Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 05 MAY 2019

MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTE:	**JAIRO ERNESTO ESPITIA CELY**
DEMANDADO:	**NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**
EXPEDIENTE:	**15001-3333-006-2017-0134-00**

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

I.ANTECEDENTES

1.1. La demanda:

El señor JAIRO ERNESTO ESPITIA CELY, identificado con cédula de ciudadanía No.74.750.316, 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.3-4)

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Se declare nulidad parcial de la Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013, por la cual se le reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación al demandante, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, en nombre y

representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.2. Se declare nulidad de la Resolución No.003195 del 19 de mayo de 2015, a través de la cual la demandada resolvió negar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante.

1.2.3. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación del demandante con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha en la que adquirió su status pensional.

1.2.4. A título de condena, ordenar a la entidad demandada pagar a la demandante la diferencia de las mesadas pensiónales, ordinarias y adicionales; desde la fecha en que el accionante cumplió con los requisitos de la pensión jubilación, los cuales corresponden a asignación básica, prima de alimentación, horas extras, doceava prima de vacaciones y doceava prima de navidad.

1.2.5. Se condene a la demandada a indexar las sumas reconocidas, así como al pago de los intereses moratorios de las anteriores sumas de dinero, y se dé cumplimiento al fallo, conforme a lo normado en 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 nació el 15 de diciembre de 1957.

1.3.2. Que la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013, reconoció y ordenó el pago de una Pensión Vitalicia de Jubilación a favor del demandante, efectiva a partir del 16 de diciembre de 2012.

1.3.3. Que para la liquidación de la pensión de jubilación del demandante, la entidad demandada, liquido con el 75% del promedio de los factores salariales, empero desconoció el valor total de lo devengado y certificado como factor salarial por concepto de horas extras.

1.3.4. Que el 24 de noviembre de 2014 el demandante solicitó ante la demandada el reajuste de su pensión de jubilación.

1.3.5. Que la entidad demandada a través de la Resolución No.003195 del 19 de mayo de 2015, negó la solicitud de reliquidación de la pensión del demandante.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación:

Como normas violadas se establecieron las siguientes:

- De orden Constitucional: Artículos 1,2,4,5,6,13,23,25,46,[illegible]53,58,228 y 336.

- De orden legal: Ley 6 de 1945, 65 de 1946, 4 de 1966, 33 de 1985, 91 de 1989, 4 de 1992, 60 de 1993, 115 de 1994, 812 de 2003, y Decretos 1743 de 1966 y 1045 de 1978.

- Jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Indicó que la Carta fundamental en su artículo 1º prescribe que nuestro país está organizado como un Estado Social de Derecho que obliga a las autoridades a adelantar sus actuaciones dentro de los términos preestablecidos en la Constitución y la Ley. Que la Entidad accionada al negar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, viola estos principios, porque los actos atacados desconocen los derechos que le corresponden, al invocar como fundamento de su decisión una interpretación distinta y restrictiva a la que regula la normatividad aplicable en el caso bajo estudio.

Que la entidad demandada desconoció los principios de dignidad humana, seguridad social e igualdad al negar con el acto administrativo demandado la reliquidación de la pensión del demandante con la inclusión de la totalidad de los factores devengados por

durante el año en que adquirió su status, el cual está claramente consagrado en normas legales, el que debió ser protegido.

Afirmó que el artículo 53 de la Norma Superior fue transgredido por la Administración al no permitir que al demandante se le garantice el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de la pensión, al no incluir en la pensión de jubilación todos los factores salariales, así como el desconocimiento a una remuneración mínimo vital y móvil y situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Aseguró que el actor demostró cumplir los requerimientos legales para que se le incluya en el reconocimiento de su pensión vitalicia de jubilación, todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su status pensional, pero la accionada partiendo de una interpretación subjetiva de la norma, transgredió la ley e hizo nugatorio el derecho que le asistía, configurándose una violación directa de la ley sustancial, como causal de nulidad del acto impugnado.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día diez (10) de agosto de 2017 ante la Oficina de Apoyo a los Juzgados Administrativos y repartida a éste Despacho (fl.1).

Posteriormente, mediante auto del treinta y uno (31) de agosto de 2017 se admitió la demanda (fls.68-69) y se ordenó la notificación personal a la entidad demandada, actuación que se llevó conforme a la Ley según se acredita a folios 74-76 del expediente; 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 (fls.77). Así, transcurrido tal término, mediante auto del veintidós (22) de febrero de 2018 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (fl.81).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 11 de abril de 2018, según consta en el acta que reposa a folios 83 al 91 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 treinta y uno (31) de mayo de 2018, 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.121-122), en la cual se dio por finalizada la etapa probatoria y 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.

2.1. Contestación de la demanda.

Dentro del término de traslado para la contestación de la demanda, la entidad demandada guardó silencio.

2.2. Militan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl.31)
- Copia de la Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a la accionante (fls.29-30)
- Copia de la Resolución No.003195 del 19 de mayo de 2015, por medio de la cual la demandada negó la solicitud de ajuste de la pensión de jubilación del demandante (fls.27-28)
- Copia de la certificación de factores salariales percibidos por la accionante durante el periodo entre diciembre de 2011 a diciembre de 2012 (fls.34-35)
- Copia del expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del presente proceso (fls.36-66)
- Oficio del 3 de mayo de 2018 a través del cual la Secretaría de Educación Boyacá allegó información relacionada con el factor de horas extras laboradas por el demandante, y que se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión del demandante (fls.105-118)

2.3. Alegatos de conclusión.

Alegatos de la parte demandada (fls.124-131)

El apoderado de la entidad demandada manifiesta oponerse a la prosperidad de las pretensiones, peticiones y declaraciones presentadas por la demandante, señala que no le asiste al demandante el derecho que reclama, ya que los factores incluidos en la liquidación de la pensión de jubilación fueron lo que expresamente señala la ley, y el que se pretende agregar no se encuentran consagrados en ella, así que de fallarse a favor del demandante se aumentaría el monto de la pensión perjudicando sin derecho a ello e innecesariamente el presupuesto disponible para el correcto funcionamiento del sistema.

Refiere que al demandante 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 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.

Señala que en este sentido 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 los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las prensiones es taxativa, como lo señaló el M.P. Gerardo Arenas Monsalve en su salvamento de voto en la sentencia del Consejo de Estado del 10 de agosto de 2010, por estar acorde con el inciso 12 del artículo 48 constitucional y la sentencia c-258 de 2013 de la Corte Constitucional.

En tal sentido, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que al 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 encuentra el solicitado por el demandante.

Argumenta que la demandada no es la autoridad competente para reconocer y/o pagar prestaciones pendientes, en tanto el acto administrativo demandado no fue proferido por la entidad demandada, como quiera que tanto el reconocimiento de la prestación como la inclusión de los factores salariales se realizó por parte de la Secretaria de Educación de Boyacá y no contiene la manifestación de la voluntad del Ministerio de Educación, por lo tanto no es a quien le compete atender los pedimentos formulados por el demandante.

La parte accionante y el Ministerio Publico 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.

Planteamiento del problema a resolver

Debe determinar este Despacho si las Resoluciones No.007997 del 13 de diciembre de 2013 y 003195 del 19 de mayo de 2015, proferidas por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación de Boyacá, se encuentran incursas en alguna causal de nulidad, y en consecuencia determinar, si al demandante le asiste el derecho de que su pensión de jubilación sea reliquidada con la inclusión del monto total devengado por concepto de horas extras durante el año en que adquirió su estatus como pensionado, esto es, entre el 16 de diciembre de 2011 y el 15 de diciembre de 2012.

Igualmente, si dicha obligación conlleva al pago del valor de las mesadas pensionales y adicionales y sus respectivos reajustes, al ajuste previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, al pago de intereses moratorios conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A., y a la condena al pago de costas y agencias en derecho.

Para resolver lo anterior, esta instancia abordará el siguiente problema jurídico:

(i) ¿Al demandante le asiste el derecho de que su pensión de jubilación sea reliquidada con la inclusión del monto total devengado por concepto de horas extras durante el año en que adquirió su estatus como pensionado, esto es, entre el 16 de diciembre de 2011 y el 15 de diciembre de 2012?

En ese orden de ideas, el Despacho encuentra probados los siguientes hechos:

- Que el señor Jairo Ernesto Espitia Cely nació el 15 de diciembre de 1957 de conformidad su cédula de ciudadanía (fl.31).

- Que la Secretaría de Educación de Boyacá certificó que el demandante devengó durante el año anterior a su adquisición de su status pensional, esto es, entre el 16 de diciembre de 2011 y el 15 de diciembre de 2012 los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y horas extras (fls.34 y 35).

- Que conforme al certificado de factores salariales en lo que tiene que ver con el factor denominado horas extras, el demandante percibió $219.126 durante los meses de febrero a noviembre de 2012 (fls.34 y 35).

- Que mediante Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013, el Ministerio de Educación Nacional - Secretaria de Educación de Boyacá le reconoció la pensión de jubilación a la demandante teniendo en cuenta para el efecto los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y horas extras (fls.24-26); en cuanto al monto que se tuvo en cuenta para liquidar la pensión en relación con el factor de horas extras correspondió a la suma de $22.134.

- Que el demandante mediante petición del 24 de noviembre de 2014, solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión del total del monto devengado por horas extras durante el año anterior a su adquisición de su status pensional (fls.27).

-Que a través de la Resolución No.003195 del 19 de mayo de 2015, la accionada negó el ajuste de la pensión vitalicia de jubilación reconocida al demandante según la Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013 (fls.27-28).

De conformidad con el anterior acervo probatorio, procede el Despacho a desatar la controversia para lo cual se considera necesario determinar: *(i)* régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales; *(ii)* el régimen de jubilación aplicable al demandante; *(iii)* caso concreto; *(iv)* prescripción de mesadas; *(v)* descuentos para aportes al sistema de seguridad social en pensiones; y *(vi)* ajuste al valor e intereses.

I. -Régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales

La Ley 6ª de 1945 sobre prestaciones oficiales consagró:

> *"Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*
> ...
> *b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a...".*

En principio esta ley 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. Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

Luego el Decreto-Ley 3135 de 1968, disponía:

> *"Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio" (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).*

Tanto el Decreto-Ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidió y 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 6ª de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

Con posterioridad se expidió el estatuto docente con el Decreto Ley 2277 de 1979, que comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985 que en su artículo 1º establece:

> *"Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*
>
> *No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo. 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*
>
> *Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*
>
> *Par. 3º. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.".*

Como se advierte, la normativa en cita es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

De su aplicación se exceptúan tres casos:

> *1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*
>
> *2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre edad pensional que regían con anterioridad.*

"Así mismo, se 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...".

En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas 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.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

"Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente"[1].

De otra parte, 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."*

Como puede observarse 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.

En efecto, 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 nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª 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".

Ahora bien, en este punto no puede perderse de vista lo estatuido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, cuyo texto señala:

---

[1] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 23 de septiembre de 2010. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad".

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

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

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

La Ley 60 de 1993, dispone en su artículo 6º 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. ..."

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

II. -Régimen de jubilación aplicable al demandante

En primer lugar es del caso aclarar que en materia de pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios con respecto al tratamiento relativo a las normas que regulan su actividad. En efecto, los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Así entonces, y de acuerdo al asunto planteado, es importante determinar las diferentes normas que rigen la pensión de jubilación, en términos generales para funcionarios públicos, en razón de que en materia de jubilación los docentes no gozan de régimen especial.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

> *"Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente"*[3].

En relación con este tópico la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, donde el alto Tribunal estableció la sub-regla que debe observarse para resolver asuntos como el que actualmente se examina, 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, actuando en consonancia con lo previsto en la decisión precitada, 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

[3] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 23 de septiembre de 2010. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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

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

Por su parte, el Acto Legislativo No. 01 de 2005 señaló:

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

De las disposiciones en cita se deduce que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda según la fecha en que se hayan vinculado, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial. Al respecto el Consejo de Estado, ha señalado:

"En la actualidad hay dos situaciones:

- *La de los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, **es la establecida en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha**, sin que termine el 31 de Julio de 2010.*

- *La de los docentes oficiales vinculados a partir de: 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres, sin que termine el 31 de Julio de 2010."[2] (Negrillas fuera del texto).*

Bajo este contexto queda establecido que la Ley 812 de 2003 es aplicable siempre y cuando los docentes se vinculen con posterioridad a la fecha de su vigencia (27 de junio de 2003), en tanto que quienes ingresaron con anterioridad a esa fecha le son aplicables las normas que con antelación rigen la materia.

---

[2] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta de 10 de septiembre de 2008. Radicación No. 1857. Consejero Ponente Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

enunciados, luego no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación del servicio. Además, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, **aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.**

Así las cosas, no obstante ser aplicables a la parte actora, para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación, las normas establecidas en la precitada Ley 33 de 1985, 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 de servicio. Luego, para establecer la forma como debe liquidarse dicha prestación periódica ha de atenderse ese criterio, en consonancia con los principios ya enunciados, así como los derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral.

Según la jurisprudencia de la cual se viene hablando, acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978, los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de determinar el monto pensional eran superiores a los enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985, disposiciones que por demás no contienen una lista taxativa de los factores salariales que han de servir de base para establecer el salario plante de liquidación, sino meramente enunciativa, lo que permite incluir otros que también fueron devengados por el trabajador en el último año de servicio, criterio que hace reconocimiento también del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que impone tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral por parte del trabajador.

En ese orden de ideas, éste Despacho seguirá acatando el pronunciamiento proferido por el Consejo de Estado- en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, dado que se trata del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa.

III. -Caso en concreto

Tomando en consideración lo antes expuesto el Despacho realizará el análisis del caso, bajo los siguientes parámetros.

De las pruebas allegadas al plenario, se encuentra acreditado lo siguiente:

El señor Jairo Ernesto Espitia Cely nació el 15 de diciembre de 1957 (fl.31) y de conformidad con la Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013 se vinculó al servicio el 21 de agosto de 1981 (fl.29-30).

Como ingresó al servicio educativo estatal el 21 de agosto de 1981, según consta en la Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013 "*por medio de la cual se le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación*" (fls.29-30), es evidente que el régimen pensional es el anterior al establecido por la Ley 812 de 2003.

Establecido como quedó en líneas atrás que los ordenamientos que rigen la liquidación pensional de la demandante son las Leyes 33 y 62 de 1985, para efectos de la reliquidación de su pensión de jubilación, está claro que el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional **el total del monto de los factores devengados durante el año anterior a que adquiriera su status pensional**.

De conformidad con el certificado de factores salariales el demandante percibió los siguientes emolumentos en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional; esto es, del 16 de diciembre de 2011 al 15 de diciembre de 2012: asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y horas extras (fls.34-35), y en lo que tiene que ver con el factor denominado horas extras, el actor percibió $219.126 durante los meses de febrero a noviembre de 2012 (fls.34 y 35).

Para liquidar la pensión de jubilación del demandante conforme la Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013 (fl.29-30), la entidad demandada tuvo en cuenta los factores antes enunciados; no obstante, en lo referente al factor de horas extras, el monto asumido para efectuar la liquidación fue de $22.134, el cual resulta inferior al devengado por el accionante durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, situación que como ya se mencionó se corrobora del certificado de factores salariales obrante a folios 34 y 35 del plenario.

Así las cosas, y como se indicó en precedencia, la pensión del demandante deberá liquidarse con base en el 75% de lo devengado en el último año de adquisición del status pensional, incluyendo para tal efecto además de los emolumentos que se tuvieron en cuenta en la Resolución No.007997 del 13 de diciembre de 2013, **el total del valor devengado por el demandante por concepto de horas extras.**

IV. -Prescripción de mesadas:

Las mesadas pensionales, por tratarse de una prestación de carácter periódico, pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados –art. 164 núm. 1º 2 c) del C.P.A.C.A-, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibirlas. En lo pertinente, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

> *"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
>
> *2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".*

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles.

En ese orden de ideas, se tiene:

- ✓ Que la demandada a través de la Resolución No 007997 del 13 de diciembre de 2013 le reconoció al señor Jairo Ernesto Espitia Cely su pensión de jubilación con efectividad a partir del 16 de diciembre de 2012 (fl.29-30).

- ✓ Que el actor acudió en demanda ante la jurisdicción el 10 de agosto de 2017 (fl.1).

De conformidad con lo expuesto, hay lugar a decretar la prescripción trienal de las diferencias de las mesadas reconocidas, toda vez que su exigibilidad se dio a partir del 16 de diciembre de 2012 (fecha de adquisición del status pensional) y la demanda se radicó el 10 de agosto de 2017, por lo que se cumplen los presupuestos que para tal fin prevé en

el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, para declarar prescritas las diferencias pensionales causadas, con anterioridad al 10 de agosto de 2014.

V. -De los descuentos para aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones

El Tribunal 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 parafiscal, en tanto que son producto de la soberanía fiscal de Estado y tienen destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible[4].

El 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.

---

[4] 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 señalado en 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.

De conformidad a los criterios trazados por el Tribunal Administrativo de Boyacá se ordenará que la condena que resulte y sobre el factor de las horas extras a tener en cuenta para la reliquidación de la pensión del señor **Jairo Ernesto Espitia Cely**, se realicen los respectivos descuentos que no se efectuaron al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones**, durante los años que haya devengado los mencionados factores,** sin superar los últimos 5 años de vida laboral de la demandante, que comprende el tiempo transcurrido entre el 16 de diciembre de 2007 al 15 de diciembre de 2012, en virtud de la prescripción extintiva, sin que el valor a pagar supere la condena atendiendo a la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

V.I. El ajuste al valor e intereses

La suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, en los términos del artículo 187 del CPACA, 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.

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 artículo 192 del CPACA.

VII. Costas

Como quiera que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente el Despacho se abstendrá en condenar en costas a la parte vencida, tal como lo establece el numeral 5º del artículo 365 del CGP.

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 No.007997 del 13 de diciembre de 2013, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaria de Educación de Boyacá reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación al señor JAIRO ERNESTO ESPITIA CELY, de acuerdo con las razones expuestas de la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Declarar la nulidad de la Resolución No.003195 del 19 de mayo de 2015, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaria de Educación de Boyacá negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación al señor JAIRO ERNESTO ESPITIA CELY, conforme a lo expuesto en precedencia.

Tercero.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar y pagar al señor **JAIRO ERNESTO ESPITIA CELY** identificado con cédula de ciudadanía No.74.750.316 las diferencias de las mesadas pensionales ya

reconocidas en cuantía de 75%, teniendo en cuenta además de los ya incluidos en su base de liquidación, el total de lo devengado por concepto de horas extras devengadas en el último año de adquisición del status pensional, efectiva a partir del 24 de junio de 2014. La reliquidación o el pago de las diferencias pensionales se surtirán a partir 15 de diciembre de 2012. Sin embargo sus efectos fiscales serán a partir de 10 de agosto de 2014 por el fenómeno prescriptivo.

El periodo que debe tenerse en cuenta para efectuar la reliquidación pensional es el último año de adquisición del status pensional, el cuál según consta en el expediente es el comprendido entre el del 16 de diciembre de 2011 al 15 de diciembre de 2012.

Cuarto.- Del valor total liquidado a favor de la demandante, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio descontará el valor de los aportes al Sistema de Seguridad Social en la proporción que corresponda al trabajador, que el interesado no haya cubierto respecto del monto correspondiente al factor de horas extras que se ordena incluir, durante los años que haya devengado, sin superar los últimos 5 años de vida laboral que comprende el tiempo transcurrido entre el **16 de diciembre de 2007 al 15 de diciembre de 2012**, en virtud de la prescripción extintiva, sin que el valor a pagar supere la condena atendiendo a la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social. En consecuencia queda condicionado a la elaboración por parte de la entidad demandada, de una formula actuarial cuya protección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo Nº 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Quinto.- Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como bases el Índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., y devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 *ibídem*.

Sexto.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Octavo.- Sin condena en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Noveno.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Décimo.- Por Secretaria y si la providencia no fuere apelada expídase copia auténtica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte interesada.

Undécimo.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase a los interesados.

Notifíquese y cúmplase

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez