



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

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, seis (6) de abril de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN No.	15001-33-33-007-2015-00162-00
DEMANDANTE:	ROSA CRISTINA NIÑO AVENDAÑO
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
VINCULADO:	ELVIRA MARIÑO DE LEANDRO
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir Sentencia de Primera Instancia dentro del asunto de la referencia en los siguientes términos:

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. Pretensiones

La señora **Rosa Cristina Niño Avendaño**, a través de apoderado judicial, acude ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho**, en procura de obtener la nulidad de la Resolución RDP 0838 de 2 de julio de 2015, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación post-mortem, reconocida a la accionante, en su condición de compañera permanente del señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante en su último año de servicios.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene la reliquidación de la pensión, *"...teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio oficial..." (f. 4)*, con efectos fiscales a partir del 28 de agosto de 2002, día siguiente al fallecimiento del causante.

Así mismo, solicita que se condene a la accionada a pagar las diferencias junto con los ajustes de valor, conforme al IPC, desde el 28 de agosto de 2002 y hasta cuando se pague la totalidad de la condena, conforme al artículo 187 del CPACA.

Finalmente, que se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios, conforme al artículo 192 del CPACA.

2. Fundamentos Fácticos

El apoderado de la parte actora refiere que el señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), laboró por más de veinte (20) años, al servicio de la docencia oficial en la Institución Educativa INEM Carlos Arturo Torres de la ciudad de Tunja, esto es, entre el 1º de junio de 1981 y hasta el 30 de mayo de 2002.

Expone que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a través de Resolución 1475 de 8 de octubre de 2011, reconoció pensión vitalicia de jubilación a favor del citado señor, con efectividad a partir del 12 de marzo de 1996, incluyendo como único factor salarial la asignación básica.

Aduce que el señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD) fue retirado del servicio docente oficial, mediante Decreto 0928 de 30 de mayo de 2002, con efectos a partir de la misma calenda.

Relata que la actora promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicada bajo el número 2007-00286, la cual fue resuelta en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, a través de su Sala de Descongestión, mediante fallo de 14 de agosto de 2012, a través del cual se ordenó a la accionada a reconocer y pagar sustitución de la pensión del causante, a favor de la señora Rosa Cristina Niño Avendaño hoy demandante, en cuantía del cincuenta por ciento (50%), a partir del 28 de agosto de 2002. Agrega que en dicho asunto no se debatió ni se decidió acerca de la determinación del Ingreso Base de Liquidación (IBL) de la mesada pensional.

Manifiesta que con Resolución 0580 de 9 de agosto de 2013 se dio cumplimiento al fallo, ordenándose el pago de la prestación en el porcentaje ordenado por el Tribunal.

Expone que el 23 de mayo de 2014, se solicitó ante la accionada reliquidación de la pensión post mortem, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, a fin de tener en cuenta factores no incluidos como la prima de vacaciones y la prima de navidad. Describe que a través del acto demandado, la Entidad accionada negó la reliquidación de la pensión solicitada.

Finalmente indica que durante el último año de servicios, el causante devengó los siguientes factores salariales no incluidos:

- a. Prima de vacaciones**
- b. Prima de navidad**

3. Fundamentos jurídicos

Estima como violados los artículos 2, 6, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; 10 de la Ley 57 de 1887; 5 de las Leyes 33 y 62 de 1985; la Ley 4 de 1966, el Decreto Ley 1045 de 1978; la Ley 812 de 2003; el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 y la Ley 1437 de 2011.

Indica que con el acto demandado se dejó de aplicar la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, dado que no se incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año. Expone que una interpretación basada en principios superiores de favorabilidad, igualdad y equidad, permite considerar que los factores enlistados en la disposición legal no son taxativos sino meramente enunciativos, lo que significa que no excluye otros que por su naturaleza deben incluirse en la liquidación final de la pensión, por haberse percibido de forma habitual y periódica por el servidor.

Explica que si bien es cierto, las Leyes 33 y 62 de 1985 establecieron que la pensión debe liquidarse sobre los factores que constituyen la base para los aportes, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que si el pagador no descontó los valores de cotización, lo podrá hacer al momento de liquidar y pagar la pensión. Líneas adelante agrega que de igual forma se ha decantado por el Máximo Órgano que las pensiones deben ser liquidadas con base en todo lo que recibe el trabajador de forma mensual o periódica, pues ello constituye salario.

Expone que la accionada desconoce la jurisprudencia aplicable, pues como el docente perteneció al servicio oficial docente, se deben incluir todos los factores, para efectos de reconocer la pensión de jubilación post-mortem.

Sostiene que aunque el Decreto 3752 de 2003 establecía cuál era el ingreso base de cotización y liquidación de las prestaciones sociales, dicha normatividad fue derogada expresamente por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007. Agrega que la Entidad demandada está aplicando de forma restrictiva y equivocada una nueva ley, pues la cuantía de la pensión asciende al setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios devengados en el último año de servicio, incluyendo todos los factores.

De otra parte, aclara que aunque se tramitó la acción de nulidad y restablecimiento radicada bajo el número 2007-00286, entre las mismas partes, no existe identidad de objeto ni de causa, por lo que no hay lugar a la cosa juzgada, habida cuenta que en dicho proceso no se discutió lo relacionado con la cuantía de la pensión.

Refiere que en este caso, la actuación demandada incurre en falsa motivación, pues los verdaderos fundamentos de hecho y de derecho que debió contener la Resolución demandada, son aquellos que

contienen la interpretación correcta de la norma aplicable, conforme a lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010 y reliquidar la pensión con inclusión de todos los factores que constituyen salario.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de agosto de 2015 ante la Oficina de Apoyo Judicial de Tunja (f. 14), siendo asignada a este Despacho mediante acta individual de la misma fecha (f. 51), por lo que se procedió a su admisión a través de proveído de 29 de octubre de 2015 (f. 53).

Surtidos los traslados de ley y corrido el traslado de las excepciones (f. 95), con auto de 24 de junio de 2016 se concedió a la parte demandada el término de diez (10) días para que subsanara la contestación de la demanda (f. 99) y a través de proveído de 1º de agosto de 2016 se convocó a las partes para la práctica de la audiencia inicial (f. 102), diligencia que se llevó a cabo el día 20 de septiembre de 2016 (f. 109-111).

A través de providencia de fecha 24 de febrero de 2017 (f. 136-138), se vinculó como litisconsorte cuasi-necesario a la señora Elvira Mariño de Leandro, quien compareció al proceso a través de apoderada judicial (f. 155-161) formulando pretensiones frente a la Entidad demandada (f. 160).

Mediante auto de 2 de agosto de 2017 (f. 170), se fijó fecha para reanudar la audiencia inicial, la cual se efectuó el 31 de agosto del mismo año (f. 172-175), donde entre otros aspectos, se decretaron las pruebas del proceso. El 17 de noviembre de 2017 se adelantó la audiencia de pruebas (f. 284-286), en la cual se dio por finalizada la segunda etapa del proceso y se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, disponiendo la presentación escrita de alegatos de conclusión.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Acorde con lo señalado en auto de 1º de agosto de 2016 (f. 102), la demanda se tuvo como no contestada en atención a que la contestación no fue subsanada en los términos de la providencia de 24 de junio de 2016.

IV. INTERVENCIÓN ELVIRA MARIÑO DE LEANDRO

La señora **Elvira Mariño de Leandro**, a través de apoderada judicial, mediante escrito radicado el 19 de mayo de 2017, compareció al proceso manifestando su interés directo en el medio de control formulando las siguientes:

1. Pretensiones

Solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 0838 de 2 de julio de 2015.

A título de restablecimiento, demanda que se ordene a la accionada, a reliquidar la pensión post mortem y en consecuencia, se efectúe el ajuste de la sustitución pensional, teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios del causante, con efectos fiscales a partir del día 28 de agosto de 2002.

Así mismo, pide que se condene el pago de los ajustes de valor conforme al IPC, respecto de las diferencias no reconocidas, desde el 28 de agosto de 2002 y hasta la fecha del pago total de la obligación. Solicita también que se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios, las costas procesales y las agencias en derecho.

2. Fundamentos fácticos

Señala que son ciertos los hechos narrados en la demanda inicial, aclarando que la condena proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, en el que se resolvió conceder a la señora Rosa Cristina Niño Avendaño, en su condición de compañera permanente, el cincuenta por ciento (50%) de la pensión, salvaguardó el porcentaje que por derecho le corresponde a la señora Elvira Mariño de Leandro, en su condición de cónyuge. Agrega que la prestación se reconoció a partir del 28 de agosto de 2002, día siguiente a la defunción del señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD).

Precisa que a pesar del fallo de 14 de agosto de 2012, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio continuó con la negativa a reconocer la sustitución de la pensión a favor de la señora Elvira Mariño de Leandro, por lo que se interpuso acción de tutela ante el Consejo de Estado, que en fallo de 14 de octubre de 2014 ordenó a la Entidad observar el reconocimiento y pago del cincuenta por ciento (50%) de la prestación.

Expone que a través de Resolución 00387 de 2 de julio de 2015, en cumplimiento al fallo de tutela, se reconoció la pensión. Agrega que entre la expedición del acto y la fecha de presentación de la solicitud ad excluendum no han transcurrido tres (3) años, razón por la cual se debe condenar a la accionada al pago de los excedentes por concepto de factores salariales no incluidos en la liquidación, es decir, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

3. Fundamentos jurídicos

Estima como violados los artículos 2, 6, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; 5 de la Ley 57 de 1887; las Leyes 33 y 62 de 1985; 4ª de 1966; 812 de 2003 y 1437 de 2011; y el Decreto Ley 1045 de 1978.

Expresa que las normas invocadas son claras en indicar cuáles conceptos hacen parte del salario y cuáles son los que se deben tener en cuenta para la liquidación final de la pensión. Agrega que el Consejo de Estado ha sido reiterativo y enfático en que se deben incluir todos los factores que el trabajador percibe de forma mensual, habitual o periódica, indistintamente del nombre que se les asigne.

Cita la sentencia de 4 de agosto de 2010, radicado interno (0112-09) y señala que la reliquidación de la pensión debe efectuarse conforme a lo devengado por el causante en el último año de servicio, tomando como base la certificación de salarios y devengados expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá. Aclara que en lo que corresponde al período del 01 de enero al 30 de mayo de 2002, no se muestran los factores salariales o su proporcionalidad, por lo que se debe calcular el promedio, conforme al certificado expedido el 26 de mayo de 2015 que incluye la prima de navidad para el año 2002.

Considera que se debe tener en cuenta las siguientes sumas para efectos de liquidación de la pensión:

<i>Asignación Básica 2001 (Desde el 01 de junio al último de diciembre – 7 meses)</i>	<i>\$10.586.597</i>
<i>Prima de vacaciones 7 meses (factor de salario no incluido)</i>	<i>\$882.217</i>
<i>Prima de navidad 7 meses (factor de salario no incluido)</i>	<i>\$918.975</i>
<i>Asignación Básica 2002 (Desde el 01 de enero al 30 de mayo – 5 meses)</i>	<i>\$7.930.875</i>
<i>Prima de Navidad 5 meses (factor de salario no incluido) (certificación 26 de marzo de 2005)</i>	<i>\$528.725</i>
<i>Prima de vacaciones 5 meses (factor de salario no incluido) (promedio que debe certificar la Secretaría de Educación)</i>	<i>\$678.361</i>
<i>TOTAL SALARIOS EN EL ULTIMO AÑO (Promedio)</i>	<i>\$21.252.750</i>

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar (f. 285 vto.), las partes presentaron alegatos en los siguientes términos:

1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (f. 288 s.)

Refiere que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales deben liquidarse con base en los factores que hayan servido de base para calcular los aportes,

siempre y cuando sean taxativamente los señalados en la Ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema.

Expresa que la sentencia de unificación de 04 de agosto de 2010 no cumplió el procedimiento que establece el artículo 271 del CPACA, razón por la cual no tiene la calidad que se le asigna, pues al momento de proferirse no existía procedimiento y valor respectivo, por lo que atendiendo a los principios de la interpretación jurídica, se debe concluir que la interpretación correcta es la que establece que los factores a tener en cuenta para liquidar las pensiones son los taxativamente señalados en la norma, tal como lo expuso el Consejero Gerardo Arenas Monsalve en su salvamento de voto y lo indicó la Sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional.

De otra parte señala que por regla general, los derechos laborales prescriben en tres (3) años, término que solo puede prorrogarse por una (1ª) vez, conforme a los Decreto 1848 de 1969 y 3135 de 1968.

Así mismo, sostiene que del procedimiento establecido en el Decreto 1075 de 2015, para el reconocimiento y pago de las prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se colige que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación - Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado, pues corresponde a las Entidades Territoriales y a la sociedad Fiduciaria que administra el Fondo, el reconocimiento y pago de la obligación, conforme al Contrato de Fiducia Mercantil No. 83 de 1990.

2. Parte actora (f. 297 s.)

Insiste que debe aplicarse el régimen pensional contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante en el último de servicios, por ser ésta la mejor interpretación conforme a los principios de favorabilidad, igualdad y equidad. Concluye que en consecuencia, además de la asignación básica, deben incluirse las primas de vacaciones y navidad en la base de liquidación de la prestación.

3. Interviniente (f. 300 s.)

Sostiene la apoderada que las pretensiones formuladas en el escrito presentado por la interviniente están llamadas a prosperar, declarando la nulidad del acto que negó la reliquidación de la pensión post mortem, pues el mismo desconoce la ley y la jurisprudencia aplicable a los docentes oficiales. Agrega que en consecuencia, se deben incluir todos los factores de salario devengados en el último año de servicios por el causante, en proporción al cincuenta por ciento (50%) que le corresponde a cada una de las beneficiarias de la prestación y con efectos fiscales a partir del 28 de agosto de 2002.

Expone que la Entidad demandada no hizo oposición alguna, al punto que no se hizo presente en la audiencia inicial.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Setenta y Cinco Judicial, mediante concepto (f. 305-311), luego de resumir las pretensiones, hechos y contestación de la demanda, indica que el problema jurídico del presente asunto se contrae a determinar si a la señora Rosa Cristina Niño Avendaño le asiste el derecho a que en la pensión de sobrevivientes ya reconocida, le sean incluidos todos los factores componentes de salario, devengados por el causante en su último año de servicio oficial docente.

Manifiesta que conforme al material probatorio allegado al expediente, la señora Rosa Cristina Niño Avendaño percibe el cincuenta por ciento (50%) de la sustitución pensional como consecuencia del fallecimiento del señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), reconocida mediante Resolución 0580 de 9 de agosto de 2013, efectiva a partir del 28 de agosto de 2002.

Expresa que sin embargo, en la citada Resolución, se liquidó la pensión únicamente con la asignación básica, esto es, sin tener en cuenta las sumas percibidas durante el último año base de liquidación (2001-2002), dejando por fuera los demás factores percibidos, como la prima de vacaciones y la prima de navidad, determinación que se aparta del principio de favorabilidad laboral, así como de la sentencia de unificación sobre reliquidación de pensiones.

Expone que a la señora Elvira Mariño de Leandro, en su calidad de cónyuge, también le fue reconocida la sustitución de la pensión en cuantía del cincuenta por ciento (50%), mediante Resolución 0037 de 2 de julio de 2015, razón por la cual, al haberse decidido el asunto de la sustitución pensional, se le debió incluir a cada una de las beneficiarias, los factores percibidos por el causante en el último año de servicios. Afirma que por tal razón, el acto acusado adolece de nulidad total, pues viola las normas constitucionales y legales, además que desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Concluye que en consecuencia, resulta acertado reliquidar la pensión de sobrevivientes a las señoras Rosa Cristina Niño Avendaño y Elvira Mariño de Leandro, tomando como base todos y cada uno de los factores que constituyen salario, devengados en el último año de servicios por el señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), por lo que se debe incluir la prima de vacaciones y la prima de navidad, conforme a la certificación de salarios que reposa en el expediente administrativo.

VII. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, resulta procedente proferir la decisión que en derecho corresponda.

1. Problema jurídico

El presente asunto se contrae a determinar si la accionante y la vinculada tienen derecho a que se reliquide la cuota parte de la pensión que le fuere reconocida en sustitución del señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), con inclusión de todos los factores salariales que dicho causante devengó durante el último año de servicios como docente.

2. Marco jurídico aplicable y resolución del caso concreto

En aras de resolver el problema jurídico propuesto, se abordará el análisis de los siguientes puntos: **i)** Legitimación material en la causa por pasiva; **ii)** Régimen pensional de los docentes; **iii)** factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de pensión de jubilación – sentencia de unificación; **iv)** caso concreto y; **v)** prescripción extintiva.

2.1. Legitimación material en la causa por pasiva

Con ocasión al escrito de alegatos de conclusión, señaló el apoderado de la Entidad demandada que del procedimiento establecido en el Decreto 1075 de 2015, para el reconocimiento y pago de las prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se colige que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación - Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado, pues corresponde a las Entidades Territoriales y a la sociedad Fiduciaria que administra el Fondo, el reconocimiento y pago de la obligación, conforme al Contrato de Fiducia Mercantil No. 83 de 1990.

Frente a tal situación, ha de advertirse que si bien es cierto, la situación relacionada con la legitimación en la causa puede constituir una excepción y por ello, debió formularse al momento de contestar la demanda, en este estadio procesal, es procedente analizar los argumentos expuestos por la Entidad accionada en la etapa de alegatos, habida cuenta que la legitimación material constituye una situación que corresponde al fallador analizar en la sentencia, dado que enmarca la discusión que permite decantar cuál es el vínculo de la parte con los hechos de la demanda, en orden a establecer si ante una eventual condena, estaría llamada a responder frente a las pretensiones deprecadas.

Así entonces, para resolver la situación alegada, es necesario recordar que de conformidad con las normas que rigen la materia, esto es, las previsiones contenidas en el artículo 9º de la Ley 91 de 1989, en concordancia con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, así como en el capítulo II del Decreto 2831 del mismo año, cuyas normas fueron recopiladas por el Decreto 1075 de 2015, aun cuando la gestión de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales cuyo pago se encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, previa aprobación de la Entidad Fiduciaria que se encarga de su pago, lo cierto es que aquellas dependencias, es decir las Secretarías de Educación, actúan en representación de la Nación, entidad a la que realmente corresponde la cuenta especial conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por consiguiente, para el Despacho es claro que ante una eventual condena, la Entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda sería la Nación – Ministerio de Educación Nacional, en su condición de titular de la cuenta conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que pueda afirmarse que las competencias asignadas a las autoridades territoriales o a la entidad fiduciaria, la releven de su obligación.

2.2. Normas que han regulado el derecho a la pensión de jubilación aplicable a los docentes oficiales

Las normas que en materia de pensión ordinaria de jubilación han regulado este derecho como régimen general, son las siguientes:

El literal b) del art. 17 de la Ley 6 de 1945 estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 de servicios continuo o discontinuo. En materia pensional esta Ley rigió en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1.968.

Posteriormente, el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 en concordancia con el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, varió la edad de jubilación de los varones y la estableció en 55 años, continuando con los mismos 20 años de servicio; mientras que las mujeres siguen adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad, norma que cobijo exclusivamente a los empleados oficiales del orden nacional. El Decreto 3135 de 1.968 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".- (Resaltado y subrayado fuera del texto

original).

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, que modificó en su parte pertinente el literal b) del art. 17 de la Ley 6 de 1945.

El art. 1 de la Ley 33 de 1985 equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación, se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones, bajo el siguiente tenor literal:

"Art. 1.- 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 le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajen 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 2. 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 años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) años 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.

Parágrafo 3°. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.

(...)

"Art. 25.- Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1.968 y demás disposiciones que sean contrarias." (Resaltado y subrayado fuera del texto original)

Tal como concluye el Consejo de Estado¹, la Ley 33 de 1.985, obliga desde el 13 de febrero de 1.985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción; 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 exceptúa 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 que regían con anterioridad.*
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. Destaca adicionalmente que esta Ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1.968.*

Luego de haberse proferido la Ley 33 de 1985, **se expidió la Ley 91 de 1989**, la cual **creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**. Sobre el tema dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 2. *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 (...)*

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.*

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." (Resaltado y subrayado fuera de texto original).

Ahora bien, por su parte el artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989 dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 15. *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 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección "B" C.P.: TARSICIO CÁCERES TORO. Sentencia 24 de Noviembre de 2.005 Rad. No.: 15001-23-31-000-2000-00030-01.

*Pensiones: (...) B. Para los docentes vinculados a partir del 01 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. **Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional** y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Negrilla fuera de texto)*

De conformidad con las normas transcritas es claro que el régimen jurídico pensional aplicable a los docentes oficiales nacionales por remisión expresa, corresponde al vigente para el sector público del orden nacional; razón por la cual es claro para el Despacho, que el personal docente no goza de ninguna regulación normativa especial sobre la materia.

Por consiguiente, corresponderá a este estrado judicial aplicar la normatividad vigente al caso concreto que regule el tema de pensiones del personal público nacional.

Lo anteriormente expuesto fue desarrollado de igual manera en la Ley 812 de 2003, la cual en su artículo 81, dispuso:

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

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

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado en reciente jurisprudencia² ha sido uniforme al establecer que el régimen en materia pensional de los docentes no es especial por cuanto el mismo se remite a las normas de contenido general aplicables para los empleados públicos nacionales. Así por ejemplo y en la misma línea, en Sentencia de la Sección Segunda Subsección “A” de fecha diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010), siendo C.P. el Doctor GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN, dentro del expediente con radicación No.15001-23-31-000-2002-00081-01(1311-09), se dispuso lo siguiente:

² Sentencia Sección Segunda Subsección “B”. C.P. doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, 23 de septiembre de 2010, radicación No. 23001-23-31-000-2007-00600-01(1646-09)

"Respecto del régimen especial que alega la recurrente, cabe precisar, que si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3º que los educadores que prestan sus servicios a Entidades del Orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal "son empleados oficiales de régimen especial"; según las previsiones del mismo, la especialidad del referido sistema está dada entre otros aspectos por la administración del personal y algunos temas salariales y prestacionales; de manera pues, **que en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutaban de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios y que se concrete en las normas que regulan su actividad, es decir, que en materia pensional les resulta aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos**, cuya única excepción la enmarca el reconocimiento de la pensión gracia, en tanto se rige por una normatividad especial.

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 en todo caso 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.** (...)

Ahora, resulta necesario anotar que lo dispuesto en el párrafo transitorio del artículo 48 de la Constitución Nacional, no determina la existencia de un régimen especial docente como pretende alegarlo la parte demandante en procura del despacho favorable de sus pretensiones; la norma constitucional referida, **define como régimen pensional aplicable a los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, el establecido para éstos en las disposiciones legales vigentes -para cada caso- con anterioridad a la Ley 812 de 2003**, precisión necesaria para establecer la transición en cuanto a éste último ordenamiento, pues los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la misma, tendrán los derechos de prima media establecidos en las normas que consagran y desarrollan el Sistema General de Pensiones creado con la Ley 100 de 1993, pero en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, régimen general del cual se hallaban excluidos por expresa disposición del artículo 279 *ibídem*.³

De igual forma, la citada providencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, precisó el contenido y alcance del párrafo del artículo 2 de la ley 91 de 1989, esto es el régimen pensional vigente del sector público nacional aplicable al personal docente de este mismo orden. Sobre el particular dispuso:

³ "ARTICULO 279. EXCEPCIONES. EL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL CONTENIDO EN LA PRESENTE LEY NO SE APLICA A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICÍA NACIONAL, NI AL PERSONAL REGIDO POR EL DECRETO LEY 1214 DE 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Corte Constitucional:- Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461-95 del 12 de octubre de 1995.

"Ahora, la Ley 91 de 1989, expedida como consecuencia del proceso de nacionalización de la educación, creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y estableció, entre otras cosas, la forma en que se asumirían las obligaciones prestacionales del personal docente oficial nacional y nacionalizado. El artículo 2° de la misma, contempló los distintos supuestos en que pueden encontrarse los docentes respecto de sus prestaciones sociales por virtud de la nacionalización de la educación, y en su parágrafo único indicó respecto de los docentes nacionales lo siguiente:

"(...) PARAGRAFO.- 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.

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. (...)"
(Destaca la Sala)

Es necesario señalar entonces, que las disposiciones que en materia pensional se encontraban vigentes para el personal nacional en la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989 (29 de diciembre de 1989), eran sin lugar a dudas las consignadas en la Ley 33 de 1985, aplicables al sector público sin distinción salvo las excepciones expresamente consagradas en ella y el régimen de transición contemplado en el parágrafo 2° de su artículo 1° (...) "(Negrilla fuera de texto).

En conclusión de conformidad con el análisis jurídico y jurisprudencial presentado, los docentes oficiales en cuanto a la pensión ordinaria de jubilación no gozan de ningún régimen normativo especial.

Bajo este contexto normativo, es claro que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda, dependiendo de la fecha en que se verificó su vinculación al servicio educativo estatal, siendo aplicable la Ley 100 de 1993, a los docentes vinculados al servicio educativo oficial con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, a partir del 27 de junio de 2003, mientras que los educadores que ingresaron con anterioridad, se rigen por las normas que con antelación regulaban la materia, que ha de insistirse, no son otras que las Leyes 33 y 62 de 1985, tal como ha indicado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.⁴

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que el señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), ingresó al servicio educativo el 1° de junio de 1981, tal como puede apreciarse en el certificado de tiempo de servicios obrante a folios 23-24 del expediente, de tal suerte que le resultan aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, pues se

⁴ Ver entre otras: Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, proferida el día 21 de mayo de 2005, Consejero Ponente Dr. TARSICIO CÁCERES TORO y Sentencia proferida el 10 de julio de 2008, dentro del expediente No. 0761/2007, siendo Magistrada Ponente la Doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez.

trata de un servidor docente vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, con anterioridad al 26 de junio de 2003.

2.3. Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de pensión de jubilación – Sentencia de Unificación

Establecido como se encuentra, que el régimen pensional de la demandante, es el aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la promulgación de la ley 812 de 2003, esto es, el contenido en la ley 33 de 1985, procede el Despacho a analizar los factores que debe ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión de jubilación, que corresponden a los enlistados en el artículo 1º de la ley 62 de 1985, por medio de la cual se modificó el artículo 3º de la ley 33 de 1985. Tal precepto dispone:

"Art. 1º.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

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

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

Ahora, el objeto del presente apartado radica en la intelección, alcance o entendimiento que ha de otorgarse al artículo 1 de la ley 62 de 1985, de conformidad con la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, siendo Consejero Ponente, el Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; en la que concluyó 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 servicios. Pronunciándose en los siguientes términos:

"... Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es

la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción, de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...) Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social, no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar...”.

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

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹⁵(Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.).

(...) No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional.

Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación...". (Subrayado fuera de texto).

Entonces, de conformidad con la sentencia de unificación citada, para liquidar la Pensión de Jubilación deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- a) Señala que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción, de los descuentos que por aportes dejaron de efectuarse.
- b) En cuanto a los aportes que dejaron de efectuarse establece que si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social, no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.
- c) Para liquidar la Pensión de Jubilación 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, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio, así mismo las primas de navidad y de vacaciones que constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías. Exceptuándose, lo relativo a la bonificación por recreación y la indemnización de vacaciones.

En este punto, debe resaltarse que no es de recibo el argumento expuesto por la defensa, en torno a la improcedencia del carácter unificador atribuido a la providencia atrás referida, solamente porque no cumplió los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues ha de tenerse en cuenta que tal normatividad, entró en vigencia con posterioridad a la decisión.

En efecto, mientras el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, empezó a regir el 2 de julio de 2012, la sentencia de unificación fue proferida el 4 agosto de 2010, de manera que no podría exigirse el cumplimiento de parámetros legales que aún no existían para la fecha de su expedición.

No pasa por alto el Despacho que en sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, entre otras providencias, la Honorable Corte Constitucional se ocupó de analizar el alcance del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, precisando que éste sólo garantiza a sus beneficiarios la aplicación de normas anteriores como la Ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, dejando de lado los factores que conforman el ingreso base de liquidación, al considerar que para su establecimiento debe acudir a las normas del nuevo sistema general de pensiones; sin embargo, tales pronunciamientos no resultan aplicables en el presente caso. Ello, por cuanto a los docentes no se les aplica la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, sino por disposición expresa de la Ley 812 de 2003, donde se contempló que a los docentes vinculados con anterioridad a su expedición deben aplicarse en todos los aspectos las normas anteriores, lo que lógicamente incluye los factores que conforman el ingreso base de liquidación.

Por último, ha de tenerse en cuenta que la Ley 71 de 1988, normativa general en materia pensional, consagró un nuevo alcance jurídico de la reliquidación pensional cuando dispuso:

"ARTÍCULO 9º *Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos los niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la **reliquidación de la pensión**, tomando como base el promedio del **último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.***

PARÁGRAFO. *La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles."*

En virtud de lo anterior, se entiende que la reliquidación pensional (antes reconocimiento pensional definitivo) se hace teniendo en cuenta un tiempo determinado, esto es, el último año laborado. De

manera que los pensionados bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, así como aquellos que se rigen bajo las normas anteriores, tienen derecho a que se les reliquide su pensión al momento del retiro del servicio cuando la prestación ha sido reconocida con anterioridad a la desvinculación.

2.4. Caso concreto

Atendiendo a los parámetros normativos y jurisprudenciales antes expuestos, el Despacho estudiará si le asiste el derecho reclamado a las beneficiarias de la sustitución de la pensión del señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), realizando las siguientes precisiones:

En primer lugar, debe reiterarse que como el causante ingresó al servicio educativo oficial el 1º de junio de 1981, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, para el Despacho es claro que las normas aplicables en el caso concreto son las contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985, de tal suerte que para establecer la cuantía de la prestación debe verificarse la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, así como durante el último año de servicios respectivamente.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que el causante ingresó al servicio educativo oficial el 1 de junio de 1981 (f. 23-24) y se retiró el día 30 de mayo de 2002 (f. 25), de tal suerte que tenía más de veinte (20) años de servicio.

La sentencia que ordenó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión a favor de las señoras Rosa Cristina Niño Avendaño y Elvira Mariño de Leandro, dispuso que el reconocimiento se efectuara con efectos fiscales a partir del 28 de agosto de 2002 (f. 221).

Efectivamente, a través de la citada sentencia el Tribunal Administrativo de Boyacá, a través de su Sala de Descongestión condenó a la Entidad accionada a *"...reconocer y pagar la sustitución de la pensión de jubilación a la señora Rosa Cristina Niño Avendaño, en su calidad de compañera permanente, en cuantía equivalente al cincuenta por ciento (50%), a partir del 28 de agosto de 2002..." (f. 221) (Negrilla fuera de texto)*. En dicha providencia se aclaró que:

"...como la citada señora Elvira Mariño no fue demandante dentro del presente proceso, la sentencia no se puede extender al punto de ordenar el restablecimiento del derecho para ella, ello teniendo en cuenta el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, es claro que tampoco puede la Sala ordenar el pago de la sustitución en porcentaje mayor a la demandante, habida cuenta que no se pueden desconocer los derechos que le asisten a la cónyuge supérstite..." (f. 220 vto.).

No obstante, según se colige de la actuación, la precitada cónyuge supérstite, acudió en reclamo de su derecho ante la Administración y luego de vinculada a la presente actuación, elevó pretensiones por en contra de la demandada, por lo que dicha circunstancia impone al Despacho resolver el asunto de manera uniforme para las dos (2) beneficiarias, teniendo en cuenta, claro está, las particularidades que se pudieren presentar en cada caso.

En ese orden, queda por verificar cuáles fueron los factores salariales devengados por el docente en el último año de servicios, para lo cual resulta preciso referir el contenido del certificado de salarios y devengados expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá (f. 239-240), según el cual, entre el 31 de mayo de 2001 y el 30 de mayo de 2002, el causante devengó los siguientes factores, además de la asignación básica:

- **Prima de Vacaciones**
- **Prima de Navidad**

En contraste, una vez examinado el acto administrativo que negó la reliquidación pensional, contenido en la Resolución RDP 0838 de 2 de julio de 2015 (f. 19-20) en armonía con el acto de reconocimiento pensional al causante (Resolución 1475 de 2011 – f. 26-28), el Despacho encuentra que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, únicamente tuvo en cuenta la asignación básica para liquidar la prestación, dejando por fuera los demás factores devengados por la interesada, esto es, la prima de vacaciones y la prima de navidad, señalando en los documentos que conforman el expediente administrativo que *"...la prima navidad no son factores de liquidación de prestaciones de los docentes de vinculación Nacional como lo consagra en el manual de actas de liquidación de prestaciones sociales aprobadas por el Ministerio Nacional..."* (f. 260), tornándose evidente la ilegalidad de la decisión, en tanto desconoce las normas y criterios jurisprudenciales que rigen la materia.

Entonces, demostrada como se encuentra la ilegalidad del acto acusado, con base en lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad de la Resolución RDP 0838 de 2 de julio de 2015, para en su lugar, ordenar a la Entidad demandada que, a título de restablecimiento del derecho, proceda a reliquidar la sustitución de la pensión reconocida a las beneficiarias Rosa Cristina Niño Avendaño y Elvira Mariño de Leandro, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), durante el último año de servicios.

- De igual forma, se ordenará el pago de las diferencias correspondientes, debidamente actualizadas, en los términos previstos en el artículo 187 del C.P.A.C.A., siempre que no se encuentren afectadas por el fenómeno de la prescripción que se examinará a continuación, sumas que en el evento de proceder deberán ser actualizadas en los términos previstos en el artículo 187

del C.P.A.C.A., disponiendo además el cumplimiento de la sentencia conforme a lo previsto en los artículos 192, 194 y 195 ibídem.

- Ahora, como se dijo al examinar el marco jurídico aplicable, el hecho que no se hayan efectuado aportes sobre los factores salariales cuya inclusión se ordenará, no obsta para la entidad, una vez haya reliquidado la pensión, proceda a descontarlos, razón por la cual, así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

- Entonces, en caso de que por concepto de los factores cuya inclusión se ordena, no se hayan efectuado los descuentos respectivos para aportes pensionales, la entidad podrá descontarlos del valor resultante de la condena, **durante los últimos 5 años** de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva, como lo ha señalado el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, entre otras, en sentencia del 19 de febrero de 2016, con ponencia de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp. 2014-096-01, reiterada en providencia de fecha 25 de enero de 2017, proferida con ponencia del Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo, dentro del proceso radicado con el N° 150013333007201400095-01.

En todo caso, conforme al principio de sostenibilidad financiera y bajo un análisis razonable frente a la condena impuesta, se considera procedente ordenar que dichos valores, es decir, los descuentos ordenados con ocasión de los aportes no sufragados, sean actualizados para garantizar el valor real de los mismos por el paso del tiempo, tal como lo indicó el Honorable Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013), donde se establecieron los parámetros que habrán de tenerse en cuenta para el efecto.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 cualquier caso el valor a pagar no podrá superar el valor de la condena, atendiendo a la condición de mayor adulto y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

2.5. Prescripción

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968⁵ y 102 del Decreto 1848 de 1969⁶, establecen que los derechos laborales prescriben tres años

⁵ Decreto 3135 de 1968, artículo 41 *"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual"*.

⁶ Decreto 1848 de 1969, artículo 102: *"Prescripción de acciones: 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años,*

después que se hacen exigibles, agregando que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho debidamente determinado, ante la autoridad competente, interrumpe el término, pero sólo por un lapso igual.

Significa lo anterior, que en principio, los beneficiarios de un derecho tienen la posibilidad de interrumpir el término prescriptivo en sede administrativa por una sola vez. Posteriormente, el plazo empieza a contarse nuevamente y los interesados tan sólo cuentan con la alternativa de acudir ante la jurisdicción para lograr la interrupción definitiva; de lo contrario, es decir, de no incoar la acción respectiva, los derechos continúan extinguiéndose con el paso del tiempo⁷.

De otro lado, ha de recordarse que la pensión de jubilación en si misma considerada, es una prestación imprescriptible, por lo que su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo; sin embargo, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que por el contrario se subsumen dentro del régimen prescriptivo establecido para los derechos laborales.

En efecto, el Consejo de Estado en jurisprudencia decantada ha sostenido que la prescripción opera trienalmente respecto de las mesadas pensionales, lapso que se cuenta en forma retrospectiva desde el día en que el beneficiario del derecho formula a la administración la correspondiente reclamación.

Con el fin de establecer si en este caso se configura o no el fenómeno prescriptivo, es preciso analizar la situación particular de cada beneficiaria por separado, pues aunque las dos (2) tienen derecho a la reliquidación de la sustitución de la pensión en igualdad de condiciones, los efectos fiscales de la decisión puede ser distinta, en consideración a las situaciones particulares que puedan existir en lo relacionado con la fecha en que se agotó la reclamación en sede administrativa.

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, pero solo por un lapso igual" (negrilla fuera de texto).

⁷ En sentencia CE.2B. 23 Septiembre de 2010, Bertha Lucia Ramírez De Páez Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08), se indicó "La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente: "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.". El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso: "PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 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, pero sólo por un lapso igual." Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años".

2.5.1. Rosa Cristina Niño Avendaño (Demandante)

En este caso, según se advierte, la obligación de pagar las mesadas pensionales a favor de la señora Rosa Cristina Niño Avendaño, se hizo exigible a partir de la ejecutoria de la sentencia proferida el 14 de agosto de 2012 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2007-00286.

En efecto, en dicha sentencia se ordenó:

"...PRIMERO: DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones No. 0209 de 29 de agosto de 2006 y 0275 de 14 de diciembre de 2006, proferidas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar la sustitución de la pensión de jubilación **a la señora Rosa Cristina Niño Avendaño**, en su calidad de compañera permanente, en cuantía equivalente al cincuenta por ciento (50%), **a partir del 28 de agosto de 2002..." (f. 43).**

Aunque no obra copia de la constancia de ejecutoria de la decisión, se observa que la señora Rosa Cristina Niño Avendaño elevó la solicitud tendiente a reclamar la reliquidación de la pensión el día 23 de mayo de 2014 (f. 15), esto es, cuando apenas habían transcurrido un (1) año, nueve (9) meses y ocho (8) días, desde la expedición de la sentencia, lo cual significa que no se configuró el fenómeno prescriptivo.

Por tal razón, es claro que para el caso de la demandante no hay lugar a declarar la prescripción, de manera que el pago de las diferencias que se generen como consecuencia de la reliquidación, debe efectuarse sobre todas las mesadas a que tiene derecho, esto es, desde el 28 de agosto de 2002, acorde con lo resuelto en la sentencia de 14 de agosto de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, a través de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión.

2.5.2. Elvira Mariño de Leandro (Interviniente)

En lo que concierne a la señora Elvira Mariño de Leandro, advierte el Despacho que no es posible ordenar el pago de las diferencias desde el 28 de agosto de 2002, en atención a que sus derechos no fueron restablecidos en la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Boyacá en el proceso 2007-00286 y sus mesadas estaban siendo afectadas por el fenómeno prescriptivo.

En efecto, observa la presente instancia que aunque las beneficiarias iniciaron el trámite administrativo para el reconocimiento de la sustitución de la pensión y que dicho trámite culminó con las Resoluciones 0209 de 29 de agosto de 2006 y 0275 de 14 de diciembre de 2006, solamente la señora Rosa Cristina Niño Avendaño (compañera permanente) inició la reclamación judicial, pues fue ella quien promovió la acción de nulidad y restablecimiento 2007-00286, que culminó con la anulación de dichos actos, mientras que la señora Elvira Mariño de Leandro (cónyuge), a pesar que fue vinculada a dicho proceso, no formuló pretensión o reclamo alguno.

Tal circunstancia se colige del análisis que hizo el Tribunal en la sentencia que dirimió el conflicto relacionado con el derecho a la sustitución de la pensión, en donde se plasmó:

"...con posterioridad al deceso, las señoras Rosa Cristina Niño Avendaño y Elvira Mariño de Leandro, en su condición de compañera permanente y cónyuge respectivamente, así como sus hijos Martha Patricia, Claudia Esperanza y Julio Cesar Leandro Mariño, solicitaron ante la entidad accionada, el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión, petición que en principio fue negada mediante Resolución No. 1224 de 2004..."
(...)

*"No obstante lo anterior, ante nuevo trámite administrativo iniciado **por la demandante y la señora Elvira Mariño de Leandro**, así como como los señores (as) Martha Patricia, Claudia Esperanza y Julio Cesar Leandro Mariño, se expidió la Resolución No. 0209 de 2006, mediante la cual una vez más se negó el reconocimiento de la sustitución pensional, no solo respecto de la actora, sino frente a todos los peticionarios..."*

(...)

Siguiendo entonces la regla establecida por la jurisprudencia se ordenará el reconocimiento pensional por mitades a partir de la fecha de la muerte del señor Segundo Constantino Leandro Fúneme, esto es, a partir del 28 de agosto de 2002.⁸

En consecuencia, se dispondrá conceder la prestación a la señora Rosa Cristina Niño Avendaño en su condición de compañera permanente, en cuantía equivalente al cincuenta por ciento (50%), ello en salvaguarda del porcentaje que por derecho le corresponde a la señora Elvira Mariño de Leandro en su condición de cónyuge y teniendo en cuenta que los hijos del causante son mayores de edad y no aparece probado que padezcan de algún tipo de incapacidad, que haga extensivo el reconocimiento de la sustitución.

*Cabe agregar que **como la citada señora Elvira Mariño no fue demandante dentro del presente proceso, la sentencia no se puede extender al punto de ordenar el***

⁸ EL CAUSANTE FALLECIÓ EL 27 DE AGOSTO DE 2002.

restablecimiento del derecho para ella, ello teniendo en cuenta el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, es claro que tampoco puede la Sala ordenar el pago de la sustitución en porcentaje mayor a la demandante, habida cuenta que no se pueden desconocer los derechos que le asisten a la cónyuge supérstite..." (Negrilla fuera de texto) (f. 40-43).

Lo anterior evidencia que, a pesar que la señora Elvira Mariño de Leandro (cónyuge) fue citada al proceso 2007-00086, transcurrieron más de seis (6) años, sin reclamar sus derechos, pues las Resoluciones administrativas fueron expedidas en el año 2006 y la sentencia que las anuló se profirió el 14 de agosto de 2012 y durante dicho lapso tal beneficiaria no reclamó judicialmente el derecho, inactividad que permitió que el término prescriptivo, que se había interrumpido con la reclamación que dio origen a las Resoluciones del año 2006, se reanudara.

Tal situación, implicó entonces que las mesadas pensionales a que tenía derecho la señora Elvira Mariño de Leandro en su condición de cónyuge, comenzaran a verse afectadas por el fenómeno prescriptivo de manera sucesiva hasta que se presentara una nueva solicitud por tratarse de una prestación de carácter periódico.

Bajo tal entendido, debe concluirse que conforme a lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá, le asistía a la cónyuge supérstite el deber de presentar una nueva petición que le permitiera interrumpir la prescripción, hecho que ocurrió únicamente hasta el día 25 de noviembre de 2013, esto es, con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia proferida por el Tribunal en el proceso 2007-00286, pues fue en tal calenda que la beneficiaria acudió al Fondo para solicitar el reconocimiento de la prestación.

La fecha de presentación de la solicitud, se encuentra acreditada, pues el Consejo de Estado en fallo de tutela amparó el derecho fundamental de petición, circunstancia que se encuentra consignada en la parte motiva de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Primera del Máximo Órgano, a través de la cual se confirmó y adicionó el amparo de tutela. En dicho fallo se puede leer el siguiente aparte:

"...Mediante sentencia de 17 de julio de 2014, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela respecto de los cuestionamientos presentados contra el fallo proferido el 14 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión. Sin embargo concedió el amparo del derecho de petición de ELVIRA MARIÑO DE LEANDRO, cónyuge del finado pensionado y ordenó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que en el término de 48 horas responda de fondo y de manera detallada la solicitud presentada el 25 de noviembre de 2013..." (f. 396) (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior evidencia que las mesadas pensionales causadas antes del 25 de noviembre 2010 estaban prescritas, pues se insiste que, a pesar que la beneficiaria elevó una petición inicial que dio origen a las Resoluciones del año 2006 y que tenía derecho a la sustitución de la pensión en cuantía del cincuenta por ciento (50%), **nunca demandó el restablecimiento de sus derechos en sede judicial, tal como lo advirtió el Tribunal Administrativo de Boyacá.** Así las cosas, el término prescriptivo se reanudó y solo se interrumpió hasta la fecha en que se radicó la nueva solicitud, hecho que como se dijo, ocurrió el 25 de noviembre de 2013.

Con todo, es necesario reiterar que el reconocimiento ordenado por el Tribunal Administrativo de Boyacá a favor de la señora Rosa Cristina Niño (Compañera Permanente), se hizo respetando el porcentaje que le correspondía a la señora Elvira Mariño de Leandro (Cónyuge Supérstite).

Bajo tal entendido, la Entidad accionada debía reconocer la prestación bajo los parámetros establecidos en el fallo transliterado, pero con efectos fiscales a partir del 25 de noviembre de 2010, por haberse interrumpido la prescripción hasta el 25 de noviembre de 2013. Sin embargo, observa el Despacho que al momento del reconocimiento, el Ente ordenó el pago de las mesadas atrasadas, causadas entre el 28 de agosto de 2002 y el 11 de junio de 2015. Al respecto se Resolvió en Resolución No. 00387 de 2 de julio de 2015:

"ARTÍCULO PRIMERO. Reconocer el ajuste de la **SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN** del Docente **SEGUNDO CONSTANTINO LEANDRO FÚNEME (Q.E.P.D.)**, quien se identificaba con cédula de ciudadanía No. 6.741.219 expedida en Tunja (Boy), a favor de la señora **ELVIRA MARIÑO DE LEANDRO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.257.944 de Tunja (Boy), en calidad de cónyuge del causante en un porcentaje del 50% **DE SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$637.865) M/CTE., EFECTIVA A PARTIR DEL 28 DE AGOSTO DE 2002.**

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocer el valor de las mesadas atrasadas por la diferencia entre el valor de la mesada pagada y el valor de la nueva mesada equivalente a **SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$75.153.352)**, desde el 28 de agosto de 2002 al 11 de junio de 2015, por las diferencias entre la sustitución de la pensión de jubilación fallo contencioso (sic), las mesadas siguientes se liquidarán cuando se reciba la orden de pago..." (f. 164).

Sobre el particular el Despacho carece de competencia para pronunciarse frente a la legalidad del precitado acto pues el mismo no hace parte de la presente demanda y tampoco fue integrado en

el transcurso de la actuación procesal, además que no hace parte del problema jurídico que se está resolviendo en la presente sentencia. Por tal razón, a pesar que se advierte que el reconocimiento efectuado por la Entidad no tuvo en cuenta en debida forma la prescripción de los derechos de la beneficiaria, no es posible modificar el reconocimiento efectuado a través de la presente acción.

Sin embargo, no puede la presente instancia conceder más derechos a la beneficiaria de los que verdaderamente ostenta, razón por la cual, habiéndose advertido que los derechos causados con antelación al 25 de noviembre de 2010 están prescritos, como consecuencia de la conducta pasiva de la titular del derecho, que únicamente lo reclamó hasta el 25 de noviembre de 2013, se debe concluir que las diferencias a reconocer como consecuencia de la reliquidación pensional, por inclusión de los factores descritos líneas atrás, no puede incluir valores causados con anterioridad al 25 de noviembre de 2010.

Ahora bien, advierte la presente instancia que a pesar que en la sentencia proferida en la acción de nulidad y restablecimiento 2007-00286, se determinó que la accionante (Rosa Cristina Niño Avendaño) tenía derecho al cincuenta por ciento (50%) de la prestación, la señora Elvira Mariño de Leandro tuvo que acudir al mecanismo de tutela para que la Entidad resolviera su petición de 25 de noviembre de 2013 y por ende, procediera al reconocimiento de la sustitución pensional. Tal circunstancia fue plasmada en la parte motiva de la Resolución 00387 de 2 de julio de 2015 (f. 163 s.) así:

*"...Que mediante derecho de petición la señora ELVIRA MARIÑO DE LEANDRO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.257.944 de Tunja (Boy), en calidad de cónyuge del docente **SEGUNDO CONSTANTINO LEANDRO FÚNEME (Q.E.P.D.)**, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 6.741.219 expedida en Tunja (Boy), y quien prestó sus servicios en la Institución Educativa INEM Carlos Arturo Torres de Tunja en el Departamento de Boyacá, quien mediante apoderada solicita se reconozca la sustitución pensional, de acuerdo con lo ordenado en fallo de tutela de segunda instancia de fecha 30 de octubre de 2014, proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera..." (f. 163).*

(...)

Habiéndose efectuado el reconocimiento a través de la Resolución 00387 de 2 de julio de 2015, es claro que a partir de dicha fecha, la beneficiaria podía solicitar la reliquidación de la prestación, por lo que a partir de allí comenzaba a correr el término de la prescripción para las diferencias que se pudiesen generar como consecuencia de la reliquidación.

Significa lo anterior, que si el reclamo es presentado dentro de los tres (3) años siguientes a la expedición del acto de reconocimiento,

se deben reconocer las diferencias causadas desde el 25 de noviembre de 2010, dado que las demás mesadas se encuentran prescritas, conforme se clarificó líneas atrás.

Considera la presente instancia que como el asunto relacionado con la reliquidación de la pensión implica una solución homogénea para las dos (2) beneficiarias y que la señora Elvira Mariño de Leandro (cónyuge) elevó el reclamo judicial el 19 de mayo de 2017, esto es, cuando habían transcurrido un (1) año, diez (10) meses y diecisiete (17) días, se debe concluir que no se configuró el fenómeno prescriptivo, habida cuenta que no se superó el término legal de tres (3) años.

En este punto, conviene precisar que la fecha en que se expidió el acto de reconocimiento para la señora Elvira Mariño de Leandro (cónyuge), es la misma en que se expidió el acto que negó la reliquidación solicitada por la señora Rosa Cristina Niño Avendaño (compañera permanente), pues la Resolución 0838 de 2015 también fue proferida el 2 de julio de 2015 (f. 20).

En ese orden de ideas, debe señalarse que al estar resuelta en sede administrativa, la situación jurídica relacionada con la reliquidación de la pensión, por inclusión de factores, resultaría excesivo imponer a la señora Elvira Mariño de Leandro (cónyuge), la carga de agotar la vía administrativa con una nueva petición en la que reclame la misma situación, cuando ya se encuentra en trámite una actuación judicial a la que ella compareció, reclamando la extensión de los efectos de la sentencia.

Tal situación, impone al Despacho clarificar que por tratarse de una sustitución pensional, la reliquidación solicitada debe efectuarse sobre la prestación que inicialmente se reconoció al señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), lo cual significa que las consecuencias de decisión administrativa y/o judicial que se adelante en estos casos, se extiende a todos los beneficiarios por igual, dado que la reliquidación tiende a modificar el valor de la primera mesada que se debió reconocer al causante.

Así entonces, considera la presente instancia que al encontrarse en trámite la acción judicial tendiente a resolver el problema jurídico relacionado con la reliquidación de la pensión, es válido aceptar que la reclamación hecha por la cónyuge en el trámite del proceso, interrumpe el término prescriptivo, de manera que es viable ordenar que para el caso de la señora Elvira Mariño de Leandro (cónyuge), la reliquidación ordenada aquí, tenga efectos fiscales a partir del 25 de noviembre de 2010, dado que no se configuró la prescripción de las diferencias originadas en la reliquidación.

Así las cosas, se declarará la nulidad de la Resolución 0838 de 2 de julio de 2015 y en su lugar, se ordenará la reliquidación de la pensión para que se incluyan como factores de liquidación, las doceavas de

la primas de navidad y de la prima de vacaciones, devengadas por el causante entre el 31 de mayo de 2001 y el 30 de mayo de 2002.

No obstante, dada la situación particular analizada frente a cada beneficiaria de la prestación, los efectos fiscales del reajuste serán distintos, por lo que a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la accionada proceder de la siguiente forma:

Rosa Cristina Niño Avendaño: Se ordenará la reliquidación de la pensión, tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, además de los factores ya incluidos, las doceavas de la prima de vacaciones y de la prima de navidad, devengados por el señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD) durante el último año de servicios, comprendido entre el 31 de mayo de 2001 y el 30 de mayo de 2002, con efectos fiscales a partir del 28 de agosto de 2002.

Elvira Mariño de Leandro: Se ordenará la reliquidación de la pensión, tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, además de los factores ya incluidos, las doceavas de la prima de vacaciones y de la prima de navidad, devengados por el señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD) durante el último año de servicios, comprendido entre el 31 de mayo de 2001 y el 30 de mayo de 2002, con efectos fiscales a partir del **25 de noviembre de 2010**.

3. Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho. En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del CGP y lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, se condena a la parte demandada al pago de costas y se señala como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, **el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda que han sido reconocidas en la presente sentencia**, las cuales deberán liquidarse por Secretaría.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución 0838 de 02 de julio de 2015, proferida por el Secretario de Educación de Tunja, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión del señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), sustituida a las señoras Rosa Cristina Niño Avendaño y Elvira Mariño de Leandro en su condición de compañera permanente y cónyuge supérstite, respectivamente, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que a título de restablecimiento del derecho, reliquide la pensión del señor Segundo Constantino Leandro Fúneme (QEPD), tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, además de los factores ya incluidos, las doceavas de la prima de vacaciones y de la prima de navidad, devengados durante el último año de servicios, comprendido entre el 31 de mayo de 2001 y el 30 de mayo de 2002, tal como se señaló en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDÉNASE a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que igualmente a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague a la señora **Rosa Cristina Niño Avendaño**, en su condición de compañera permanente, las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente percibidas y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación ordenada en el numeral anterior, con efectos fiscales a partir del **28 de agosto de 2002**, como quiera que frente a tales valores no ha operado el fenómeno de la prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

CUARTO: ORDÉNASE a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que igualmente a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague a la señora **Elvira Mariño de Leandro**, en su condición de cónyuge supérstite, las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente percibidas y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación ordenada en el numeral segundo de esta sentencia,

con efectos fiscales a partir del **25 de noviembre de 2010**, como quiera que frente a los valores anteriores operó el fenómeno de la prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

QUINTO: Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula de actualización:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que corresponde a cada mesada pensional, 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 debió hacer el pago respectivo. Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada pago.

SEXTO: En caso de que por concepto de los factores cuya inclusión se ordena, no se hayan efectuado los descuentos respectivos para aportes pensionales, la Entidad podrá descontarlos del valor resultante de la condena, durante los últimos 5 años de la vida laboral de la demandante, por prescripción extintiva.

Estas deducciones que deberán efectuarse por partes iguales de lo que corresponde a cada beneficiaria de la prestación, evitando incurrir en descuentos dobles, deberán ser objeto de actualización, tomando en cuenta los criterios fijados para el efecto por el H. Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013), donde se establecieron los parámetros que habrán de tenerse en cuenta para el efecto.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 cuanto a las beneficiarias de la sustitución de la pensión, se advierte que, en cualquier caso, el valor a pagar no podrá superar el valor de la condena.

SÉPTIMO: ORDENAR a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, so pena de la causación de los intereses respectivos.

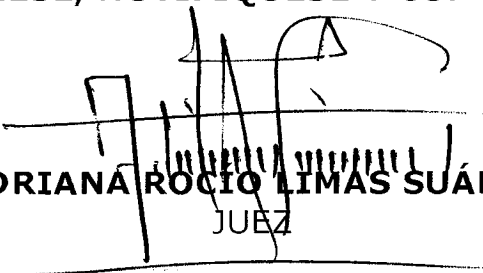
OCTAVO: CONDÉNASE a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al pago de las costas procesales, cuya liquidación deberá efectuarse por la Secretaría del Despacho en los términos previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso.

NOVENO: Como agencias en derecho, se fija el 3% del valor de las pretensiones.

DÉCIMO: En firme esta providencia, por Secretaría adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autorizan las copias que soliciten las partes, para lo cual el interesado deberá proceder al pago de las expensas correspondientes.

UNDÉCIMO: Cumplido el término establecido en el artículo 298 del CPACA sin que se haya acreditado el cumplimiento de ésta providencia, por Secretaría requiérase a la Entidad demandada para que proceda de conformidad con lo ordenado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ
JUEZ

CAHP/ARLS