



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE LA
CIUDAD DE TUNJA
 Carrera 11 N° 17-53 Piso 4

JUEZ: DRA. ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ

Tunja, veintidós (22) de enero de dos mil dieciséis (2016).

REF: EXPEDIENTE No. 15001-33-33-007-2013-00239-00
ACTORA: JANUARIO INOCENCIO CASALLAS
 ROBAYO
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION
 NACIONAL - FONDO NACIONAL DE
 PRESTACIONES SOCIALES DEL
 MAGISTERIO.
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
 DERECHO
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE
 JUBILACIÓN

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría el 2 de diciembre de 2015¹, a efectos de dictar sentencia, toda vez que se reúnen los presupuestos procesales y no hay presencia de casales de nulidad que invaliden lo actuado.

I. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

JANUARIO INOCENCIO CASALLAS ROBAYO mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho², solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1098 de 03 de Noviembre de 1998, por medio del cual la Nación - Ministerio de

¹ Informe visto a folio 114 del expediente.

² Previsto el en artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.

Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la Pensión de Jubilación sin la inclusión de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho solicitó: (i) La reliquidación de la Pensión de Jubilación con inclusión de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional; (ii) Actualizar las diferencias adeudadas con base en el Índice de Precios al Consumidor – IPC- a partir del 29 de junio de 1998, hasta que se haga efectivo el pago; y (iii) Condenar en costas.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS³:

Señaló la demandante que por cumplimiento de requisitos, el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Oficina Regional De Prestaciones Sociales De Boyacá, mediante Resolución No. 1098 de 03 de Noviembre de 1998 le reconoció una Pensión de Jubilación en cuantía equivalente a la suma de \$833.358,85, efectiva a partir de 29 de junio de 1998, teniendo en cuenta la asignación básica, la prima de alimentación, la coordinación y la prima de vacaciones, sin que dentro de la misma se incluyera la Prima de Navidad devengada por el accionante en el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El demandante indicó que la Entidad demandada vulneró los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; Leyes 91 de 1989, artículo 2 y 15; decreto ley 2277 de 1979; artículo 2 y 12 de la ley 4 de 1992; artículo 1 decreto 1440 de 1992; artículo 115 y 180 de la ley 115 de 1994; ley 65 de 1946; decreto 1743 de 1966; Decreto Ley 1045 de 1978 y la ley 812 de 2003. Por tanto el acto acusado está viciado de nulidad al omitir la aplicación de la normatividad en mención en relación con la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima mencionada y efectivamente devengada el año anterior a la adquisición del status pensional

II. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 24 de octubre de 2013⁴; la cual fue admitida mediante auto de fecha 12 de diciembre del mismo año⁵.

³ Folios 23 del expediente.

⁴ Folios 44 del expediente

⁵ Folios 37-39 del expediente

2. Dentro del término de traslado⁶ la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio no se pronunció al respecto de la demanda.

3. El 10 de septiembre de 2015, se realizó audiencia inicial⁷ en cumplimiento del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta la etapa probatoria, momento en el cual se reconocen como pruebas los documentos aportados con la demanda y se decretaron documentales de oficio.

4. El 17 de noviembre de 2015 se realizó audiencia de pruebas⁸ en la cual se incorporaron las decretadas y se declaró precluída esta etapa procesal; posteriormente se ordenó la presentación de alegatos por escrito en cumplimiento de las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹.

5. Dentro del término concedido para alegar de conclusión, ninguna de las partes se pronunció, por lo que el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia¹⁰.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, se extrae que el problema jurídico en el *sub-lite*, consiste en determinar si el señor JANUARIO INOCENCIO CASALLAS ROBAYO tiene derecho a la reliquidación de la Pensión de Jubilación, con inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional como la prima de navidad.

3.2. Análisis del Asunto.

Con fundamento en el problema jurídico señalado, y teniendo en cuenta que en el *sub-lite* se pretende la reliquidación de la Pensión de Jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, se procede a abordar el asunto que ocupa la atención del

⁶ Según constancia secretarial visible a folio 46 del expediente el término de traslado de la demanda venció el 08 de julio de 2014.

⁷ Folios 784 - 86 del expediente.

⁸ Folios 111 - 112 del expediente.

⁹ Inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro de los diez días siguientes a la realización de dicha audiencia.

¹⁰ Folio 114 del expediente.

Despacho en esta oportunidad, en el siguiente orden: (i) Normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación, regímenes de transición, régimen jurídico de la pensión de jubilación aplicable a los docentes oficiales; (ii) Factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de pensión de jubilación – Sentencia de unificación; (iii) Del caso concreto.

i. Normas que han regulado el derecho a la pensión ordinaria de jubilación, regímenes de transición, régimen jurídico de 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 Estado¹¹, 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:

¹¹ 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.

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. 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 aplicarles el régimen jurídico pensional vigente del 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 2013, 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 jurisprudencia ¹² 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

¹² 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)

ARANGUREN, dentro del expediente con radicación No.15001-23-31-000-2002-00081-01(1311-09), se dispuso lo siguiente:

“Respecto del régimen especial que alega la recurrente, cabe precisar, que si bien el Decreto Ley 2277 de 1979 dispuso en su artículo 3° 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.”¹³

¹³ 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 POLICIA 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.

De igual forma, la citada providencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, precisó el contenido y alcance del parágrafo 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:

“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, y siempre que no esté su situación comprendida en la fórmula de transición establecida en la Ley 33 de 1985, quedan cobijados por las disposiciones de esta norma; pues la Ley 812 de

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.

2003 no se aplica a quienes ingresaron al servicio estatal con **anterioridad a su vigencia**, tal como ha indicado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.¹⁴

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

Establecido el régimen pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la promulgación de la ley 812 de 2003, esto es 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. Así las cosas los factores a tener en cuenta para debatir el monto de la pensión corresponde a los enlistados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la ley 33 de 1985. Tal precepto dispone:

“Art. 1°.- 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

¹⁴ 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 Ramirez de Paez.

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).*

En consecuencia y de conformidad con la sentencia de unificación citada, 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.

iii. Del caso concreto.

Atendiendo a los parámetros normativos y jurisprudenciales antes expuestos, el Despacho estudiará si le asiste el derecho reclamado a la demandante, realizando las siguientes precisiones:

1. El señor JANUARIO INOCENCIO CASALLAS ROBAYO, nació el 28 de junio de 1943¹⁵, por tanto, los 55 años de edad los cumplió el 28 de junio de 1998, primer requisito exigido por la ley como es la edad.
2. De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, se advierte que el demandante acreditó la vinculación al servicio docente a partir de 01 de febrero de 1971 hasta la fecha de adquisición del status pensional¹⁶, es decir, por un período superior a los de 20 años.
3. Mediante Resolución No. 1098 del 03 de noviembre de 1998¹⁷, expedida por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 29 de Junio de 1998 teniendo en cuenta la **asignación básica, la prima de alimentación, la coordinación y la prima de vacaciones** devengadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha en la cual adquirió su status de pensionado.
4. Revisado el certificado de salarios devengados por la demandante en el último año de servicio¹⁸, se evidencia que adicional a **asignación básica, la prima de alimentación, la coordinación y la prima de vacaciones**, devengó la prima de navidad.

Teniendo en cuenta el material probatorio que antecede, se establece que el el régimen pensional aplicable al presente caso, es el contenido en la ley 33 de 1985 y para efectos liquidatorios el artículo 1 de la ley 62 de 1985 en los términos, del parágrafo del artículo 2 de la ley 91 de 1989 y la jurisprudencia del Consejo de Estado antes citada¹⁹.

Resulta claro, que la enunciación de factores contenida en el artículo 3º de la Ley 62 de 1995, debe ser entendida como meramente enunciativa y no taxativa, por lo que en la base de liquidación pensional se deberán incluir todos los factores que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, de acuerdo a la postura interpretativa de unificación, precedente vertical del Consejo de Estado frente a la norma en mención.

¹⁵ Folio 15 del expediente

¹⁶ Folio 92 del expediente

¹⁷ Folios 16-17 del expediente

¹⁸ Folios 18 a 20 del expediente

¹⁹ 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).

Como consecuencia de las anteriores consideraciones el Despacho procede a declarar la nulidad parcial de la resolución No. 1098 del 03 de noviembre de 1998, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ordenará el reconocimiento y pago del factor salarial prima de navidad, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, conforme lo pregona la sentencia unificadora.

3.2.1. Prescripción.

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada así:

Es sabido que la pensión de jubilación es una prestación imprescriptible, por tal razón su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo; pero no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que no se hallan amparadas por esta excepción y por el contrario se subsumen dentro del régimen prescriptivo establecido para los derechos laborales; tanto la legislación como la jurisprudencia del Consejo de Estado 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 reclamación²⁰.

En el caso objeto de estudio, la solicitud en sede judicial fue presentada el 24 de octubre de 2013²¹ y corresponde a la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación teniendo en cuenta que la accionante adquirió el status de pensionado el 28 de Junio de 1998, de modo que transcurrieron más de tres años desde la ejecutoria del acto demandado, de modo que opera el fenómeno jurídico de la prescripción de mesadas pensionales y por lo tanto el derecho al reajuste pensional tendrá lugar a partir del 24 de octubre de 2010.

Lo anterior, sin perjuicio de los reajustes de ley desde el momento de causación del derecho.

3.2.2. Conclusiones:

De conformidad con lo expuesto en precedencia, procede el Despacho a declarar la Nulidad Parcial de la Resolución No. 1098 del 03 de noviembre de 1998, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 6 de julio de 2000, expediente 1400, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

²¹ Folio 23 del expediente.

A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la entidad demandada reliquidar la pensión vitalicia de jubilación del actor en las mesadas a que tenga derecho, aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985, normas que deben ser interpretadas en los términos establecidos en el precedente de unificación proferido por el Consejo de Estado en el año 2010, citado en esta providencia.

En este orden de ideas, la pensión del actor deberá reliquidarse a partir del 29 de junio de 1998 en cuantía del 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios a adquirir el status pensional; esto es, del 28 de junio de 1997 al 27 de junio de 1998, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados.

Lo anterior, con efectos fiscales desde el 24 de octubre de 2010 teniendo en cuenta el término de prescripción de mesadas, sin perjuicio de los reajustes de ley desde el momento de la causación del derecho.

3.2.3. Reajuste de la condena

Las sumas que resulten a favor de la actora se ajustarán en su valor como lo define el Consejo de Estado, dando aplicación al inciso 4° del artículo 187 del CPACA, en donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia -, por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

El Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, dará cumplimiento a esta sentencia y reconocerá intereses en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

3.2.4. De los aportes correspondientes a los factores salariales a incluir.

De conformidad con la Sentencia de unificación²², como factores salariales que conforman la base de liquidación pensional deben incluirse todos aquellos que

²² Sección Segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Por lo anterior, cuando la norma determina que en todo caso la pensión se liquidará atendiendo los factores sobre los cuales se ha aportado, lo que prevé es que la entidad nominadora está obligada a realizar los respectivos descuentos con destino a la entidad de previsión social, sobre los factores determinados en la ley, pero la omisión de la entidad no puede afectar el derecho del empleado, por lo tanto en el presente caso, se deberá **DESCONTAR** de las anteriores sumas, los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, siempre y cuando, sobre éstos no se haya efectuado la deducción legal.

3.2.5. 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 registrarán 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 Proceso²³ 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 2° del artículo 365 del C.G.P. 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**. Por Secretaría, Liquidense.

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

IV. F A L L A:

PRIMERO.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1098 del 03 de

²³ Disposición aplicable a partir de la fecha conforme lo dispuso la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado, de fecha 25 de junio de 2014, siendo C.P. Enrique Gil Botero, en el expediente: 2012-00395-01 (JJ), que interpretó el Acuerdo PSAA13-10073 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

noviembre de 1998, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual "se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación" al demandante Januario Inocencio Casallas Robayo, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.511.295 de Sogamoso.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación del señor Januario Inocencio Casallas Robayo, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.511.295 de Sogamoso, a partir del 29 de junio de 1998 en cuantía del 75% del promedio de todo lo devengado entre el 28 de junio de 1997 al 27 de junio de 1998, incluyendo como factor salarial la prima de navidad con los respectivos reajustes de ley, con efectos fiscales a partir del 24 de octubre de 2010 dado el fenómeno prescriptivo.

TERCERO.- Las sumas que resulten a favor del señor Januario Inocencio Casallas Robayo, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.511.295 de Sogamoso, se ajustarán en la forma prevista en la parte considerativa de esta sentencia aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

CUARTO.- De la condena se descontará lo que por concepto de pensión haya pagado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a Januario Inocencio Casallas Robayo, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.511.295 de Sogamoso, y lo que corresponda a los aportes dejados de descontar por los factores que se incluyen dentro de la liquidación de la pensión por virtud de esta sentencia.

QUINTO.- La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dará cumplimiento y reconocerá intereses a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 361 y 362 del C.G.P. En cuanto a Las agencias en derecho se establecen en la suma correspondiente **al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría liquídense.

SEPTIMO.- En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELIANA MARCELA SARMIENTO RODRIGUEZ
JUEZ

ERRP