



Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja

Tunja, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación: **150013333010-2019-00054-00**
Demandante: MYRIAM MERCEDES CASTILLO DE GUTIÉRREZ
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como quiera que no se observan causales de nulidad que invaliden lo actuado, procede el Juzgado a proferir sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda (fls. 1-35)

1.1. Hechos relevantes

Mediante Decreto 034 de 22 de octubre de 1990, se le designó como docente de primaria, en el cargo de Directora de la Escuela La Puerta, de Boavita, sin embargo, nunca se le reconoció el salario de dicho cargo.

Con resolución N° 54176 radicado N° 66533/2007, la Caja Nacional de Previsión Social, reliquidó la pensión gracia reconocida a través de la Resolución N° 26838 del 5 de junio de 2006, y a través de petición, solicitó la reliquidación de esta prestación con todos los factores salariales devengados por ella en el último año de servicios, y se revocara la resolución N° 37641 de 6 de agosto de 2008, que negó esa petición.

Los factores salariales reclamados son: prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sobre sueldo mensual del 20% (ordenanza 23), prima de navidad, vacaciones; factores salariales reconocidos según certificado emitido por la Secretaría de Educación de Boyacá N° 1437.

Con resolución PAP 043851 de 11 de marzo de 2011, la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL- resolvió recurso de reposición y revocó la resolución N° 37641 de 6 de agosto de 2008, y reliquidó la pensión de jubilación gracia de la demandante, sin embargo, se omitieron incluir factores salariales devengados dentro del último año de servicio.

1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, se formularon las siguientes pretensiones:

“DECLARATIVAS:

PRIMERA: Declarar la nulidad parcial de la Resolución número PAP 043851 de 11 de marzo de 2011, en cuanto le reconoció la reliquidación de la pensión de jubilación gracia a mi representada y calculando la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

SEGUNDO: Declarar que mi mandante tiene derecho a que la FIDUPREVISORA S.A. y la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-, le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación gracia, a partir del 1 de noviembre de 2009, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, tales como la prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sob. Mensual del 20% (Ordenanza 23), prima de navidad y pago sueldo de vacaciones que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representada.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

PRIMERO: Condenar a la FIDUPREVISORA S.A. y a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP- a que le reconozcan y paguen una pensión ordinaria de jubilación gracia, a partir de 1 de noviembre de 2009, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, tales como prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sob mensual del 20% (ordenanza 23), prima de navidad y pago sueldo de vacaciones, indicado que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

SEGUNDO: Que del valor reconocido se le descuenta lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución Nº PAP 043851 de 11 de marzo de 2011, que reliquidó la pensión gracia a mi representada.

TERCERO: Ordenar a (...) que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

CUARTO: Ordenar a (...) el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

QUINTO: (...) dar cumplimiento al fallo que se dicte (...) en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.

SEXTO: Ordenar a (...) el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.

SEPTIMO: Ordenar a (...) el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

OCTAVO: Condenar en costas a (...) de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del CPACA.

NOVENO: Que de las sumas que resultaren a favor de mi mandante se descuenta lo cancelado en virtud de la resolución que le reconoció el derecho a la pensión gracia, proferida por la entidad demandada.

DECIMO: Se reconozca y pague el valor total reliquidó de las cesantías de mi poderdante, teniendo en cuenta su condición de docente nacionalizado descontando las sumas entregadas a ella.”

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se indica en el líbello que mediante la ley 812 de 2003, artículo 81, estableció el régimen prestacional de los docentes, artículo prorrogado con la entrada en vigencia de la ley 1151 de 2007, con lo que concluye que el régimen prestacional de los docentes afiliados al FOMAG se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente. Si fue anterior a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen prestacional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, pero si su vinculación fue posterior, estos docentes estarán bajo el régimen pensional de la ley 100 de 1993. Para ello cita la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP Luis Rafael Vergara Quintero, seis (6) de abril de 2011, radicación 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-4) y 11001-03-25-000-2005-00234-00 (9906-05).

Considera que a su poderdante le es aplicable el régimen pensional establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, por ello, para determinar la base de liquidación pensional, debe tenerse en cuenta el artículo primero de la ley 33 de 1985, la cual no instituye de manera taxativa los factores salariales, lo que no impide que se incluyan todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios. Sobre este tema se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 4 de agosto de 2010, radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09), sentencia de unificación.

Conforme el artículo 15 de la ley 91 de 1989, la inclusión de los factores salariales en la pensión de jubilación reclamada por la actora, se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta para efectos del cálculo del valor de la mesada pensional, todos los factores salariales que devengó el docente durante el último año de prestación de servicio.

La normatividad expuesta es la que debe tenerse en cuenta al momento de liquidar tanto las cesantías como las pensiones de los empleados públicos, toda vez que los factores salariales enunciados en el decreto 1045 de 1978, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación son superiores a los que se tomaron en cuenta para establecer el monto de la mesada pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales. (fls.92-102)

Se opuso a las pretensiones formuladas, debido a que carecen de fundamento jurídico y solicita se nieguen las mismas, y se condene en costas a la parte demandante.

Aduce que la razón para haber negado el reconocimiento de la pensión gracia, obedece al mandato legal, debido a que es una prestación otorgada a docentes, mediante las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1977, como reconocimiento a los educadores que prestaran sus servicios por un lapso no menor de 20 años, con 50 o más años de edad, que demuestren conducta intachable en el desempeño del cargo, que carecen de medios de subsistencia según su posición social y costumbres, y que no perciban emolumento alguno del tesoro nacional.

El artículo 1º de la ley 114 de 1913, creó la pensión gracia, y el artículo 2º de la misma norma, estableció que la cuantía de la misma corresponde a la mitad del sueldo devengado en los últimos dos años de servicio y el artículo tercero prevé que pueden computarse los tiempos de servicio en distintas épocas.

El artículo 4º ibídem establece los requisitos a cumplir para acceder al derecho a la pensión gracia, con lo cual el derecho a acceder a esa prestación nace tras el cumplimiento de los mencionados requisitos, no siendo posible su reconocimiento cuando alguno de ellos no se cumple.

Señala que el reconocimiento de la pensión gracia corresponde a una desigualdad positiva que protege los derechos de los maestros que cumplan con condiciones especiales, y es por ello que se torna obligatorio el cumplimiento de los requisitos para garantizar que dicha prestación no se convierta en una dádiva injustificada que ponga a sus posibles o supuestos destinatarios en una posición superior a los demás.

El numeral 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989, estableció que la pensión otorgada por mandato de las leyes 114/13, 116/28, 37/33, y demás, seguiría reconociéndose por Cajanal, conforme al decreto 081 de 1976.

Existe límite temporal en cuanto a la vinculación del docente para el reconocimiento de la pensión gracia, pues el artículo 15 numeral 2, literal A de la ley 91 de 1989, señaló que los docentes nacionalizados con vinculación posterior al 31 de diciembre de 1980, no pueden hacerse acreedores al reconocimiento del derecho prestacional en mención por expresa disposición legal.

Frente a la forma de liquidación, de acuerdo con lo dicho por el Consejo de Estado, debe ser con el 75% del promedio de lo devengado por el empleado durante el último año anterior a la consolidación del status jurídico pensional, y no del retiro del servicio. (sentencias del 3 de marzo de 2011, radicado 25000-23-25-000-2005-00484-01 y del 11 de febrero de 2015, expediente 3735-13, CP. Gustavo Gómez Aranguren)

Mencionan que la entonces CAJANAL a través de la resolución N° 26838 de 5 de junio de 2006, reconoció una pensión gracia a la demandante, liquidando el IBL pensional sobre el 75% incluyendo factores salariales correspondientes a asignación básica 2003-2004, sobresueldo

2003, en cuantía de \$1.318.363.85 efectiva a partir del 24 de septiembre de 2004, fecha del estatus de pensionada.

Mediante resolución 54176 de 14 de noviembre de 2007, se reliquidó el derecho prestacional en mención, atendiendo los factores devengados en el año anterior a la consolidación del derecho prestacional, a saber: asignación básica 2003-2004, prima de navidad 2003, prima de vacaciones 2003, prima de alimentación 2003-2004, prima de grado 2003, sobresueldo 20%, prima rural 2003, en cuantía de \$1.561.202.07.

Luego por resolución PAP 043851 del 11 de marzo de 2011, se reliquidó la pensión gracia de la demandante, elevando a \$1.894.415, incluyendo los siguientes factores salariales certificados por la Secretaría de Educación del Departamento: asignación básica 2003-2004, prima de alimentación 2003-2004, prima de grado 2003, prima de navidad 2003, prima rural 2003-2004, prima de vacaciones 2003, sobresueldo del 20% 2003-2004, percibidos entre el 24 de septiembre de 2004, sobre el 75%. Los factores pretendidos por la demandante, fueron incluidos al momento de liquidar el derecho prestacional a excepción del pago de vacaciones conforme lo manifestado, sin que exista lugar a reliquidar nuevamente la pensión en cuestión.

Tampoco hay lugar al reajuste pensional, ni actualización monetaria, ni reconocimiento y pago de diferencias resultantes, como tampoco a intereses moratorios, indexación, etc., pues la entidad ha venido reconociendo y liquidando la pensión, conforme a los factores efectivamente certificados y devengados por la docente.

2.2. FIDUPREVISORA. (fls. 103-115)

Señala que mediante el artículo 3 de la ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica. Los recursos de esa cuenta especial son administrados en fiducia (FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.), vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y autonomía administrativa.

Se opone a las pretensiones de la demanda, y presenta como excepciones de mérito las que denominó:

“legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, puesto que el acto administrativo acusado se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables, sin que se encuentre vicio de nulidad; *“factores salariales que integran el ingreso base de liquidación – sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado”*: mediante SU SUJ-014-CE-S2-19 del 25 de abril de 2019, proferida dentro del radicado 68001-23-33-000-2015-00569-01 (0935-17), de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de César Palomino Cortés.

Para el caso en concreto, de conformidad con la fecha de vinculación de la parte demandante, los factores a tener en cuenta al momento de determinar el IBL, son los contenidos en el artículo 1º de la ley 62 de 1985: 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, siempre que respecto de los mismos se hubiesen hecho los respectivos aportes.

Aduce que es improcedente la condena en costas.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante. (fls. 127-131)

Reiteró los argumentos y fundamentación aportada con el escrito de demanda, solicitando se acceda a las pretensiones.

3.2. UGPP. (Fls. 133-141)

Reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

3.3. FIDUPREVISORA, no presentó alegatos de conclusión.

3.4. Ministerio Público, no presentó concepto.

IV. TRÁMITE

La demanda fue radicada el 22 de marzo de 2019 (fl. 36); se dispuso requerir previo a su admisión el 4 de julio de 2019 (fls. 38-40), el 12 de septiembre de 2019 se dispuso su admisión el doce (12) de septiembre de 2019 (fl. 45); el 13 de septiembre de 2019, se notificó la demanda (fls. 46-48). El traslado de la demanda se surtió entre el 26/11/2019 y 05/03/2020 (fl. 56), oportunidad dentro de la cual las entidades demandadas dieron contestación.

Obra informe secretarial de suspensión de términos entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020 (fl. 116); luego por secretaría se surtió el traslado de las excepciones (fl. 118), mediante auto de 10 de septiembre se procedió a incorporar las pruebas aportadas por las partes, declarar cerrado el periodo probatorio, así como correr traslado a los sujetos procesales para la presentación de alegatos de conclusión.

Se decide previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

5.1. Problema Jurídico

Corresponde en este proceso determinar la procedencia de la reliquidación de la pensión gracia, reconocida a la señora MYRIAM MERCEDES CASTILLO DE GUTIÉRREZ, equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante los 12 meses anteriores al momento en que se adquirió el estatus de pensionada, incluyendo factores salariales tales como la prima de alimentación, prima de grado, prima rural del 10%, sobre sueldo mensual del 20% (ordenanza 23), prima de navidad, y vacaciones, a partir del 1 de noviembre de 2009.

5.2. Normatividad aplicable al caso concreto.

La ley 114 de 1913, otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan los requisitos consagrados en el artículo 4º, una pensión nacional por servicios prestados a los departamentos y a los municipios. Los requisitos señalados son:

“ARTÍCULO 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

- 1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.*
- 2. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento*
- 3. Que observe buena conducta.*
- 4. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento”.*

Posteriormente, el artículo 6º de la ley 116 de 1928 y 37 de 1933, previo el cumplimiento de los requisitos prescritos en la Ley 114 de 1913 y extendió esta prerrogativa a otros empleos docentes haciendo posible computar para este efecto los años laborados en la enseñanza secundaria y normalista. Con la ley 37 de 1933, se hizo extensiva la pensión de gracia a los maestros en el nivel secundario.

Posteriormente se expide la ley 43 de 1975, en virtud de la cual los profesores de primaria y secundaria quedaron vinculados a la Nación, y ya no existirían diferencias salariales entre los distintos docentes del sector oficial.

Ahora bien, la ley 91 de 1989, artículo 15, respecto de los docentes beneficiarios de la pensión de gracia, estableció lo siguiente:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y

será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar esta a cargo total o parcial de la Nación.

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

El Consejo de Estado, en decisión de la Sala Plena del 26 de agosto de 1997¹, expuso su criterio en relación con el citado artículo 15 de la ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

[...] La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad “[...] con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación”, hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera “[...] otra pensión o recompensa de carácter nacional”.

[...]

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.

6. De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la “[...] pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año”, que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No.2, artículo 15 lb.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 “tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia [...] siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos”. Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley.

Visto lo anterior, se tiene que para el reconocimiento y pago de la pensión gracia deben cumplirse los requisitos establecidos en la normatividad, y que consisten en: i) haber prestado los servicios como docentes en establecimientos educativos departamentales, distritales o municipales, ii) por un tiempo no inferior a veinte (20) años, iii) que estuvieran vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, iv) haber cumplido 50 años de edad, y, v) haberse desempeñado con honradez, consagración y buena conducta.

Ahora bien, en cuanto a la liquidación de esta prestación, el artículo 2º de la ley 114 de 1913, estableció que *la cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.*

¹ Expediente S-699 del 26 de agosto de 1997, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

Posteriormente el artículo 1º de la Ley 24 de 1947, dispuso:

*Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial.
[...]*

PARAGRAFO 2º. Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación se liquidarán de acuerdo con el promedio de los sueldos devengados durante el último año. (se destaca)

También el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966², estableció:

A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

De lo anterior se colige que la base de liquidación de las pensiones de que gozaban los servidores públicos, estaba constituida por el 75% del salario recibido por el empleado en el último año de servicios.

Ahora bien, las Leyes 33³ y 62⁴ de 1985, determinaron los requisitos de tiempo de servicio, edad y monto de la pensión de jubilación de los servidores públicos, estableciendo el artículo 1º de la Ley 33, lo siguiente:

ARTÍCULO 1º: El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Sin embargo, cabe señalar que el Consejo de Estado ha sido del criterio que la pensión gracia, en consideración a que se encuentra regulada por una normatividad específica respecto de su liquidación, no se le pueden aplicar las disposiciones establecidas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, como lo explica la Sección Segunda en sentencia del 15 de octubre de 2019, así:

Sin embargo, el inciso 2.º del referido artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, señaló que «No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones» (se destaca), razón por la cual no resultan aplicables a la pensión gracia los aspectos previstos en el régimen general de pensiones, al comportar esta una prestación especial que cuenta con una normativa específica respecto de su liquidación.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia de 12 de julio de 2012⁵, discurrió así:

Ahora, en el año de 1985, con la expedición de la Ley 33 se conservó el quantum del valor pensional en el 75%, se modificó la edad para otorgar las pensiones generales y los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación, ya que se dispuso

² Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones.

³ Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.

⁴ Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985.

⁵ Expediente 25000-23-25-000-2007-01316-01 (1348-11), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

que el monto del 75% de la asignación se calcularía sobre el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios⁶.

Sin embargo, esta normatividad exceptuó de su aplicación expresamente en su artículo 1º, a aquellos empleados que por Ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones. [...].

La norma es suficientemente clara al respecto, y lógico es deducir, que pensiones de régimen especial como la que nos ocupa, no podrían ser liquidadas al abrigo del ordenamiento invocado, pues el mismo Legislador las excluyó de su ámbito de aplicación al consagrar expresamente tal excepción, como se infiere del aparte transcrito; así, tampoco puede atenderse a lo dispuesto en la Ley 62 de 1985 pues ésta tan solo modificó el artículo 3º de la citada Ley 33, por lo que se mantuvo incólume lo dispuesto en su artículo 1º en cuanto al régimen de excepción en su aplicación.

Ahora, si se tiene en cuenta que la pensión gracia, no obstante estar a cargo del Tesoro Nacional se **causa sin que se requieran aportes a ésta, mal podría liquidarse con base en el valor de los aportes realizados durante el último año de servicios, en tanto estos resultan inexistentes frente a dicha prestación.**

En este sentido, el aspecto neurálgico que ha generado mayor controversia entre los beneficiarios de la pensión gracia, corresponde precisamente a la forma como se debe liquidar por parte de la Caja Nacional de Previsión, en virtud a que dicha Entidad ha adoptado para tal efecto las normas anteriormente mencionadas -Ley 33 y 62 de 1985- sin consultar su adecuada aplicación, procedimiento con el cual quedan excluidos de la liquidación de esta prestación especial, una serie de factores salariales que sin duda alguna afectan los intereses económicos y patrimoniales de los pensionados, quienes en forma injusta ven menguada su prestación, debido a una errónea interpretación y aplicación de la Ley.

Al respecto, resulta claro que la excepción analizada anteriormente, consagrada en la Ley 33 de 1985, impide la aplicación de las disposiciones generales allí contenidas frente a la liquidación pensional de la pensión aludida, por lo que se habilita la observancia de lo dispuesto en éste sentido en el régimen anterior contenido en la **Ley 4ª de 1966 y en su Decreto Reglamentario -1743 de 1966- referenciados inicialmente**, ya que no discriminó ni excluyó de su aplicación pensión alguna de las percibidas por los servidores oficiales. **Así, la pensión gracia al tenor de estas disposiciones debe liquidarse en la forma allí señalada, esto es, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios; sin embargo debe precisarse que a diferencia de las pensiones ordinarias, ese último año de servicios refiere el año anterior a la adquisición o consolidación del derecho pues es el momento a partir del cual empieza efectivamente a devengarse en tanto su carácter especial admite su compatibilidad con el salario, de manera que para su percepción no es necesario el retiro definitivo del servicio**, es decir, que el derecho se perfecciona con el cumplimiento de la totalidad de requisitos establecidos por el Legislador para su otorgamiento, lo que hace improcedente su reliquidación con base en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro [negrilla de la Sala]⁷.

De acuerdo con la jurisprudencia arriba transcrita la pensión gracia debe ser liquidada con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados por el docente en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, de conformidad con la Ley 4.ª de 1966 y el Decreto 1743 de ese año, por cuanto expresamente el artículo 1.º (inciso 2.º) de la Ley 33 de 1985 excluyó las pensiones especiales del régimen ordinario allí previsto.

Más adelante el mismo pronunciamiento, en cuanto a los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar el monto de la pensión, señaló:

La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral; comprende entonces, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

⁶ Artículo 1º y 3º.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00237-01(3803-15)

En torno al tema, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6 (parágrafo 1.º), prevé que salario es «[...] todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones [...]».

Y es que lo dispuesto en este Decreto también lo tiene previsto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque aplicable al régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación por tratarse de una consagración de derechos mínimos, pues prescribe que constituye salario «[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».

En conclusión, el salario está constituido por todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por su labor.

En consecuencia, cuando se trata de liquidar la pensión gracia debe tenerse en cuenta todo lo percibido por docente durante el año anterior al cual se adquirió o consolidó el derecho, pues es desde ese momento a partir del cual se empieza efectivamente a devengar, teniendo en cuenta su carácter especial, lo que lo hace compatible con el salario, pues para su percepción no es necesario el retiro definitivo del servicio; situación que si es predicable de la pensión por jubilación de carácter ordinario, que solamente puede percibirse una vez el docente se haya retirado del servicio.

5.3. Relación de las pruebas relevantes

En este acápite se relacionan las pruebas aportadas, decretadas y recaudadas relevantes en el trámite del proceso:

1. Cédula de ciudadanía de la señora Myriam de Las Mercedes Castillo de Gutiérrez, con fecha de nacimiento de 24 de septiembre de 1954. (fl. 12)
2. Acta de posesión de la señora Myriam de Las Mercedes Castillo de Gutiérrez, como Directora de la Concentración Rural Nacionalizada La Puerta de Boavita, del 22 de octubre de 1990. (fl. 13)
3. Decreto N° 034 de octubre 22 de 1990, por el cual se designan las funciones de un docente de primaria en el cargo de Directora de la Concentración Rural Nacionalizada La Puerta, de Boavita. (fl.14)
4. Certificado salario base, suscrito por la Secretaría de Educación de Boyacá. (fl. 21)
5. Certificación de salario mes a mes, de 18/10/2017, por el Departamento de Boyacá-Secretaría de Educación, años 2008-2009. (fl. 22)
6. Certificado de información laboral de 03/08/2017, por el Departamento de Boyacá-Secretaría de Educación, con vinculaciones laboral desde el 24/02/1975 hasta el 24/09/2009, en la Secretaría de Educación de Boyacá, cargo-docente. (fl. 23)
7. Certificado de salarios y devengados N° 1473, del mes de agosto de 2008 a septiembre de 2009, en el que se observa que devengó: (fls. 24-26)
 - Asignación básica
 - Prima alimentación
 - Prima de grado

- Prima rural del 10%
 - Sob. Mensual 20% (ordenanza 23)
 - Prima de vacaciones
8. Resolución N° PAP 043851 de 11 de marzo de 2011, por la cual se resuelve un recurso de reposición y se revoca la resolución 37641 del 6 de agosto de 2008. Se liquidó la pensión gracia tomando el 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del derecho, es decir, el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 2003 y el 24 de septiembre de 2004, así: asignación básica, prima alimentación, prima de grado, prima navidad, prima rural 10, prima vacacional, sobresueldo. (fls. 27-30)
9. Carpeta de expediente administrativo (cd aportado fl. 59)
- Certificación de devengados para liquidación de prestaciones sociales expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, desde septiembre de 2003 hasta septiembre de 2004. (archivo 7)
 - Resolución 26838 de 05 de junio de 2005, por la cual se reconoce una pensión gracia, como quiera que laboró desde: 1975-02-07 hasta 2004-09-30, nació el 24 de septiembre de 1954 y cuenta con más de 50 años de edad, como docente en el Departamento de Boyacá; goza con declaración juramentada de honradez, idoneidad y buena conducta en las labores como docente, y certificado de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación.
- Adquirió el estatus jurídico el 24 de septiembre de 2004, aplicaron el 75% sobre el salario promedio de 12 meses, teniendo en cuenta la asignación básica y sobre sueldo, con efectividad a partir del 24 de septiembre de 2004. (archivo 14)
- Resolución 54176 de 14 de noviembre de 2007, por la cual se reliquida una pensión gracia por nuevos factores salariales. Se tuvo en cuenta el 75% de lo devengado en los últimos 12 meses, teniendo en cuenta que adquirió el status jurídico de pensionado el 24 de septiembre de 2004, teniendo en cuenta los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo 20% y prima rural, con efectos fiscales a partir del 24 de septiembre de 2004. (archivo 22)
 - Resolución N° AMB 37641 de 06 de agosto de 2008, por la cual se niega una reliquidación de pensión gracia por nuevos factores salariales. (archivo 36)
 - Resolución N° PAP 043851 de 11 de marzo de 2011, por la cual se resuelve un recurso de reposición y se revoca la resolución 37641 de 6 de agosto de 2008. En dicho acto administrativo se indica que la actora adquirió el estatus de pensionada el día 24 de septiembre de 2004. Liquidaron tomando el 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del derecho, periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 2003 y el 24 de septiembre de 2004, así: asignación

básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de navidad, prima rural 10, prima vacacional y sobresueldo.

Efectiva a partir del 24 de septiembre de 2004. (archivo 54)

5.4. Caso en concreto

Se encuentra probado en el expediente que la señora Myriam de Las Mercedes Castillo de Gutiérrez, nació el 24 de septiembre de 1954, y laboró en el Departamento de Boyacá-Secretaría de Educación, como docente desde el 24 de febrero de 1975 hasta el 24 de septiembre de 2009, razón por la cual, mediante resolución N° 26838 de 05 de junio de 2005, Cajanal le reconoció pensión gracia, efectiva a partir del 24 de septiembre de 2004, teniendo en cuenta que para esa fecha cumplió los 50 años de edad, tenía más de veinte años de servicios, y cumplía con el requisito de honradez, idoneidad y buena conducta en sus labores como docente.

Con posterioridad fue reliquidada dicha prestación en dos ocasiones, así:

- i) Mediante Resolución 54176 de 14 de noviembre de 2007, en la que se tuvo en cuenta el 75% de lo devengado en los últimos 12 meses, teniendo en cuenta que adquirió el estatus jurídico de pensionada el 24 de septiembre de 2004, con los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de grado, sobresueldo 20%, prima rural; y
- ii) A través de Resolución N° PAP 043851 de 11 de marzo de 2011, teniendo en cuenta que adquirió status de pensionada el día 24 de septiembre de 2004. Fue liquidada tomando el 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del derecho, periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 2003 y el 24 de septiembre de 2004, con los siguientes factores: asignación básica mes, prima de alimentación, prima de grado, prima de navidad, prima rural 10, prima vacacional, sobresueldo; Promedio: $\$30.310.641.00 / 12 \times 75\% = \$1.894.415$.

Ahora bien, teniendo en cuenta la interpretación dada por el Consejo de Estado a la normatividad aplicable a la pensión gracia, para su liquidación debe tenerse en cuenta el promedio de todos los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores a la fecha de adquisición del estatus, no los devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio, porque estos últimos son los determinantes para efectos de liquidar la pensión de jubilación.

Como ya se observó, la señora Myriam de Las Mercedes Castillo de Gutiérrez, cumplió con la totalidad de requisitos exigidos para la pensión gracia, el día 24 de septiembre del año 2004, fecha que debe considerarse como la de adquisición del derecho, razón por la cual los factores salariales a tener en cuenta, debieron ser aquellos devengados desde el mes de septiembre de 2003 hasta septiembre de 2004, situación que en efecto se dio, de conformidad a lo dispuesto en la Resolución N° PAP 043851 de 11 de marzo de 2011 (acto demandado) de cara a la certificación

salarial para los años 2003 y 2004, vista en el expediente administrativo (archivo 42), pruebas que demuestran que la totalidad de factores salariales devengados, a saber, asignación básica, prima de alimentación, prima rural y sobresueldo 20%, fueron tenidos en cuenta para efectos de reliquidar la pensión gracia de la docente, e incluso a estos se agregó la prima de navidad, prima de vacaciones y la prima de grado.

Corolario de lo expuesto, el despacho encuentra la Resolución N° PAP 043851 de 11 de marzo de 2011, ajustada al ordenamiento jurídico superior y a la interpretación que de él ha efectuado el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, motivo por el cual no le asiste a la demandante el derecho a la reliquidación de la pensión gracia, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, esto es, con antelación al 1 de noviembre de 2009, fecha de retiro efectivo del servicio docente, y en consecuencia, se negarán las pretensiones.

Por las mismas razones, en el caso *sub-examine* se configura la excepción de mérito propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fiduprevisora, denominada “*legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*” y así se declarará en la parte resolutive de este proveído.

5.5. Costas Procesales.

Para el presente asunto, el Juzgado acoge la postura del Consejo de Estado que mediante sentencia del 19 de enero de 2017, dentro del proceso con radicación N° 54001-23-33-000-2012-00180-1 (1706-2015) Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, resolvió no condenar en costas, bajo las siguiente argumentación:

“La Sala difiere de la interpretación objetiva que el a quo dedujo del artículo 188 del CPACA, esto es, imposición de condena costas de pleno derecho a la parte vencida, sin más consideraciones, tal como acontece en la actividad procesal propia de los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, en virtud del mandato contenido en el artículo 365 del Código General del Proceso.

(...)

*En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), **corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.***

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento.”

Por lo expuesto y en consideración a que la conducta procesal de la parte actora no amerita cuestionamientos, el Despacho dispone no condenar en costas a la parte vencida.

Por lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por MYRIAM DE LAS MERCEDES CASTILLO DE GUTIÉRREZ, en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., de conformidad con los motivos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: NO condenar en costas, por lo expuesto.

TERCERO: En firme esta decisión, **ARCHIVAR** el expediente dejando las constancias y anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

JAVIER LEONARDO LOPEZ HIGUERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 010 ADMINISTRATIVO DE TUNJA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0a65661b336652003fd48ff3995405b8f1717738a3ba24b95045dd15ba37bb71**
Documento generado en 13/11/2020 05:01:27 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>