepciones previstas el artículo 1º de la Ley 33 de 1985? y;
- (iii)** ¿Es posible para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la ley 33 y 62 de 1985, incluir factores salariales diferentes a los allí previstos?

3.4. Argumentos y sub argumentos para resolver los problemas jurídicos planteados:

El despacho comenzará por analizar el régimen pensional de los docentes, revisará la normatividad y jurisprudencia para establecer si gozan de un régimen especial de pensiones y finalizará el estudio verificando que fue probado en el proceso y si es posible ordenar que se reliquide la pensión del señor **LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA**, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el año anterior de adquisición de estatus de pensionado.

3.4.1. Régimen Pensional de los Docentes

En orden a resolver el presente asunto, es preciso remitirse al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes oficiales. Dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran: La Ley 6 de 1945 que en principio rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968, el cual se aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria que se inició con la Ley 43 de 1975 y culminó en 1980, los docentes que prestaban servicios al Departamento se convirtieron en docentes nacionalizados. A estos docentes, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les respetó las leyes que en materia prestacional los gobernaba, que era la Ley 6ª de 1945.

Posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, -la cual rige a partir del 13 de febrero de 1985-, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes², en su artículo 1º consagró las siguientes excepciones para la aplicación a sus disposiciones:

- i)** Quienes a la fecha de la promulgación de la ley -empleado público o trabajador oficial- acrediten el cumplimiento de alguno de los siguientes requisitos:

² Ver Sentencia del 17 de febrero de dos mil once (2011), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación número: 4001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10).

- ✓ Haber cumplido 15 años de servicio continuos o discontinuos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, esto es, 13 de febrero de 1985.
- ✓ Haber cumplido 20 años de servicio continuos o discontinuos y encontrarse retirado del servicio a la fecha de entrada en vigencia de la ley 33 de 1985. Acreditar este requisito implica que la pensión de jubilación se liquide con base en las normas vigentes al momento del retiro del servicio del empleado público o trabajador oficial.
- ✓ Haber cumplido todos los requisitos para obtener la pensión de jubilación a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. En este caso el empleado público o trabajador oficial tiene derecho a regirse por las normas anteriores a la referida Ley.

ii) Quienes trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, o

iii) Quienes por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Como resultado del proceso de implantación de la nacionalización de la educación se expidió la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en esta Ley se diferenció entre los docentes de carácter nacional y nacionalizados, en donde los primeros se identificaron por tener un nombramiento del gobierno Nacional, y los segundos se definieron como el grupo de "(...) *docentes vinculados a partir de esa, de conformidad con la Ley 43 de 1975*", y en su artículo 2 se dispuso:

"Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1.- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Aborro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

2.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.

3.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieron sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

4.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieron sus veces.

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal. Ver Decreto Nacional 3135 de 1968 Decreto Nacional 1848 de 1969 Decreto Nacional 1045 de 1978

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

De acuerdo con la **Ley 91 de 1989** las prestaciones sociales de los **docentes nacionales causados hasta la fecha de promulgación de esta Ley y los que se vinculen a partir del 1º 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, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y las prestaciones sociales de los docentes vinculados **hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, el cual es el contenido en la**

Ley 33 de 1985, pues esta se encontraba vigente al momento de la expedición de la Ley 91 de 1989.

Ahora, la **Ley 60 de 1993**, dispuso en su artículo 6 que:

*“(...) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, **será el reconocido por la Ley 91 de 1989**, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y **se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.** (...)”* (Negrillas y subrayas del Despacho).

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social³, en consecuencia sus prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

Finalmente la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

Debe resaltarse que **en el artículo 81 de la ley 812⁴ de 2003**, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales, de la siguiente manera:

*“**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

³Se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.

⁴ Ley 812 de 2003 (junio 26), Diario Oficial 45.231 de 27 de junio de 2003.

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".

Así las cosas, se tiene 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 educativo estatal, de la siguiente manera: *i)* Si el ingreso al servicio es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular; *ii)* Si la vinculación ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años.

3.4.2. ¿Los docentes gozan de un régimen especial de pensiones?

No, pues, aunque el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, dispuso que los educadores son empleados oficiales de régimen especial, esta disposición no regula las pensiones de jubilación ordinarias de los docentes; la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal (ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro), y a algunos temas salariales y prestacionales, tales como recibir simultáneamente pensión y sueldo (Art. 5 del Decreto 224 de 1972), gozar de pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), e incluso de pensión gracia y pensión de invalidez. Las prerrogativas antes enunciadas se reiteran mediante las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, art. 279, 60 de 1993, art. 6, y 115 de 1994, pero de ninguna manera, lo relativo al régimen pensional.

Así, al revisar las normas anteriormente citadas, **en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen "especial", tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.** Lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes. Además, las pensiones de jubilación

de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales".

Entonces, **los docentes, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones sino del derecho pensional de régimen general⁵, 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 de las establecidas en la norma general de pensiones.

3.4.3. Régimen Pensional aplicable al caso concreto:

Con el libelo de la demanda **la parte actora** pretende se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 006637 del 19 de octubre de 2015, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional por intermedio de la Secretaria de Educación de Tunja y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Entidad demandada a expedir el Acto Administrativo por medio del cual se da cumplimiento al fallo donde se incluyan todos y cada uno de los factores salariales devengados por el demandante, durante el año inmediatamente anterior al status de jubilado, es decir, desde el 21 de junio de 2014 al 20 de junio de 2015.

Por su parte, **el apoderado de la entidad accionada** solicita nieguen las pretensiones de la demanda, argumentando que el accionante no le asiste el derecho que está reclamando, pues las Leyes 33 de 1985 y 62 de 1985 establecen claramente los factores que se deben incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentran los solicitados por el actor.

De lo allegado al proceso se establece la situación fáctica en el presente caso de la siguiente manera, el señor **LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA**.

⁵ Ver sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, CONSEJERO PONENTE DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

- Nació el día diecinueve (19) de junio de mil novecientos sesenta (1960) (Fls. 109).
- Ha laborado desde el seis (06) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) (fls. 23 - 25 y 115 - 117).
- El demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado el día veinte (20) de junio de dos mil quince (2015). (Fl. 92).
- El demandante a la fecha de adquisición de su status pensional, se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fl. 92).
- Al trece (13) de febrero de 1985, fecha en la cual fue publicada la Ley 33 de 1985 en el Diario Oficial N° 36856, **el demandante no contabilizaba quince años de servicios, tal y como se encuentra acreditado en el *sub lite* a folio 115.**
- Prestó sus servicios como docente Nacional (Fls. 115 - 117).
- Se le reconoció y liquidó su pensión de jubilación mediante Resolución N° 006637 del diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015); teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior a adquirir el status de pensionado, teniéndole en cuenta para la liquidación únicamente la **asignación básica, la prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo Rector 30%, Sobresueldo Ord 23/59 20%, prima de vacaciones, prima de navidad.** (Fls. 92 - 94).
- Según Certificado de Factores salariales del año anterior a la adquisición de estatus obrante a folios 105 - 108, la accionante devengó como factores salariales: **Asignación básica, auxilio de movilización, bonificación de difícil acceso 15%, bonificación Dto. 1566/2014, prima de alimentación, prima de grado, prima de servicio, sobresueldo Rectores 30%, sobresueldo doble jornada 20%, prima de vacaciones y prima de navidad.**

En conclusión tenemos que:

FACTORES SALARIALES			
Reconocidos por el demandado		Solicitados por la accionante	Certificado de Factores salariales del año anterior a la adquisición de estatus (20 de junio de 2014 al 19 de junio de 2015) (Fis. 105 - 108)
Resolución No.	Factores reconocidos		
- 006637 del 19 de octubre de 2015	- Asignación básica. - Prima de alimentación - Prima de grado - Sobresueldo Rector 30% - Sobresueldo Ord 23/59 20% - Prima de vacaciones - Prima de navidad.	- Auxilio de movilización - Bonificación difícil acceso 15% - Bonificación Dto. 1566/2014 - Prima de servicios	- Asignación básica - Auxilio de movilización - Bonificación difícil acceso 15% - Bonificación Dto. 1566/2014 - Prima de alimentación - Prima de grado - Prima de Servicios - Sob. Rectores 30% - Sobres. Doble Jornada 20% - Prima de Vacaciones - Prima de Navidad

Para el caso en estudio, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, queda plenamente demostrado que el demandante ostenta la calidad de **docente de vinculación - Nacionalizado** que presta sus servicios desde el **diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) (Fis. 115 - 117)** razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1° de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales (entre ellas la pensión de jubilación) se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional y los nacionalizados mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, así no hay duda de que en materia de pensión de jubilación **a la parte actora le es aplicable la Ley 33 de 1985.**

Ahora, frente al régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, es del caso concluir que la parte actora no es beneficiaria del mismo, pues no disfrutaba de un régimen especial de pensiones, y **no tenía 15 años de servicios** a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, ya que inicio sus labores el día 19 de diciembre de 1983, **EN CONSECUENCIA LA LEY 33 DE 1985 SE LE APLICA EN SU TOTALIDAD.**

3.4.4. Factores de liquidación pensional:

El artículo 3° del Decreto 3752 de 2003 que establece que *"la base de liquidación de 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 Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente"*; sin embargo frente a la legalidad del mencionado artículo el H. Consejo de Estado dijo:

*"Si bien es cierto la correlación entre **cotización** y **liquidación** desarrollada en el artículo enjuiciado 3° del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de disposiciones de rango constitucional y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), también lo es que **el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el ingreso base de cotización (Ibc) y el ingreso base de liquidación (Ibl).***

(...)

*El artículo controvertido 3° del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que **se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.***⁶ (Negrilla y subraya del Despacho)"

Así mismo, acerca de la posibilidad de ajustar las pensiones de los docentes que fueron causadas y reconocidas durante la vigencia del artículo 3° del decreto reglamentario 3752 de 2003, esto es, el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2003 y el 24 de julio de 2007, la señora Ministra de Educación Nacional realizó consulta al H. Consejo de Estado, la cual se respondió el día diez (10) de agosto del 2011 así:

"El ajuste de las pensiones causadas y liquidadas durante la vigencia del decreto 3752 de 2003, con la fórmula en él establecida, sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, seis (6) de abril de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00220-01(4582-04) y 11001-03-25-000-2005-00234-00(9906-05) acumulados

2003, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley.⁷

De lo anteriormente expuesto el Despacho logra colegir que al demandante no le es aplicable el artículo 3º del Decreto N° 3752 del 22 de diciembre de 2003, pues aunque su pensión se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, esto es el diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015), su vinculación al servicio educativo estatal fue anterior a dicha ley; así consta en la Resolución N° 006637 de 2015 y el certificado de tiempo de servicios obrantes a folios 92 a 94 y 115 a 117 respectivamente en donde se observa que el docente tiene como fecha de vinculación el día diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983); aunado al hecho de que el mencionado artículo fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007.

Ahora, respecto de los **factores salariales** que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 llega a la conclusión que **la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios⁸**. En tal sentido, después de hacer un estudio de las diferentes posiciones históricas asumidas por dicha Corporación, se concluyó finalmente, que **se deben tener en cuenta todos los factores salariales que recibe el trabajador en forma habitual**, garantizando así los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral; en ese caso tuvo en cuenta factores salariales distintos de los que taxativamente menciona la Ley 62 de 1985. Por tanto, según la posición sostenida por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación a la que se hace mención, ya no pueden ser tenidos en cuenta únicamente los factores que sirvieron de base para calcular los aportes, ni los factores taxativamente señalados en algunas normas, o tan solo aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes,

⁷ Consejo De Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, diez (10) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Cuatro (4) de agosto de 2010. Radicación No 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), Actor: Luis Mario Velandia.

porque existen principios y razones de mayor peso que impiden llegar a esta conclusión, como lo señaló el Consejo de Estado.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional en reciente sentencia de unificación SU-230 del día 29 de abril de 2015⁹ estableció una interpretación sobre la aplicación del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones, lo cierto es que dicho pronunciamiento no afecta en modo alguno la forma de liquidación de la pensión del caso aquí analizado, pues en ella se hace referencia únicamente al IBL de los regímenes sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100, la cual -como se expuso anteriormente- excluyó de su aplicación en su artículo 279 a los docentes, razón por la cual -y de conformidad con el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989-, sus prestaciones económicas y sociales (entre ellas la pensión de jubilación) siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985.

Por otro lado, también debe anotarse que, revisado el texto de dicha sentencia de unificación, la H. Corte Constitucional nada consideró, ni efectuó ningún pronunciamiento respecto de los factores salariales establecidos en la Ley 33 de 1985 y, por tanto, lo cierto es que tal aspecto aún deben seguirse interpretando de acuerdo con los parámetros de la ya citada Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010, proferida por el H. Consejo de Estado.

De manera posterior se reitera el mismo criterio en providencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - proferida el 25 de febrero de 2016 - Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE – dentro del Expediente: 25000234200020130154101¹⁰ en la cual se establece que *"(...) el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el*

⁹ Referencia: Expediente T- 3.558.256. Acción de tutela instaurada por el señor Salomón Cicerón Quintero Rodríguez en contra de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Banco Popular S.A. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Referencia: Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Consejero ponente: DR. Gerardo Arenas Monsalve - Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) - Expediente: 25000234200020130154101 - Referencia: 4683-2013 - Actor: ROSA ERNESTINA AGUDELO RINCON – Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Contribución Social -UGPP-

porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4º de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso".

Así las cosas, siguiendo las directrices trazadas por la jurisprudencia, **para liquidar la pensión se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé, incluyendo las primas de navidad y vacaciones, a las cuales a pesar de tener la naturaleza de prestaciones sociales, el legislador les dio la connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978¹¹.

Lo anterior, además tiene respaldo en la jurisprudencia reciente del H. Consejo de Estado, esto es del 14 de abril de 2016¹², en la que han reiterado que para la liquidación de la pensión debe incluirse la totalidad de los factores devengados.

De lo anterior se concluye entonces, que la parte demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de estatus de pensionado. Así, de conformidad con la certificación que obra a folios 105 - 108 del expediente, en el año anterior a adquisición de estatus, el demandante percibió como factores salariales los siguientes: **Asignación básica, Auxilio de movilización, Bonificación difícil acceso 15%, Bonificación Dto. 1566/2014, Prima de alimentación, Prima de grado, Prima de Servicios, Sob. Rectores 30%, Sobres. Doble Jornada 20%, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad**; por ende, los mismos deben tenerse en cuenta para

¹¹ Ver concepto No 1393 de 18 de julio de 2002, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. C. P. Dr. Flavio Rodríguez Arce.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016), EXPEDIENTE No. 11001 - 03 - 25 - 000 - 2014 - 00528 - 00, NUMERO INTERNO: 1669 - 2014

reliquidar su pensión. Pues de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión sólo se tuvo en cuenta la asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo Rector 30%, sobresueldo Ord 23/59 20%, prima de vacaciones, prima de navidad.

En último lugar hace referencia el Despacho a la sentencia de unificación 427 de 2016¹³, proferida por la H. Corte Constitucional, señalando que ésta no se hace aplicable al caso concreto en la medida en que allí se unificó la procedencia del recurso de revisión establecido en el artículo 20 de la ley 797 de 2003, que para el caso concreto se refirió a la reliquidación de una pensión reconocida con un abuso del derecho, circunstancia está totalmente diferente al caso que aquí se debate.

4. De la prescripción:

La normatividad (artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 del Decreto 3135 de 1968) determina que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres (3) años atrás de la solicitud relevante. En el presente caso, se considera que la petición relevante corresponde al veinte (20) de enero de dos mil dieciséis (2016) (fl. 1), de tal forma que no operó la prescripción respecto de las mesadas causadas con antelación, teniendo en cuenta que la pensión vitalicia de jubilación del demandante fue reconocida el día diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015).

5. De los descuentos para aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones:

El H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, en sentencia del 19 de febrero de 2016, Sala de Decisión No. 3, con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp.: 2014-096-01, realizó un análisis en torno al criterio sustentado por el Consejo de Estado frente al tema de los descuentos a los aportes del Sistema de Seguridad Social, en el cual concluyó que la naturaleza jurídica de las cotizaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, se constata que estas constituyen una obligación de carácter

¹³ Sentencia de unificación 427/2016, Corte Constitucional, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente T-5.161.230.

parafiscal, en tanto que son producto de la soberanía fiscal de Estado y tienen destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible¹⁴.

Refiere el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá que se debe tener presente la Sentencia C-711 de 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Jaime Araujo Rentería, en la cual se expone lo siguiente:

“(…) Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aporte 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 empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal” (Negritillas fuera de texto)

Al respecto, el referido artículo 54 de la Ley 383 de 1997, “*Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones*” dispuso que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, son aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a nómina del sector privado así como el público. Allí, se incluyen o ubican los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Ahora bien, en el artículo 817 del estatuto referido, están contendidas las disposiciones sobre la extinción de la obligación, en la cual se establece que la acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años.

Agregó que en virtud del artículo 817 ibídem, la acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles, por lo que concluyó que, transcurridos cinco (5) años a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, esta prescribía y su pago, no podía ser exigido, advirtiendo a la naturaleza parafiscales de estas últimas.

¹⁴ Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ANA BEATRIZ SUELTA FIGUEROA, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-; Expediente: 15238-3331703-2014-00096-01

De acuerdo a lo Señalados los artículos 20, 22, 161 y 204 de la Ley 100 de 1993, el empleador está obligado a efectuar sus aportes y los de sus trabajadores. Si no lo hace, la entidad administradora del sistema puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá en sentencia del nueve (09) de marzo de dos mil dieciséis (2016) indica:

“(...) De todo lo anterior, determina la Sala que a pesar de que la pensión surge como consecuencia del aborro mediante los aportes, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe. Entonces, el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales. Sobre este particular, se destaca que no hay obligaciones imprescriptibles, lo que atentaría contra los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, ordenar su cumplimiento, cuando por el simple paso del tiempo se extinguieron.

Bajo esta óptica, concluye la Sala que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, permanece durante toda la vida laboral, ésta —la obligación— es susceptible del fenómeno de la prescripción, y no puede ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales. Otra será la discusión si no se realizó ninguna clase de aportes, en tanto, el derecho surge por el cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas.

Por tanto, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo durante los últimos cinco (05) años laborados, por prescripción extintiva de la obligación”.

De conformidad a los criterios trazados por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá se ordenará que la condena que resulte y sobre los factores de **auxilio de movilización, la bonificación difícil acceso 15%, la bonificación Dto. 1566/2014, la prima de servicios y el sobresueldo doble jornada 20%** a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión del señor **LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA**, se realicen los respectivos descuentos **que no se efectuaron al Sistema General de Seguridad Social** durante los últimos 5 años de vida laboral del demandante, que comprende el tiempo transcurrido entre el **19 de junio de 2010 al 19 de junio de 2015**, en virtud de la prescripción extintiva, sin que el valor a pagar supere

la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

6. El ajuste al valor:

La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

7. Los intereses:

Por último, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

8. El cumplimiento de la decisión judicial:

La administración, en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será

susceptible de recursos en vía gubernativa, para resolver en cuanto sea posible en sede administrativa, las diferencias que puedan resultar.

9. Costas:

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

De acuerdo con lo anterior, se impondrá la correspondiente condena en costas a la entidad demandada, como lo ordenan los artículos 365 a 366 del C.G.P., en la suma de SIETE MIL PESOS (\$7.000), que corresponden a los gastos en que incurrió la parte actora en el proceso de la referencia y se acreditó con la consignación obrante a folio 32 del expediente. Esto de conformidad con lo expuesto por el H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, providencia del 7 de abril de 2016¹⁵, en la que aclaro el tema de las costas en el sentido de que *"El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso¹⁶ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.¹⁷"*

¹⁵ Consejo de estado – Subsección A – Magistrado Ponente: William Hernández Gómez – Expediente: 13001-23-33-000-2013-00022-01 – Radicado Interno: 1291-2014 - siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

¹⁶ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

¹⁷ Sobre el tema más ampliamente expreso dicha Corporación:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *"subjetivo"* –CCA– a uno *"objetivo valorativo"* –CPACA–.
- b) Se concluye que es *"objetivo"* porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de *"valorativo"* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, **con el pago de gastos ordinarios del proceso** y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Primero.- Declarar la nulidad parcial de la resolución N° 006637 del diecinueve (19) de octubre de dos mil quince (2015), expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoce la pensión vitalicia de jubilación del señor **LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA**, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** relíquidar la pensión de jubilación del señor **LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 7.248.330 de Puerto Boyacá - Boyacá, conforme a las bases expuestas en la parte motiva, para lo cual se tendrá en cuenta, no sólo la **Asignación Básica, la prima de alimentación, la prima de grado, el sobresueldo Rector 30%, el sobresueldo Ord 23/59 20%, prima de vacaciones, prima de navidad** sino también: **auxilio de movilización, Bonificación difícil acceso 15%, Bonificación Dto. 1566/2014, Prima de Servicios y el sobresueldo doble jornada 20%** percibidos en el año anterior a la adquisición de status, y pagará las diferencias en las mesadas pensionales causadas.

vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

El periodo que debe tenerse en cuenta para efectuar la reliquidación pensional es el año anterior a la adquisición del status, el cuál según consta en el expediente es el comprendido entre el veinte (20) de junio de dos mil catorce (2014) al diecinueve (19) de junio de dos mil quince (2015).

Tercero.- No declarar probada la excepción de prescripción de mesadas propuesta por el apoderado de la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para efectos de reliquidar la pensión del señor **LUIS ANGEL PALACIOS MOSQUERA**, la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** deberá realizar los descuentos **que no se hubieren efectuado** al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante que corresponden al tiempo comprendido** entre el **19 de junio de 2010 al 19 de junio de 2015, por prescripción extintiva en el porcentaje que le corresponda.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** puede cobrarlos a través de procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En el caso del demandante -entonces empleado- en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

Quinto.- Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad aplicará el reajuste de valores contemplado en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Sexto.- El presente fallo se cumplirá en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Séptimo.- Condenar en costas del proceso a la parte demandada, como lo ordena el artículo 365 del C.G.P., en la suma de SIETE MIL PESOS (\$7.000), que corresponden a los gastos en que incurrió la parte actora en el proceso de la referencia y se acreditó con la consignación obrante a folio 32 del expediente, por secretaría efectúese la liquidación de las causadas conforme lo dispuesto por el Art. 366 del C.G.P., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR GIOVANNY PULIDO CAÑON

Juez