



Consejo Superior
de la Judicatura

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

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Referencia : 15001-33-33-007-2015-00031-00

Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Demandante : LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN

Demandado : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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. SINTESIS DE LA DEMANDA

La ciudadana **LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN**, actuando por conducto de apoderado debidamente constituido para el efecto, acude ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

1. Pretensiones:

La demandante solicita la nulidad de dos actos administrativos a saber:

- De un lado, la Resolución No. 0579 del 19 de mayo de 2005, por medio de la cual, el Secretario de Educación de Boyacá,

en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció su pensión vitalicia de jubilación, con efectividad a partir del 23 de septiembre de 2004, fecha en que adquirió el status pensional.

- De otro lado, la Resolución No. 0952 del 21 de diciembre de 2011, por medio de la cual, el Secretario de Educación del Municipio de Tunja, en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidó la prestación por retiro definitivo del servicio, con efectividad a partir del 1º de febrero de 2011, fecha en que operó la desvinculación.

Concretamente, y según se dejó plasmado al momento de la fijación del litigio, en el presente caso se solicita la nulidad parcial de los precitados actos administrativos, en tanto no incluyeron dentro del ingreso base de liquidación, la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional y durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, la demandante pretende que se ordene a la entidad demandada: (i) reliquidar la pensión con base en la totalidad de los factores salariales devengados; (ii) reconocer y pagar las diferencias causadas como consecuencia de la reliquidación pensional, con su respectiva indexación; (iii) dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 192 y 193 del C.P.A.C.A. y (iv) asumir el valor de las costas procesales.

2. Fundamentos Fácticos:

Para sustentar sus pretensiones, el libelista relató las siguientes circunstancias:

- Que la demandante prestó sus servicios como docente nacional en el ESCUELA NORMAL NACIONAL DE VARONES DE TUNJA, de manera ininterrumpida, entre el 14 de julio de 1976 y el 31 de enero de 2011.
- Que previa verificación de los requisitos legales establecidos para el efecto, el Fondo Nacional de Prestaciones sociales, mediante Resolución No. 0579 del 19 de mayo de 2015, le reconoció una pensión de jubilación efectiva a partir del 23 de septiembre de 2004.

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Que no obstante lo anterior, la servidora docente continuó laborando hasta el mes de enero de 2011, por lo que posteriormente solicitó la reliquidación de su prestación, petición que según se dice en la demanda, fue desatada de manera favorable, a través de la Resolución 0952 del 21 de diciembre de 2011, con efectividad a partir del 1º de febrero de 2011.
- Que tanto en el acto de reconocimiento, como en el de reliquidación, la entidad únicamente tuvo en cuenta la asignación básica para establecer la cuantía de la prestación, dejando por fuera los demás conceptos devengados por la demandante.
- Que en consecuencia, la ex servidora docente tiene derecho a que se le incluya la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios en aplicación de las normas que le resulten más favorables.

3. Normas violadas y concepto de la violación:

El apoderado de la parte demandante considera básicamente que con la decisión de no incluir la totalidad de los factores salariales en la liquidación del derecho pensional, se desconocieron los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 29, 53, 58, 90 y 91 de la Constitución Política de Colombia, así como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en concordancia con lo establecido en el literal B contenido en el numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 5 de febrero de 2015 (fl. 11), siendo asignada a este Despacho mediante acta individual de reparto de la misma fecha (fl.60). Posteriormente, a través de proveído calendado el 9 de marzo de 2015 (fls 62 -64), se dispuso su admisión. Luego, una vez surtidos los traslados de ley, el Despacho, mediante auto del 31 de julio de 2015 (fls. 90 - 91), procedió a convocar a las partes para la práctica de la audiencia inicial, diligencia que finalmente se llevó a efecto el día 22 de febrero de 2016 (fls. 107 - 115), donde, entre otros aspectos, se decretaron las pruebas del proceso, cuyo recaudo se materializó en audiencia de pruebas realizada los días 25 de abril y 19 de mayo de 2016 (fls. 118 - 119 y 160 - 161), en la cual se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, disponiendo la presentación escrita de los alegatos de conclusión.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante apoderada debidamente constituida para el efecto, contestó la demanda oportunamente, oponiéndose a las pretensiones, bajo los siguientes argumentos:

Como primera medida, indicó que en virtud de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, a la demandante le resulta aplicable el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, contemplado en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Frente a los factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación pensional, la defensa sostuvo que únicamente deben tenerse en cuenta los establecidos taxativamente en el artículo 10 de la Ley 62 de 1985, por medio del cual se modificó el artículo 3º de la Ley 33 del mismo año, siempre y cuando hayan servido como base para calcular los aportes, tal como lo establece el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003.

De otro lado, adujo que la sentencia mediante la cual se indicó que los factores referidos no son taxativos, no cumplió con el procedimiento establecido en el C.P.A.C.A. para considerarse como un fallo de unificación, de tal suerte que a su juicio, se trata de una decisión a la cual no puede atribuírsele tal alcance, conllevando que en el presente caso deba admitirse la referida taxatividad, como lo afirmó el Consejero Gerardo Arenas Monsalve en su salvamento de voto, así como por estar conforme con el inciso 12 del artículo 48 de la Constitución Política y las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015.

Finalmente, además de proponer la excepción genérica, formuló la de prescripción, cuyo análisis se abordará, una vez se haya determinado si la demandante tiene derecho a la pretendida reliquidación pensional, tal como se advirtió en la audiencia inicial.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. De la parte demandante:

Insiste en que la pensión de la demandante debe reliquidarse con base en la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios (169-171).

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2. De la Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Dentro del término establecido para el efecto, el Abogado JUAN CARLOS GUTIERREZ QUINTERO, quien dice actuar en calidad de apoderado de la entidad demandada, presentó escrito donde manifiesta que procede a rendir sus alegatos de conclusión (fls. 172 – 178); no obstante, una vez verificado el contenido del memorial, se evidencia que en él se hace referencia a los argumentos de apelación contra un fallo inexistente dentro del asunto de la referencia, de tal suerte que se trata de una intervención que no corresponde a la realidad procesal que hoy ocupa la atención del Despacho.

De otro lado, se advierte que el precitado profesional del derecho no acreditó en debida forma la representación judicial de la entidad, por lo que, desde ningún punto de vista puede tenerse en cuenta el escrito; Veamos:

Lo primero que debe recordarse que el señor GUTIERREZ QUINTERO, compareció a la audiencia de pruebas practicada el pasado 19 de mayo de 2016 (fls. 160 – 161), invocando su calidad de mandatario judicial de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; sin embargo, no allegó los documentos suficientes para acreditar su condición de mandatario judicial, por lo que el despacho lo requirió para que procediera de conformidad.

En aquella ocasión el profesional del derecho aportó únicamente dos documentos, a saber:

- Por una parte, allegó memorial mediante el cual se le otorgó poder para actuar como apoderado judicial de la Fiduciaria "La Previsora S.A.", entidad que valga señalar es distinta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, hoy demandada. Este mandato fue suscrito por la señora SONIA PATRICIA GRAZT PICO, quien invocó la calidad de representante legal de la firma FORENSIS GLOBAL GROUP ORGANIZACIÓN JURIDICA Y FORENSE S.A.S., que según su dicho, fue designada como mandataria judicial de la entidad fiduciaria; no obstante, no se aportó prueba alguna que acreditara tales circunstancias.

- Y, de otro lado, adjuntó escrito por medio del cual la señora GLORIA AMPARO ROMERO GAITÁN (fl. 153), invocando la calidad de delegada de la Ministra de Educación, le otorgó poder a la citada señora para que ejerciera la Representación de la Nación – Ministerio de

Educación Nacional, sin que igualmente se aportara prueba de la referida delegación.

- Nótese que los documentos en cuestión no eran suficientes para acreditar la representación judicial, pues el primero de ellos, se otorgó para defender a una entidad que no hace parte del proceso y además no fue acompañado con los anexos que acreditaran la calidad de la poderdante, circunstancia esta última que también se acredita con respecto al segundo mandato, junto con el cual tampoco se aportó prueba sobre la condición de delegación alegada por la poderdante.

- Bajo este contexto, el Despacho le concedió al presunto mandatario judicial la oportunidad para que dentro del término de la distancia allegara los documentos necesarios para acreditar en debida forma la representación judicial de la entidad.

- Empero, una vez examinadas las diligencias, se observa que el profesional del derecho tan sólo allegó copia de la Resolución No. 01275 del 2 de febrero de 2015 (fls. 166-168), por medio de la cual la señora Ministra de Educación, delegó en la señora GLORIA AMPARO ROMERO GAITAN, la función de otorgar poderes en representación del Ministerio de Educación Nacional.

- Al respecto debe señalarse que este último documento demuestra que en efecto la señora GLORIA AMPARO ROMERO DE GAITAN estaba facultada para otorgar poder en representación del Ministerio de Educación Nacional, por lo que en virtud del segundo de los poderes referidos en precedencia, deberá reconocerse personería a la abogada SONIA PATRICIA GRAZT PICO, para que ejerza como mandataria judicial de la entidad, no obstante, no puede reconocerse personería al abogado JUAN CARLOS GUTIERREZ, pues como pudo verse, el poder a él otorgado se encuentra dirigido a que actúe como mandatario de la Fiduciaria "La Previsora S.A.", organismo que se insiste, no hace parte del proceso de la referencia.

Entonces como el citado profesional del derecho no acreditó en debida, su condición de mandatario judicial, no es dable tener en cuenta el escrito presentado a título de alegatos de conclusión.

3. Del Ministerio Público:

Guardó silencio dentro de esta etapa procesal.

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLAMIENTO DEL DERECHO

II 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:

Conforme se indicó en la fijación del litigio, el presente asunto se contrae a examinar, en primer término, la legalidad de la Resolución No. 0579 del 19 de mayo de 2005, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación a la demandante, en orden a determinar si en su condición de exservidora docente, tiene derecho a que las entidades demandadas procedan a reliquidar su pensión de jubilación con base en la totalidad de los factores salariales devengados durante su último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.

De otro lado, debe examinarse la legalidad de la Resolución No 00952 del 21 de diciembre de 2011, mediante la cual se reliquidó la pensión de la demandante por retiro definitivo del servicio, cuyo análisis se abordará precisamente con el fin de establecer si la beneficiaria pensional, tiene derecho a que se le reliquide la prestación, con base en la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo.

2. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Con el propósito de resolver la cuestión litigiosa, y para efectos metodológicos, el Despacho abordará el estudio de los siguientes puntos, en su orden: (i) Normas que regulan la pensión ordinaria de jubilación, regímenes de transición y 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 y (iii) caso concreto.

2.1. 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,

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
 DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
 DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
 PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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*

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.

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 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.

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
 DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
 DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
 PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 ² 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:

*"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 disfrutan 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

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)

*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:

"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 párrafo 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

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.

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLAMIENTO DEL DERECHO

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 2º de su artículo 1º (...)"(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 la demandante ingresó al servicio educativo el 1 de marzo de 1976, tal como puede apreciarse en los certificados de tiempos de servicios obrantes a folios 22, 45, 47, 138 y 158 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 trata de una servidora docente vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, con anterioridad al 26 de junio de 2003.

2.2. 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

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 Paez.

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.

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
 DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
 DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
 PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

(...) 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, entro en vigencia con posterioridad a la decisión.

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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, 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 acudirse 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.

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:

“Art. 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.

3. CASO CONCRETO.

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

- En primer lugar, debe reiterarse que como la demandante ingresó al servicio educativo oficial el 1º de marzo de 1976, 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 la demandante ingresó al servicio educativo oficial el 1º de marzo de 1976, tal como puede apreciarse a folios 22, 45, 47, 138 y 158 del expediente, de tal suerte que cumplió los 20 años de servicios exigidos para el reconocimiento de la pensión el día 1º de marzo de 1996. Empero, como su nacimiento tuvo lugar el 22 de septiembre de 1949, según se desprende del correspondiente Registro Civil de Nacimiento obrante a folios 21 y 137 de las diligencias, se tiene que fue tan solo hasta 22 de septiembre de 2004, cuando cumplió los 55 años de edad requeridos, por lo que fue en esta última fecha que adquirió su status pensional, al cumplir los dos requisitos previstos en las normas que rigen la materia.

- Por consiguiente, en un primer momento, la prestación debía liquidarse con base en todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status, es decir, el comprendido entre el 22 de septiembre de 2003 y el 22 de septiembre de 2004.

- Ahora, conforme a los certificados de factores salariales allegados durante el decurso procesal (obrantes a folios 16, 17, 38 a 43, 132, 133 y 151 a 153 del expediente), se concluye que durante el referido lapso, la beneficiaria pensional devengó los siguientes conceptos que debían tenerse en cuenta dentro del ingreso base de liquidación: Sueldo, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones.

- En contraste, una vez examinado el acto administrativo de reconocimiento pensional, contenido en la Resolución No. 579 del 19

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLAMIENTO DEL DERECHO

de mayo de 2005, que reposa a folios 13, 14, 129 y 130 del expediente, 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, los relativos a la prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones, tornándose evidente la ilegalidad de la decisión, en tanto desconoce las normas y criterios jurisprudenciales que rigen la materia.

- Por otra parte, continuando con el análisis del caso, se observa que luego del reconocimiento pensional inicial, la demandante continuó laborando en el servicio docente hasta el 31 de enero de 2011, según puede apreciarse en los certificados obrantes a folios 47 y 158 del expediente, por lo que, a la luz de lo establecido en el artículo 9º de la Ley 71 de 1988, resultaba procedente que la entidad reliquidara la pensión, con base en el último año de servicios anterior a la desvinculación, esto es, el comprendido entre el 31 de enero de 2010 y el 31 de enero de 2011, periodo durante el cual la beneficiaria devengó: asignación básica, prima de alimentación y prima de navidad, tal como se evidencia en los certificados vistos a folios 36, 48, 49 y 149 de las diligencias.

- No obstante, al revisar la Resolución No. 00952 del 21 de diciembre de 2011, por medio de la cual se reliquidó la prestación por retiro definitivo del servicio, vista a folios 26 a 29 y 141 a 144, el despacho encuentra que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, únicamente tuvo en cuenta la asignación básica, de modo que nuevamente dejó de lado los demás factores salariales devengados por la beneficiaria, esto es, la prima de alimentación y la prima de navidad, generándose así la ilegalidad de la decisión, igualmente por desconocimiento de las normas y parámetros jurisprudencias que rigen la materia.

- Entonces, demostrada como se encuentra la ilegalidad de los actos acusados, el Despacho declarará la nulidad parcial, para en su lugar, ordenar a la entidad demandada que a título de restablecimiento del derecho, proceda a reliquidar la pensión de la demandante con 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 anterior al retiro definitivo del servicio.

- 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.

- Finalmente, 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.

3.1. Prescripción.

Establecido el derecho reliquidatorio pensional que le asiste a la demandante, se torna procedente abordar el estudio de la excepción de prescripción propuesta por la defensa, para lo cual ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

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

⁵Decreto 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".

⁶Decreto 1848 de 1969, artículo 102: "Prescripción de acciones: 1. Las acciones que emanan 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 solo por un lapso igual**" (negrilla fuera de texto).

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.

Con todo, según lo señalado en artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, este término se entiende suspendido durante el trámite conciliatorio prejudicial, específicamente desde el momento en que se presenta la solicitud respectiva, hasta que se logre acuerdo entre las partes, se expida la certificación sobre la imposibilidad de conciliar o se venza el termino de tres meses contados a partir de la petición conciliatoria, lo que ocurra primero.

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.

Pues bien, en el caso concreto se advierte que el derecho a la reliquidación pensional relativa al año status, se hizo exigible el 10 de junio de 2005, fecha en que se le notificó a la interesada la Resolución No. 0579 del 19 de mayo de 2005, por medio de la cual se dispuso el reconocimiento de la prestación, sin incluir la totalidad de los factores que conformaban el ingreso base de liquidación (fls. 13, 14, 129 y 130).

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 emanan 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".

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De este modo, el término de los 3 años previsto para reclamar la reliquidación con base en la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, vencía el 11 de junio de 2008, no obstante, la demandante tan sólo interrumpió la prescripción mediante petición radicada el 22 de febrero de 2011 (fl. 37 y 150), por lo que, a partir de ese momento comenzó a contarse nuevamente dicho plazo, quedando en todo caso extinguidos los valores causados tres años atrás, es decir los generados con anterioridad al 22 de febrero de 2008.

Entonces, como el término de los 3 años comenzó a contarse nuevamente desde el momento de la referida petición, esto es, desde el 22 de febrero de 2011, se advierte que la demandante tenía hasta el 23 de febrero de 2014, para acudir ante la jurisdicción en orden a interrumpir definitivamente la prescripción, o la conciliación prejudicial para lograr la suspensión, sin que se afectaran nuevos valores por el paso del tiempo.

No obstante, una vez examinadas las diligencias se advierte que la beneficiaria del derecho tan sólo acudió al mecanismo alternativo de conflictos el 29 de octubre de 2014 (fls. 56 - 58), esto es con posterioridad al vencimiento del plazo, lo que significa que para este momento, ya se habían extinguido con el paso del tiempo los valores causados tres años atrás, esto es, los generados con anterioridad al 29 de octubre de 2011.

Ahora, debe destacarse que la solicitud conciliatoria resultó infructuosa, al no haberse logrado acuerdo entre las partes, por lo que finalmente se declaró fallida, expidiéndose la constancia respectiva el 25 de noviembre de 2014.

Por consiguiente, puede decirse que el fenómeno extintivo estuvo suspendido entre el 29 de octubre y el 25 de noviembre de 2014, o sea 28 días, quedando pendiente la interposición de la demanda para lograr la interrupción definitiva, lo cual ocurrió el 5 de febrero de 2015 (fl. 11)

Así pues, atendiendo a que la interrupción definitiva operó el 5 de febrero de 2015, se tiene que, contando con el termino de suspensión, para dicho momento se encontrarían extinguidos los valores causados 3 años y 28 días atrás, o sea aquellos generados con anterioridad al 8 de enero de 2012.

En este punto, ha de precisarse que la pensión liquidada con base en el año status tuvo efectividad concretamente hasta el 31 de enero de 2011, puesto que la reliquidación pensional por retiro definitivo

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

del servicio se hizo efectiva a partir del día siguiente, esto es, a partir del 1º de febrero de 2011, tal como se deduce de los actos acusados.

Por consiguiente, si la pensión liquidada con base en el año status tan sólo tuvo efectividad hasta el 31 de enero de 2011, fuerza concluir que todos los valores que podrían reconocerle al demandante en cuanto a la reliquidación ordenada por dicho concepto se encuentran prescritos, pues como pudo verse, el fenómeno extintivo afectó aquellas sumas causados con anterioridad 8 de enero de 2012.

Bajo este contexto, ha de advertirse que aun cuando el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo y ordenará la consecuente reliquidación de la pensión con base en todos los factores devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición el año status, no ordenará pago alguno sobre el particular, precisamente por haber operado el fenómeno de la prescripción sobre los valores que de ello podrían derivarse.

Ahora, en lo que tiene que ver con la reliquidación pensional por retiro definitivo del servicio, se encuentra que el derecho a solicitar la inclusión de todos los factores salariales se hizo exigible el 21 de diciembre de 2011, fecha a partir de la cual se notificó la Resolución 0952 del 21 de diciembre de 2011 (fls. 141 - 144), por medio de la cual se reliquidó la pensión con ocasión de la desvinculación, de tal suerte que los 3 años para reclamar administrativamente, acudir a la jurisdicción o intentar la conciliación, sin lugar a la prescripción, vencían inicialmente el 21 de diciembre de 2014.

En este sentido, ha de recordarse que la beneficiaria del derecho acudió al mecanismo alternativo de solución de conflictos el 29 de octubre de 2014 (fl. 56), esto es, cuando faltaban 1 mes y 22 días para que se venciera el plazo establecido para acudir a la jurisdicción, que como se dijo, inicialmente se extendía hasta el 21 de diciembre de 2014.

Ahora, debe destacarse que la solicitud conciliatoria resultó infructuosa, al no haberse logrado acuerdo entre las partes, por lo que finalmente se declaró fallida, expidiéndose la constancia respectiva el 25 de noviembre del año 2014 (fl. 56).

En consecuencia, al día siguiente, esto es, el 26 de noviembre de 2014, se reanudó el término prescriptivo, que en consecuencia se extendió hasta el 16 de enero de 2015.

Empero, como la beneficiaria pensional presentó la demanda el 5 de febrero de 2015, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo referido, para el Despacho es claro quedaron afectados los valores

causados tres años a tras a la interposición del medio de control, es decir, los anteriores al 5 de febrero de 2012.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento de las diferencias pensionales generadas con ocasión de la reliquidación por retiro del servicio ordenada en esta sentencia, tendrá efectos fiscales a partir del 5 de febrero de 2012, por haber operado la prescripción frente a los valores causados con anterioridad, por lo que así se declarará en esta oportunidad.

3.2. Costas

El artículo 188 del CPACA dispone, textualmente lo siguiente:

"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 Proceso⁸ 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, sin embargo se observa que la excepción de prescripción propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio prosperó parcialmente. En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P. y lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, se condena a la parte demandada únicamente al pago de agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, correspondientes **al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**. Por Secretaría, Líquidense.

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

⁸ 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 (IJ), que interpretó el Acuerdo PSAA13-10073 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLAMIENTO DEL DERECHO

FALLA:

PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. 579 del 19 de mayo de 2005, por medio de la cual, el SECRETARIO DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció a la demandante la pensión vitalicia de jubilación, con efectividad a partir del 23 de septiembre de 2004, en tanto no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.

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 reconocida a la demandante, tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, además de los factores ya incluidos, los relativos a la prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones, devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, comprendido entre el 22 de septiembre de 2003 y el 22 de septiembre de 2004, tal como se señaló en precedencia.

TERCERO. DECLÁRASE probada la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, específicamente en lo relativo a los valores derivados de la reliquidación dispuesta en el ordinal anterior, por lo que no se ordenará pago alguno sobre el particular, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este proveído.

CUARTO.- DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. 0952 del 21 de diciembre de 2011, por medio de la cual, el SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA, en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidó la pensión reconocida a la demandante por retiro definitivo del servicio, con efectividad a partir del 1º de febrero de 2011, en tanto no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la desvinculación.

QUINTO.- 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

reconocida a la demandante, tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, además de la asignación básica ya incluida, los relativos a la prima de alimentación y la prima de navidad, devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo, comprendido entre el 31 de enero de 2010 y el 31 de enero de 2011, con efectos fiscales a partir del 5 de febrero de 2012, por haber operado la prescripción frente a los valores causados con anterioridad, tal como se explicó en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: DECLÁRASE probada la excepción de prescripción formulada por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, frente a los valores causados con anterioridad al 5 de febrero de 2012.

SÉPTIMO.- Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

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

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R. H.), que corresponde a la mesada de la asignación de retiro decretada, 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.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho en cada periodo.

OCTAVO.- En caso que no se hayan efectuado los descuentos respectivos para aportes pensionales por concepto de los factores a tener en cuenta para la reliquidación pensional dispuesta en el ordinal sexto, esto es, los devengados durante el último año de servicios anterior a la desvinculación, la entidad podrá descontarlos del valor resultante de la condena.

Estas deducciones deberán ser objeto de actualización, tomando en cuenta los criterios fijados para el efecto por el Honorable Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia

EXPEDIENTE: 15001-33-33-007-2015-00031-00
 DEMANDANTE: LILYAM EUGENIA DE LAS MERCEDES BARRERA DE MALAGÓN
 DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE
 PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013).

NOVENO.- 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.

DÉCIMO.- Condenar a la la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de las costas procesales en los términos señalados en la parte considerativa de esta providencia, es decir, únicamente por el valor de las agencias en derecho que se fijan en el 3% de las pretensiones de la demanda.

DÉCIMO PRIMERO.- 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.

DÉCIMO SEGUNDO.- Cumplido el término establecido en el artículo 298 del C.P.A.C.A. sin que se haya acreditado el cumplimiento de esta providencia, por Secretaría requiérase a la entidad demandada para que proceda de conformidad con lo ordenado.

DÉCIMO TERCERO: Reconocer personería a la abogada SONIA PATRICIA GRAZT PICO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.931.864 de Bogotá, portadora de la Tarjeta Profesional 203499 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ
JUEZ

Yss/ARLS