



Consejo Superior
de la Judicatura

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015)

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: REINA ACENETH LEON CASTILLO
DEMANDADO: NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - F.N.P.S.M.
RADICADO: 150013333008 201400206 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, **REINA ACENETH LEON CASTILLO**, 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;

II. PRETENSIONES. (folio 3)

1. "Se declare la **Nulidad de la Resolución No. 06304 del 17 de Octubre de 2013,**" **Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de Jubilación,** expedida por la Secretaria de Educación de Boyacá, en nombre y representación de **LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DEPRESTACINES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** en ejercicio de las facultades legales que le confiere el artículo 56 de la ley 962 del 08 de julio de 2005, la ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 2005.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, a **TITULO 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 MI CLIENTE,** durante el año inmediatamente anterior a la fecha del Status, es decir desde el **31 DE MAYO DE 2013.**
3. A título de **CONDENA,** ordenar a la entidad demandada pagar a mi cliente la diferencia de las mesadas pensionales, ordinarias y adicionales (13 y 14) desde la fecha en que mi poderdante cumplió con los requisitos de la pensión jubilación.

4. Se **CONDENE** a la indexación de las anteriores sumas de dinero.
5. Que la **CONDENA** se cancele en los términos del ley 1437 de 2011.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.”

III. FUNDAMENTOS FACTICOS (folio 2 a 3)

En resumen, los hechos en los que se fundamenta las pretensiones son;

1. La señora, **REINA ACENETH LEON CASTILLO**, C. C.41.697.072, Ingreso al Servicio Público de Educación el 01 de noviembre de 1.982
2. Cumplió los 55 años de edad **el 31 de mayo de 2013**, por lo que una vez cumplidos los requisitos de tiempo y edad, la demandante elevo a la entidad demandada, solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de la pensión vitalicia de jubilación, anexando la documentación requerida para ello.
3. La **NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por medio de resolución **NO. 06304 DEL 17 DE OCTUBRE DE 2013**, reconoció y ordeno el pago de una Pensión Vitalicia de Jubilación a favor de la actora, a partir del **01 de JUNIO DE 2013**.
4. Para establecer el ingreso base de liquidación, en la resolución anteriormente mencionada la entidad demandada, tuvo en cuenta únicamente la **ASIGNACIÓN BÁSICA Y PRIMA DE VACACIONES**, dejando por fuera Prima de Navidad.
5. Que el Vicepresidente del Fondo de Prestaciones de la fiduciaria la previsora S.A; Mediante circular No. 006 del 20 de septiembre de 2007, ordeno que a partir del 25 de julio de 2007, la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al F.N.P.S.M, se debería realizar con la inclusión de todos los factores salariales.

IV. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION;

El Actor considera que con la expedición del acto administrativo demandado esto es la Resolución No. 06304 del 17 de octubre de 2013, se desconocieron las siguientes normas:

Constitución política, preámbulo, Artículos 2, 4, 25, Ley 1437 de 2011 Artículo 2, 3, 137 ,138 Ley 812 de 2003 Ley 4 de 1.966 Artículo 4 , Decreto 3135 de 1.968 Artículo 27 , Decreto 1045 de 1.978 Artículo 45 entre otras normas.

Señala que se presenta una relación entre el demandante y la administración, en la cual se colocó en una situación de desigualdad a la demandante al habérselo negado el

reconocimiento liquidación y pago de la Pensión vitalicia de Jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, respecto de los empleados que antes y después de este periodo (2004-2007), si se les han tenido en cuenta al momento de liquidarles la pensión.

Indica que con el Acto Administrativo impugnado hoy ante esta Jurisdicción se violaron normas y principios como el Debido proceso, Igualdad, Imparcialidad, buena fe, Moralidad entre otras; quebrantando así normas superiores en materia de reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Apunta que según el numeral 1 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 la demandante pertenece al régimen especial de Docentes Nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para lo cual se debía haber liquidado la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios tales como Asignación básica, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, horas extras, Prima de Alimentación entre otras.

Manifiesta que con el Certificado de salarios devengados para la liquidación de prestaciones sociales, expedido por el jefe de recursos humanos de la Secretaria de Educación se demuestra que se hicieron todos los aportes al Fondo de Prestaciones del Magisterio de conformidad con la ley 812 de 2003 y decreto reglamentario 3752 de 2003.

Finalmente arguye que frente a la decisión negativa de la administración de no reconocer la pensión vitalicia de jubilación con todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior, se incurre en una falsa motivación al desconocer las pruebas aportadas al proceso las cuales fueron expedidas por otra autoridad administrativa.

a. TRAMITE PROCESAL;

1. Presentación y admisión:

La demanda fue radicada ante los Juzgados Administrativos de la ciudad de Tunja el 07 de Octubre de 2014 (fl.9), e inadmitida mediante auto de fecha 21 de enero de 2015 (fl. 38-39); la cual fue subsanada por la parte actora a folios 41 a 42. Posteriormente la demanda fue admitida mediante auto de fecha 12 de febrero de 2015, (fl.45 a 48) ordenándose la notificación personal al representante legal de las entidades demandadas, al Agente del Ministerio Público, al demandante y a su apoderada, igualmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, lo cual se cumplió como se advierte a folio 49.

Mediante auto de fecha 05 de Agosto de 2015, el Despacho fijó, para el día 26 de Agosto de 2015, la **audiencia inicial** que trata el artículo 180 del CPACA, (fl.71-72). Llegado el día y la hora señalada se adelantó la audiencia inicial, dejando constancia de su realización en el acta de la misma fecha, (fls.74 a 77 y CD fl.82) En esta audiencia, se fijó para el día 22 de septiembre de 2015 a las 10:00 am, la audiencia de pruebas que trata el artículo 181 del CPACA, dejando constancia de su realización en el acta de la misma fecha (fl.94 a 95, CD.97), en la cual se ordenó tener por incorporadas las pruebas decretadas en la audiencia inicial de fecha 26 de agosto de 2015, declarar evacuada la etapa probatoria y se dispuso que las partes debían presentar por escrito alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes al desarrollo de la audiencia de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 de la Ley referida dentro de la misma oportunidad si a bien lo tenía, el Ministerio Público podía presentar el correspondiente concepto, (fl.95), y el fallo se proferiría dentro de los 20 días siguientes.

Una vez notificado el auto Admisorio de la demanda (folio.52), y efectuada la correspondiente comunicación por la empresa 472, (fl.54); vencido el termino de 25 días de que trata el art. 199 de la ley 1437 de 2011, (fl.55) empezó el termino de los 30 días de traslado que trata el artículo 172 del C.P.A.C.A, tal como se observa en la constancia secretarial, término que venció el pasado 02 de julio de 2015 folio 56, dentro de este término la apoderada de la entidad demandada, procedió a contestar la demanda, así:

2. Contestación de la Demanda: (fls.57 a 62)

Nación –Ministerio de Educación Nacional F.N.P.S.M.

Manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones, las cuales solicita sean despachadas desfavorablemente con base en los siguientes argumentos:

Afirma que el artículo 15 de la ley 91 de 1989, establece que el régimen aplicable para las prestaciones económicas y sociales de los docentes, depende de la fecha de vinculación al servicio público, teniendo en cuenta que la demandante se vinculó como docente a partir del Primero (1) de enero de 1.990, le es aplicable el régimen establecido en los decretos 3135 de 1.968, 1.848 de 1.969 y 1045 de 1.978, normas acordes a las prestaciones económicas y sociales de los Empleados Públicos de orden Nacional.

Así mismo manifiesta que la pensión que en derecho corresponde a la accionante debe calcularse teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales consagrados en la ley 62 de 1.985 y devengados en el último año de servicio, mas no como lo manifiesta la demandante sobre todos los factores salariales devengados sin estar consagrados en el artículo 1 de la ley 62 de 1.985.

Además sostiene que la entidad demandada no puede reconocer como factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación, aquellos que no estén taxativamente señalados en la Ley 62 de 1.985, pues el Decreto 3752 de 2003 en su artículo 3, señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la ley cuyo pago se encuentre obligado al Fondo de Prestaciones Sociales, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realiza los aportes correspondientes.

De igual manera, apunta que el Decreto 3752 de 2003, modifico el ingreso base de liquidación de las prestaciones sociales para los cuales el docente realiza aportes para pensiones teniendo en cuenta los factores previstos para su cotización. Por ende el Fondo Prestaciones sociales del Magisterio no puede incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la ley, factores diferentes a los previstos para la cotización.

Por todo lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, pues las leyes 33 de 1985 y ley 62 de 1.985, establecen claramente los factores que deben ser incluidos dentro de la pensión de jubilación, los cuales no se encuentran solicitados por el actor.

3. Alegatos de conclusión:

Parte Demandante: Guardo silencio

Parte Demandada: Guardo silencio

Ministerio Publico: Guardo Silencio

V. CONSIDERACIONES;

1. Problema jurídico a resolver;

Consiste en determinar si la Resolución No. 06304 del 17 de octubre de 2013, expedida por la **NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – F.N.P.S.M.** incurre en alguna causal de nulidad y si la demandante **REINA ACENETH LEON CASTILLO** tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación, teniendo en cuenta, todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al retiro del servicio.

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

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 1º 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 *el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.*

Es así que la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º 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, ratificó 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**.

Ahora bien la ley 812 de 2003 se aplica exclusivamente a los docentes vinculados al servicio estatal a partir de la vigencia de esta norma, estableciendo en su artículo 81:

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

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

A su vez, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 indicó con respecto al régimen pensional de los docentes oficiales:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos

.de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

En conclusión, los docentes oficiales no gozan de ningún régimen normativo especial, y siempre que no esté su situación comprendida en la fórmula de transición establecida en la Ley 33 de 1985, quedan cobijados por las disposiciones de esta norma, pues la Ley 812 de 2003 no se aplica a quienes ingresaron al servicio estatal con **anterioridad a su vigencia**, tal como ha indicado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹ y lo reitera en otras sentencias.²

2.3. 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**.

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

"ARTÍCULO 10. 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 Ardiña; en la que

¹ 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.

² C.E. C.P. \$\$\$Dra Bertha Lucía Ramírez de Paez, Sent. 10/07/2008 expediente No 0761-2007

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 componen 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.***

.... La Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

(...)

*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; salvo, lo relativo a la bonificación por recreación y la indemnización de vacaciones.

2.4. De la Sentencia de Unificación 230 del 29 de abril de 2015, emitida por la Corte Constitucional;

Al respecto el Despacho señala que acoge lo expresado por El Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 18 de septiembre de 2015, M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana, en la que se determina lo siguiente:

"...este Tribunal no acatará el citado precedente jurisprudencial, dado que esas consideraciones no aplican al caso que se examina, pues se realizaron dentro de la revisión de una acción de tutela interpuesta contra una providencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el escenario propio de la Justicia Ordinaria, y en la que se ventiló una situación fáctica diferente a la que plantea el actor en esta oportunidad.

Así mismo, hay que tener en cuenta que en el campo de la justicia contencioso administrativa se cuenta con un precedente vinculante fijado por el órgano de cierre para los asuntos del conocimiento de esta jurisdicción, que es la citada sentencia de unificación del Consejo de Estado dictada el 4 de agosto de 2010 C.P. Doctor Victor Alvarado Ardila, la cual debe ser acatada por todas las autoridades tal como lo ordenan los artículos 102 y 270 del C.P.A.C.A."

2.5. De lo probado en el proceso

Está probado que la hoy demandante:

- Ingresó al Servicio Público de Educación el 01 de Noviembre de 1982 (fl.11)
- Nació el día 31 de mayo de 1958, según Registro Civil de Nacimiento (fl.29).
- Adquirió el Status jurídico para la Pensión vitalicia de Jubilación el día 31 de mayo de 2013, (fl.11).
- Mediante la resolución No. 006304 del 17 de octubre de 2013, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció a la demandante la pensión de jubilación, efectiva a partir del 11 de Mayo de 2013, (fl.10-12).
- Que según su Certificado de Salarios y de Historia laboral acredita como factores salariales devengados para el lapso comprendido entre el 1º de junio de 2012 al 31 de mayo de 2013, los siguientes: Asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad (folio 17 y 23).

2.6. 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:

Que la demandante **REINA ACENETH LEON CASTILLO** nació el 31 de Mayo de 1958 (fl.29); cumplió los 55 años en el 2013, e ingresó a laborar el 01 de noviembre de 1982 (fl.19); 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 los anteriores 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; requisitos que se dan en el presente caso ya que la edad la cumplió el 31 de mayo de 2013, y el tiempo de servicios los cumplió el 17 de junio de 2012, ya que en esta fecha acreditó como tiempo de servicio un total de 20 años, 0 meses y 5 días, según se señala en la Resolución No. 006304 del 17 de octubre de 2013, acto administrativo mediante el cual se le reconoció a la actora la pensión vitalicia de jubilación, visible a folios 10-12.

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. 006304 del 17 octubre de 2013, procede el Despacho a revisar si la misma fue liquidada en debida forma.

Para dicho análisis, el Despacho acogiendo el criterio jurisprudencial citado en precedencia, considera el Despacho que en el caso bajo estudio, ha debido liquidarse la pensión de la demandante, no sólo con base en: la asignación básica y la prima de vacaciones, sino teniendo en cuenta además: la prima de navidad, **factor que devengó durante el último año de servicios antes de adquirir el estatus**, (fl. 23).

En consecuencia, como la **Resolución No. 006304 del 17 de octubre de 2013** (fl. 10-12), no incluyo además de los factores ya reconocidos, la **prima de navidad**; habida consideración dicho factor fue devengado por la demandante en el último año de servicios y de haber adquirido el status pensional (folio 23).

Por 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 consiguiente este Despacho procederá a **declarar la Nulidad parcial** de la **Resolución No. 006304 del 17 de octubre de 2013**, proferida por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, (fl. 10-12) y como consecuencia, se ordenara a la entidad demandada reliquidar la pensión vitalicia de jubilación de la demandante en las mesadas a las que tenga derecho, tomando para tal efecto como factores salariales, además de la asignación básica y la prima de vacaciones, **la prima de navidad**; factor salarial devengado y debidamente demostrado (fl. 23).

Los anteriores factores deben ser considerados como factores salariales, ya que a pesar de no estar enunciados en la Ley 33 y 62 de 1985, constituyen salario al ser contraprestaciones directas que recibió la docente, de manera habitual y periódica, por su trabajo.

2.7. De la Prescripción

Teniendo en cuenta que a la demandante le reconocieron la pensión de jubilación mediante Resolución No. 006304 del 17 de octubre de 2013, la cual fue notificada el 29 de noviembre de 2013; y la demanda se presentó el día 08 de octubre de 2014 (fl. 35); se establece que no transcurrieron (3) tres años, razón por la cual **no opero el fenómeno de la prescripción** y en consecuencia 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 No. 006304 del 17 de octubre de 2013** proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se reconoció y ordeno el pago de una pensión vitalicia de jubilación de la actora y consecuentemente a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión vitalicia de jubilación de la demandante 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 la demandante deberá **reliquidarse** con la totalidad de los factores devengados en el **último año de servicios antes de adquirir el status pensional**, del 1º de Junio de 2012 al 31 de Mayo de 2013, es decir además de las ya reconocidas, esto es: la asignación básica y prima de vacaciones, **la prima de navidad**, incluyendo los reajustes respectivos, factores salariales devengados y debidamente demostrados (folio 23); así mismo, la Entidad demandada deberá **pagar a la actora** el valor de la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **1º de Junio de 2013**.

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.

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

El Despacho tiene en cuenta lo señalado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 28 de septiembre de 2015 M.P. Cesar Humberto Sierra Peña.

Precisa el Despacho que bajo la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado de 04 de agosto de 2010, la omisión por parte de la administración respecto de la cotización no impide la inclusión de todos los factores pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se realice la liquidación de la pensión.

Respecto de la manera como deben efectuarse los descuentos sobre aquellos factores no cotizados, a incluir en la base de liquidación de la pensión, deben seguirse los parámetros señalados en el sentencia de la Sección Segunda Subsección

"A", del 09 de abril de 2014, Radicación No: 250002325000201000014 01, con Ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, así:

... el a quo ordenó a la liquidadora de la Entidad de previsión, `reliquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó en esta providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo con la normatividad aplicable para el caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador. No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal...

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado. Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependan económicamente" (subrayado fuera de texto).

En el presente caso y acogiendo la sentencia del Consejo de Estado del 9 de abril de 2014 y en aras de propender por la sostenibilidad del sistema pensional se ordenará que la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, realice el descuento de los aportes correspondientes a la prima de navidad de la manera como lo especifica dicha sentencia.

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

2.10. De las costas.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 188 de la ley 1437 de 2011 se condenara en costas a la parte demandada, las cuales se liquidaran por Secretaria, atendiendo lo previsto en el Art. 366 del C.G.P.

2.11. De las agencias en derecho;

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 366 del C.G.P. y los criterios señalados por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo 1887 de 2003, se fijaran como agencias en derecho el equivalente al tres porcientos (3%) de la cuantía de las pretensiones, es decir la suma de **SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS UN PESOS (\$79.501)**; suma que deberá ser pagada por **la entidad demandada**.

2.12. De la notificación.

Finalmente el Despacho ordenara que la presente sentencia se notifique en los términos del artículo 203 del C.P.A.C.A. dentro de los 3 días siguientes 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 notificara por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso, atendiendo el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de Consejo de Estado, M.P. Enrique Gil Botero, providencia del 25 de junio de 2014, donde unifica la jurisprudencia " *en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la jurisdicción contencioso administrativo, esa partir del 1º de enero de 2014*".

III.DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de prescripción, pospuesta por la **Nación – Ministerio de Educación – F.N.P.S.M.** conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la **Resolución No. 006304 de 17 de octubre de 2013** proferida por la **Nación – Ministerio de Educación – F.N.P.S.M** mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación de la demandante **REINA ACENETH LEON CASTILLO**, identificada con C.C. No. 41.697.072 de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR A LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – F.N.P.S.M.**, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora **REINA ACENETH LEON CASTILLO**, identificada con C.C. No. 41.697.072 de Bogotá, reconocida mediante la Resolución No. **006304 de 17 de octubre de 2013**, en las mesadas a que tenga derecho **a partir del 1º de junio de 2013**, aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, con base en el criterio de interpretación establecido por el Consejo de Estado, mediante providencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, incluyendo todos los factores salariales devengados por la actora, desde el **1º de junio de 2012 al 31 de mayo de 2013**, es decir además de las ya reconocidas, esto es: la asignación básica y la prima de vacaciones, **la prima de navidad** factor salarial devengado y debidamente demostrados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL F.N.P.S.M.**, a título de restablecimiento del derecho, **a pagar** a la señora **REINA ACENETH LEON CASTILLO**, identificada con C.C. No. 41.697.072 de Bogotá, el valor de la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **1º de Junio de 2013**, 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:

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

QUINTO.- La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – F.N.P.S.M.**, 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.- Ordenar a la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, realice el descuento de los aportes correspondientes a la **prima de navidad** cuya inclusión se ordenó en esta sentencia para la reliquidación de la pensión de jubilación, si no efectuó su deducción legal durante la vida laboral de la actora, quedando condicionada, a la elaboración por parte de la entidad demandada, de una formula actuarial cuya protección permita tanto el cumplimiento del imperativo consagrado en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el artículo 48

de la Constitución Política, como la efectividad del derecho reclamado por la demandante en términos razonables, y de conformidad con los parámetros dados en precedencia.

SEPTIMO.- Condenar en costas a la parte vencida, es decir a la entidad demandada, liquídense por secretaria y sígase el procedimiento establecido en el art. 366 de la CGP.

OCTAVO.- Fijar como agencias en derecho el equivalente al tres por ciento (3%) de la cuantía de las pretensiones, es decir la suma de **SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS UN PESOS (\$79.501)**; suma que deberá ser pagada por **la entidad demandada**.

NOVENO.- Si existe excedente de gastos procesales, por secretaria **devuélvase** al interesado.

DECIMO: En firme, para su cumplimiento, por secretaria, **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 Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


GLORIA CARMENZA PAEZ PALACIOS
JUEZ