Consejo Superior de la Judicatura

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, veintisiete (27) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **BLANCA LILIA HERTAS SALAMANCA**
Demandado: **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - F.N.P.S.M**
Radicación: **150013333008 2015-00163 00.**

Agotado el trámite procesal del Medio de Control de nulidad y Restablecimiento del Derecho, sin advertirse causal de nulidad en la actuación, procede el **Juzgado Octavo Administrativo Oral Del Circuito Judicial De Tunja** a dictar sentencia atendiendo lo previsto en el art. 187 de la ley 1437 de 2011, para resolver la demanda que ha dado origen al presente proceso.

I. ANTECEDENTES;

La señora **BLANCA LILIA HERTAS SALAMANCA**, por medio de apoderado, instaura MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, conforme al artículo 138 de la ley 1437 de 2011, contra la **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - F.N.P.S.M**, con el fin de obtener, en sentencia definitiva, resolución favorable a las siguientes;

1. **PRETENSIONES** (ff. 2 a 3)

Que el Despacho resume así:

a) Se declare la **NULIDAD** de la **Resolución No. 002536 del 7 de abril de 2015**, "**por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación**", expedida por la entidad hoy demandada.
b) Como consecuencia de la anterior declaración, a **título de restablecimiento del derecho** se **ORDENE** a la entidad demandada a expedir el Acto Administrativo por medio del cual **se da cumplimiento al fallo donde se incluyan todos y cada uno de los factores salariales devengados por la demandante** durante el año inmediatamente anterior al status de jubilado, es decir desde el 21 de octubre de 2013 al 20 de octubre de 2014.
c) A título de **CONDENA**, ordenar a la entidad demandada pagar a la demandante la diferencia de las mesadas pensiónales, desde la fecha en que la demandante cumplió con los requisitos de la pensión jubilación.

d) Se **CONDENE** a la indexación de las anteriores sumas de dinero.
e) Que la **CONDENA** se cancele en los términos del Ley 1437 de 2011.
f) Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2. HECHOS (ff. 3)

Que el Despacho resume así:

- ✓ La demandante ingresó al servicio público de la educación el 22 de Febrero de 1989, y adquirió el estatus jurídico para la Pensión Vitalicia de Jubilación el **20 de octubre de 2014.**
- ✓ Una vez cumplidos los requisitos de tiempo y edad, la demandante elevó solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de la Pensión Vitalicia de Jubilación, anexando la documentación requerida para ello.
- ✓ En cumplimiento de lo anterior la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** por medio de la Resolución No. **002536 del 7 de abril de 2015,** reconoció y ordenó el pago de una Pensión Vitalicia de Jubilación a favor de la demandante, a partir del **21 de octubre de 2014.**
- ✓ Para establecer el Ingreso Base de Liquidación, en la resolución anteriormente mencionada la entidad demandada, tuvo en cuenta **asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación y prima de vacaciones** devengado durante el año inmediatamente anterior a la fecha en la cual adquirió su status, dejando por fuera lo devengado por otros factores salariales: prima de navidad, bonificación difícil acceso 15% y prima de servicio.
- ✓ La entidad demandada deja por fuera los demás factores salariales que recibía la demandante durante el año inmediatamente anterior a adquirir el status y que están debidamente probadas dentro del expediente administrativo, con el correspondiente certificado de devengados expedido por la Secretaria de Educación de la Entidad Territorial Certificada.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION (ff. 3 a 7)

Estima como normas violadas el preámbulo, y los artículos 2, 4 y 25 de la Constitución Política; ley 812 de 2003, artículo 4º de la Ley 45 de 1966. Artículo 27 del decreto 3135 de 1968, artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

Manifiesta que el decreto 1045 de 1.978, establece los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión, en concordancia con la normado en la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la ley 33 de 1985, *"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".*

Así mismo refiere que el Numeral 1º del Artículo 15 de la Ley 91 de 1.989 dispone que a partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido así: Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las leyes vigentes.

Con lo anterior, arguye que al pertenecer la demandante a un régimen especial, al momento de liquidarle la pensión de jubilación se le debió haber tenido en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, prima de alimentación, etc.

Por otro lado analiza que en el certificado de salarios devengados para la liquidación de prestaciones sociales, expedido por el Jefe de Recursos Humanos y Físicos de la Secretaria de Educación de la Entidad Territorial Certificada, declara que se hicieron los aportes sobre todos los devengados al fondo prestacional del magisterios de conformidad con la ley 812 del 2003 y su decreto reglamentario 3752 del 2003.

Concluye así que según el mencionado certificado se depositaron todos los factores devengados y sobre los cuales se hicieron los aportes al fondo, por lo que basados en la normatividad no hay lugar a dudas, que el acto administrativo impugnado, generan un desequilibrio jurídico que a la postre perjudica económicamente a la docente, pues el valor reconocido como pensión, no se compadece ni ajusta a los criterios constitucionales y legales, y mucho menos representa la compensación social que debe recibir por el trabajo desplegado durante una buena parte de sus años de vida, al servicio de un Estado Social De Derecho como lo es el Colombiano.

II. TRAMITE PROCESAL;

1. Presentación y admisión;

La demanda fue radicada el veintinueve (29) de septiembre de 2015 (f.9), admitida mediante auto de fecha veintinueve (29) de octubre de 2015, (ff 34 a 37), ordenándose la notificación personal al representante legal de la Entidad Demandada, al Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho Judicial, igualmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo cual se cumplió como se advierte a folios (38 a 43).

Efectuado lo anterior y vencido el termino de 25 días de que trata el art. 199 de la ley 1437 de 2011 (f.44), empezó el termino de los 30 días de traslado que trata el artículo 172 del CPACA, tal como se observa en la constancia secretarial (f.45), término que venció el pasado tres (03) de marzo de 2016, y la Entidad demandada procedió a contestar la demanda así:

2. **Contestación de la demanda;** (ff. 46-49)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la demandante se vinculó como docente de conformidad con el inciso segundo, numeral 1 de la ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el régimen establecido en los decretos 3135 de 1965, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que son las normas que rigen las prestaciones sociales para los empleados públicos del orden nacional.

Que de acuerdo a lo citado se tiene que la pensión que en derecho corresponde a la accionante debe calcularse con el 75% de los distintos factores salariales contemplados en la ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, por lo que se concluye a primera vista que no le asiste razón a la demandante cuando afirma que debe liquidársele con factores que no están consagrados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

Manifiesta que la ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidaran sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues con esto se pretende por la sostenibilidad del sistema.

Que el decreto 3752 de 2003 modifico el ingreso base de liquidación de las prestaciones separa las cuales el docente realiza aportes para pensión (Jubilación, invalidez, retiro por vejez, pensiones post mortem), sujetándolos a los factores previstos para la cotización, en consecuencia, el fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la mencionada norma, factores diferentes a los previstos para la cotización.

Arguye que en lo que tiene que ver con los factores salariales a tener en cuenta para reconocer la pensión en el caso bajo estudio se debe tener en cuenta que la interpretación de no ser taxativos los factores salariales contenidos en la ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, con fundamento en la sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, del Consejo de estado – sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda CP Víctor Alvarado Ardila, radicado No. 20023250002006075090l.

Así las cosas, y bajo los anteriores argumentos solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que a la accionante no le asiste derecho que está reclamando, dado que las leyes 33 y 62 de 1985 establecen claramente que los factores que deben incluirse en la liquidación de pensión, y en estos no se encuentran los solicitados por la actora, además de accederse a las pretensiones de la demanda, se perjudicarían las reservas de la entidad.

3. Audiencia inicial.

Mediante auto de fecha dieciocho (18) de octubre de 2016, el Despacho fijo para el día veintidós (22) de noviembre de 2016, la **audiencia inicial** que trata el artículo 180 del CPACA, (f.178 y v), dejando constancia de su realización en el acta de la misma fecha (ff. 182 a 184) y CD. (f.187), en dicha audiencia se fijó para el día veinticinco (25) de enero de 2017 la Audiencia de Pruebas.

4. Audiencia de pruebas.

El día 25 de enero de 2017 se adelantó la audiencia de pruebas; dejando constancia de su realización en el acta de misma fecha (ff.204 a 205) y CD (f.206); donde se resolvió tener por incorporadas la totalidad de las pruebas así como correr traslado para alegar, señalando a las partes que debían presentar alegatos dentro de los diez días siguientes al desarrollo de la audiencia, de igual manera se le recordó al Ministerio Publico que dentro de la misma oportunidad si a bien lo tenía, podía presentar el correspondiente concepto y superado el termino de traslado y dentro de los 20 días siguientes se proferiría la sentencia.

Posteriormente el día veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017), el Despacho al advertir que existían puntos oscuros y dando alcance a lo establecido en el inciso 2 del artículo 213 de la ley 1437 de 2011, resolvió decretar algunas pruebas (f. 217), las cuales fueron allegadas y que obran a ff. 220 a 237. El 17 de marzo del año en curso ingreso el proceso para fallo.

5. Alegatos de conclusión;

5.1. Parte Demandante

No presento alegatos

5.2 Parte demandada

No presento alegatos

5.3 Ministerio Público. (ff. 207 a 215)

Afirma que de conformidad con los Certificados de Historia Laboral No. 6048 expedida el 5 de noviembre de 2014 por la secretaria de Educación de Boyacá, se establece que la demandante fue vinculada como docente en propiedad, en el nivel básica segundaria, a partir del 22 de febrero de 1989 cotizando hasta el 31 de diciembre de ese año para la caja de Previsión de Boyacá y a partir del año 1990 en adelante para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Arguye que de conformidad con el material probatorio allegado en el plenario se establece que la docente nació en 20 de octubre de 1959 y fue vinculada como docente desde el 22 de febrero de 1989 como docente afiliada el Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es, antes de la fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 26 de julio de 2003, situación que permite determinar que le eran aplicables las leyes 33 y 62 de 1985, y en consecuencia su pensión debió haberse reconocido y liquidado con tales normas.

Que pese a lo anterior, en la Resolución No. 002536 del 7 abril de 2015, la entidad únicamente la liquida teniendo en cuenta factores como asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación y prima de vacaciones, dejando sin reconocer la prima de servicios y la prima de navidad factores percibidos durante el año de adquisición del status de octubre de 2013 a octubre de 2014, situación esta que se aparta de la sentencia de unificación sobre liquidación pensional, lo que materializa causal de nulidad como violación a normas constitucionales, especialmente el artículo 25 superior, y violación de normas legales al desconocer en forma efectiva el régimen aplicable de la docente.

En suma, arguye que acogiendo la línea jurisprudencial, resulta acertado proceder a reliquidar la pensión reconocida a la docente, tomando como base todos y cada uno de los factores que constituyen salario y que fueron devengados en el año de adquisición del derecho comprendido entre octubre de 2013 a octubre de 2014, excluyendo de estos la bonificación por laborar en zona de difícil acceso del 15%, garantizando al Fondo el derecho a realizar los descuentos sobre los aportes respecto de los factores salariales que no hayan sido objeto de deducción legal.

III. CONSIDERACIONES;

1. Problema jurídico a resolver;

Consiste en determinar si la Resolución Nº 002536 del 07 de Abril del 2015 mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante incurre en alguna causal de nulidad y si la actora, tiene derecho a que se le reliquide o ajuste la pensión de jubilación, teniendo en cuenta, todos los factores salariales que devengo en el año anterior al adquirir el status pensional, a pesar de no existir aporte alguno de los mismos al Fondo de Pensiones.

2. Resolución del caso.

2.1. Fundamento Legal;

Del Régimen Jurídico aplicable a los docentes oficiales en el reconocimiento de la Pensión de Jubilación.

En relación con esta temática, se ha proferido la siguiente normatividad que el Despacho relaciona a continuación:

La Ley 6 de 1945, a referirse a las prestaciones oficiales, determino que los *empleados nacionales de carácter permanente gozarán de una Pensión vitalicia de jubilación, cuando haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo.*

Esta ley rigió en principio para los empleados del sector público nacional y del sector privado, luego se extendió al orden territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, preceptuaba que e*l empleado público que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio" (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).*

El Decreto Ley 3135 de 1968, y su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), fueron expedidos y se aplicaron para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

Debe precisarse que el Decreto Ley No. 2277 de 1979, Estatuto Docente, comprende un régimen "especial" para los educadores; pero, esta disposición **no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos,** lo que significa que debe remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, establece que e*l empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

La Ley 33 de 1985, rige **desde el 13 de febrero de 1985**, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes.

Exceptuándose de su aplicación tres casos:

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

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.

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:

"Art. 1º. (...)

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

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

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

Ahora bien, la Ley 60 de 1993, dispone en su artículo 6 que e*l régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.*

Es así que la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social.

Por lo tanto, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional

de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, se concluye que éstas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior, es decir la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

La Ley 115 de 1994**,** que contiene la Ley General de Educación, señaló *que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.*

Así las cosas, en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen "especial". Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.

Es de precisar que la Ley 115 de 1994, ratifico el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionalizados. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo bajo la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, anteriores a la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones **generales** de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de **especiales.**

2.2. De la liquidación de la Pensión de Jubilación y de la sentencia de unificación

Establecido el régimen pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003, debe analizarse, los factores que deben ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la Pensión de Jubilación.

Como se precisó, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el caso bajo estudio, para establecer el monto del derecho pensional de la demandante, es la **Ley 33 de 1985,** por las razones que a continuación se explican:

Esta normativa, en su artículo 3°, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación, así:

> *"**ARTÍCULO 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 la 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.".

No obstante y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, profirió **sentencia de unificación**, mediante providencia de fecha 4 de Agosto de 2010, Expediente No. NI 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:

"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...***

... Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

(...) 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.

Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación (....)

De otro lado, se comparte la decisión del Tribunal en cuanto ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena *y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por esta Corporación, y se ha reiterado en las consideraciones de la presente sentencia, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento Prestacional".* (Resaltado fuera del texto).

En consecuencia, 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**.

Ahora bien, en un caso similar al que hoy nos ocupa, el Tribunal Administrativo de Boyacá, señalo: *"La entidad demandada liquido la pensión sobre el 75% de lo devengado en el último año de servicios y tomo en cuenta como factor salarial la asignación básica(fl.21c1), devengada en el último año de servicios, pero* ***dejo fuera*** *prima de alimentación, prima de gracia, sobresueldo mensual del 20%, prima de vacaciones y prima de navidad que, como indico el Consejo de Estado en el aparte jurisprudencial transcrito, forman parte de los Factores salariales, motivo por el cual le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión, con inclusión de dichos factores. En consecuencia se confirmara la sentencia apelada.."*[1]

Más recientemente, el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia proferida el 19 de Abril de 2017, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho con rad. 150013330152015-00007-01 en un caso similar al presente reafirmo que: ..."*No obstante el órgano vértice de la Jurisdicción Contencioso en sentencia unificadora proferida el 4 de agosto de 2010, adopto la postura –* ***aún vigente*** *- en virtud de la cual, 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; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso a las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías..."* (Negrillas del Despacho).

2.4 De lo probado en el proceso; Está probado que la hoy demandante:

- Ingresó al servicio público de educación el 22 de febrero de 1989. (fl.10).
- Nació el día 20 de octubre de 1959. (fl.10).
- Adquirió el status jurídico para la pensión vitalicia de jubilación, el día 20 de octubre 2014. (fl.10).
- Mediante la Resolución No 002536 del 7 de abril de 2015, la Secretaria 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 de jubilación, efectiva a partir del 21 de octubre de 2014, fl. 11.
- Que el año inmediatamente anterior al adquirir el status pensional es el comprendido entre el 20 de octubre de 2013 al 19 de octubre de 2014.

---

[1] T.A.B. sentecia del 20 de enero de 2014, M. P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, expediente No. 150013333008201300014O1

- En el certificado de salarios devengados acredita como factores salariales para los años 2013 - 2014, además de la asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación, prima de vacaciones; **bonificación difícil acceso 15%, prima de navidad, prima de servicio** (fls. 232 a 234).

2.5. Del análisis probatorio y del caso concreto;

Del análisis individual y en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

La demandante **BLANCA LILIA HUERTAS SALAMANCA** nació el día 20 de octubre de 1959 (fl.10); cumplió los 55 años el **20 octubre de 2014,** e ingresó a laborar el 22 de febrero de 1989 hasta el 20 de octubre de 2011 (fl. 10); razón por la cual, su situación particular se rige por el numeral 1 del art. 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto determina que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, que para el caso es la Ley 33 de 1985. Bajo estos supuestos, la demandante mantiene el régimen prestacional vigente a la fecha en que adquirió su estatus pensional.

Por consiguiente, en materia de pensión de jubilación, a la docente y hoy demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual establece en el artículo 1, como requisitos para adquirir el derecho, cumplir 55 años y contar con un tiempo de servicio de 20 años continuos o discontinuos, los que cumplió el 20 octubre de 2014, ya que en esta fecha cumplió los 55 años de edad y acreditó como tiempo de servicio un total de 25 años, 07 meses y 29 días, según se señala en la Resolución No 002536 del 07 de abril de 2015 visible fl. 10 y 11.

Además la demandante no le es aplicable, el régimen de transición previsto, en el parágrafo 2 del art. 1 de la Ley 33 de 1985 que consagró en edad pensional, para los empleados oficiales que a la fecha en que entró a regir, 13 de febrero de 1985, contaran con 15 años de servicio, ya que la demandante ingreso con posterioridad a esa fecha.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos por los cuales se hizo acreedora la demandante al reconocimiento de la pensión de jubilación, mediante la Resolución No 002536 del 07 de abril de 2015, procede el Despacho a revisar si la **misma fue liquidada en debida forma.**

Acogiendo el criterio jurisprudencial citado en precedencia, considera el Despacho que en el caso bajo estudio, ha debido liquidarse la pensión de la demandante, con todos los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional: es decir, no sólo con base en la asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación y prima de vacaciones; sino teniendo en cuenta además, **1/12 prima de navidad, y 1/12 prima de servicios;**[2] factores debidamente acreditados a ff. 232 a 234.

2.6. De la Bonificación Zona de difícil acceso 15%.

Advierte el Despacho que la parte demandante, solicita sea tenido encuentra como factor de liquidación pensional la bonificación de difícil acceso del 15%, por haber sido devengada en el año inmediatamente anterior al estatus pensional. No obstante debe precisarse que el inciso 5º del artículo 5º del Decreto 1171 de 2004, estableció que **esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto.**

Pues bien, frente al tema, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 14 de diciembre de 2016[3] sostuvo: "... *tal emolumento no debe ser incluido en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación toda vez que la naturaleza del mismo corresponde a una prestación social, por cuanto en su momento se creó como un estímulo para que los docentes accedieran a prestar sus servicios en regiones donde se dificultaba lograr la cobertura necesaria en la prestación del servicio educativo, de lo cual se infiere que no tiene relación directa ni con el cargo ni con las funciones o calidades profesionales del beneficiario de la prestación si no que pretenden compensar las especiales circunstancias en las que se presta el servicio, es decir que está encaminada a cubrir las contingencias o eventuales riesgos en que pueda encontrarse el empleado por laborar en dichas zonas...*".

Criterio recientemente reiterado en sentencia del 25 de enero de 2017 proferida en el medio de Control y restablecimiento del Derecho con Rad. 1500133330042015 00075-01, con Ponencia del doctor OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Por lo tanto, y a pesar de que la demandante percibió en el año anterior de haber adquirido su estatus pensional, la bonificación del 15% por laborar en zona de **difícil acceso,** esta

---

[2] Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No. 1, M.P. FABIO IVAN AFANADOR GARCIA, Medio de Control, Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 150013333082014-00043-02 sentencia del 24 de noviembre de 2016.

[3] Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No 5 – M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros, Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Rad. 15238333375220150005O-01, Demandante Cecilia Torres Pérez y demandado la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

no será tenida en cuenta en la reliquidación solicitada en la demanda, dada su regulación legal y el criterio asumido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en las sentencias referidas el cual acoge este Despacho.

En consecuencia, como la **Resolución N° 002536 del 07 de Abril de 2015**,(fls. 10 – 11) que reconoció la pensión de jubilación, no tuvo en cuenta **todos los factores salariales**, devengados por la demandante en el año inmediatamente anterior al adquirir el status pensional, es decir, la asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación y prima de vacaciones; sin tener en cuenta además, una **1/12 de la prima de navidad, y una 1/12** de la **prima de servicios;** factores debidamente acreditados a ff. 232 a 234, se ordenará su inclusión, a efectos de la reliquidación de su mesada pensional.

Po lo anterior considera el Despacho que el mencionado acto administrativo **se encuentra viciado de nulidad,** por vulnerar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral consagrados en la Constitución Política, y contradecir el precedente de unificación antes mencionado, por lo tanto no resulta de recibo los argumentos expuestos por la parte demandada al contestar la demanda.

Por consiguiente este Despacho procederá a declarar la Nulidad parcial de la **Resolución N° 002536 del 07 de Abril de 2015**,(fls. 10 – 11) que reconoció la pensión de jubilación a la demandante proferida por la Secretaria de Educación de Boyacá, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto no tuvo en cuenta **todos los factores** salariales devengados en el año anterior al adquirir el status, **es decir entre el veinte (20) de octubre de dos mil trece (2013) y hasta el diecinueve (19) de octubre de dos mil catorce (2014)** y a título de restablecimiento del derecho se ordenara la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo los factores señalados en precedencia.

2.7. De la Prescripción;

Teniendo en cuenta que la demandante adquirió el status pensional a partir del **20 de octubre de 2014** reconocida mediante la Resolución No. 002536 del 7 de Abril de 2015 (fl.10-11); y la demanda fue presentada el 30 de septiembre de 2015 (folio 9); se establece que no **opero el fenómeno prescriptivo**, toda vez que no transcurrió más de tres años desde que se consolido el derecho. Razón por la cual se declarara no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

2.8. Conclusión:

El Despacho declarará la **Nulidad parcial de la Resolución N° 002536 del 7 de abril de 2015**, (fls. 10 – 11), que reconoció la pensión de jubilación a la demandante, proferida por la Secretaria de Educación de Boyacá, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; por cuanto no tuvo en cuenta los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status, y que son reconocidos en esta sentencia, y consecuencialmente a título de restablecimiento del derecho, se ordenara a la entidad demandada reliquidar la pensión vitalicia de jubilación de la actora 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, reiterado por esa Honorable Corporación y citado en esta providencia.

En este orden de ideas, la pensión de jubilación de la demandante deberá reliquidarse **en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el año de servicios anterior al que adquirió el status pensional**, esto es, del 20 de octubre de 2013 al 19 de octubre de 2014, es decir no sólo con base en la asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación y prima de vacaciones; sino teniendo en cuenta además, **una 1/12 de la prima de navidad, y una 1/12 de la prima de servicios;** factores debidamente acreditados a ff. 232 a 234.

Una vez se determine dicho valor, deberá reliquidarse por parte de la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho, las diferencias en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **20 de octubre de 2014**, fecha en la que la demandante adquirió el status pensional.

2.9. Del reajuste de la condena:

Así mismo, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, en los términos del numeral 4 del artículo 187 de la ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente mesada pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, empezando por la diferencia de la mesada pensional que se dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Se devenga intereses en la forma indicada en el inciso tercero y quinto del art. 192 de la ley 1437 de 2011. Igualmente la Entidad demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dará cumplimiento a la presente sentencia dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 de la ley 1437 de 2011.

2.10 De los aportes correspondientes a los factores salariales a incluir

Así mismo, atendiendo la jurisprudencia al respecto, se advierte que, se ha considerado que cuando la norma determina que, en todo caso, la pensión se liquidará atendiendo los factores sobre los cuales se ha aportado, lo que se 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, es decir: **una 1/12** de la **prima de servicios y una 1/12** de la **prima de navidad**; Siempre y cuando sobre éstos no se haya efectuado la deducción legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor de la demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

No obstante lo anterior, y acogiendo la postura del Tribunal Administrativo de Boyacá[4], estos descuentos se ordenaran por los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia, una **1/12 de la prima de servicios y una 1/12 de la prima de navidad**, atendiendo lo devengado por tal concepto **durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la demandante** por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía. Tales sumas deben ser actualizadas como fundamento en el IPC.

---

[4] Tribunal Administrativo de Boyacá, NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Demandante: RITO RAMIRO CASTILLO CASTELLANOS demandada UGPP. 25 de febrero de 2016, M.P. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS y más recientemente la Tribunal Administrativo de Boyacá, NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Demandante: JOSE ALCIDES SOTO MEDINA demandada NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – F.N.P.S.M. 19 de Abril de 2017, M.P. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVERO

Por Secretaría se dará cumplimiento a lo señalado en el inciso final del artículo 192 del CPACA.

2.11 De las costas;

Teniendo en consideración lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del CGP, en concordancia con la pauta jurisprudencial plasmada en la sentencia de fecha 7 de abril de 2016, proferida con ponencia del Consejero William Hernández Gómez[5], una vez valorado el plenario se advierte que no aparece probada la causación de costas, razón por la cual no se condenará a la parte vencida a su pago.

2.12 De la notificación;

Finalmente, el Despacho ordenará que la presente sentencia se notifique en los términos del artículo 203 del CPACA, dentro de los 3 días siguientes a su expedición mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por estado en la forma prevista en el artículo 295 del CGP, siguiendo el criterio definido en la sentencia de fecha 21 de abril de 2016, proferida con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez[6].

---

[5] CE 2A, 7 Abr. 2016, W. Hernández: *"(...) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio 'subjetivo' -CCA- a uno 'objetivo valorativo' –CPACA-.
b) Se concluye que es 'objetivo' porque en toda sentencia se 'dispondrá' sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
c) Sin embargo, se le califica de 'valorativo' porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)"

[6] CE 5, 21 Abr. 2016, e11001-03-15-000-2015-02509-01(AC), L. Bermúdez. En la providencia se señala que "(...) Si bien ese inciso segundo del art. 203 CPACA remite al 323 CPC (notificación por edicto), esta clase de notificaciones despareció con el CGP, que en su art. 295 dispone la notificación por estado para autos y sentencias que no deban hacerse de otra manera – en concordancia con art. 291 CGP (en lo

IV.DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de prescripción, propuesta por la Entidad Accionada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución Nº 002536 del 7 de Abril de 2015, por medio del cual, se le reconoce la pensión de jubilación a la señora **BLANCA LILIA HUERTAS SALAMANCA identificada con C.C. Nº 40.013.676,** por cuanto no tuvo en cuenta los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status, y reconocidos es esta sentencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO; Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – F.N.P.S.M, a reliquidar** la pensión de jubilación de la señora **BLANCA LILIA HUERTAS SALAMANCA identificada con C.C. Nº 40.013.676** a partir del **veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014),** (Fecha en la que adquirió el estatus de pensionado), en **cuantía del 75%** de los factores devengados en el año inmediatamente anterior a dicho status, esto es del veinte (20) de octubre de 2013 al diecinueve (19) de octubre de 2014 y que se reconocen en esta sentencia; es decir; no sólo con base en la asignación básica, auxilio de movilización, prima de grado, prima de alimentación y prima de vacaciones; sino teniendo en cuenta además, una **1/12** de la **prima de servicios y una 1/12** de la **prima de navidad**; factores salariales devengados y debidamente demostrados; 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, y de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a título de

---

pertinente). Por otro lado, hay que tener presente que de conformidad con art. 198 CPACA entre las providencias enlistadas que deben notificarse personalmente, no se encuentran las sentencias (...)".

restablecimiento del derecho, reconocer a la señora **BLANCA LILIA HUERTAS SALAMANCA identificada con C.C. Nº 40.013.676**, el valor de la diferencia en las mesadas pensiónales dejadas de cancelar desde el **veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014),** (Fecha en la que adquirió el estatus de pensionada), ya que como se señaló, en el presente caso **no opero la prescripción**; cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, aplicando para ello la siguiente fórmula;

$$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

QUINTO: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 de la ley 1437 de 2011 y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

SEXTO: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, deberá realizar los **DESCUENTOS,** que no se hubiesen efectuado con destino al sistema general de salud y pensiones, respecto a los factores salariales cuya inclusión se ordenan en esta sentencia; **una 1/12** de la **prima de servicios y una 1/12** de la **prima de navidad, durante los últimos cinco (5) años de su vida laboral, por prescripción extintiva, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado. Tales sumas deberán ser actualizadas con fundamento en el IPC.**

SEPTIMO: Una vez en firme la sentencia, **por secretaria comuníquese** al obligado, haciéndole entrega de copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento, de acuerdo a lo prescrito en el Art. 203 de la ley 1437 de 2011, **previo pago del correspondiente arancel judicial por parte de la demandante.**

OCTAVO: Sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: Si existe excedente de gastos procesales, por secretaria **devuélvanse al interesado**.

DECIMO: En firme, para su cumplimiento, por Secretaría, **remítanse los oficios correspondientes,** conforme lo señala el inciso final del artículo 192 de la ley 1437 de

2011; realizado lo anterior y **verificado su cumplimiento**, art. 298 ibídem, **archívese el expediente dejando las constancias respectivas.**

DECIMO PRIMERO: Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del C.G.P. conforme a lo expuesto en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

GLORIA CARMENZA PAEZ PALACIOS
JUEZ

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

LA ANTERIOR PROVIDENCIA SE NOTIFICA POR ESTADO ELECTRÓNICO NO. 28 PUBLICADO EN EL PORTAL WEB DE LA RAMA JUDICIAL

HOY, 2 ABR 2017 A LAS 8:00 A.M.

ANDREA MARCELA ÁVILA RESTREPO
SECRETARIA