



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 089 de 2015

Tunja, quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015)

**Medio de Control:** ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación No.:** 150013333012 – 2014 – 00190 – 00  
**Demandante:** EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ  
**Demandado:** NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ** en contra de la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Departamento de Boyacá- Secretaria de Educación**.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Objeto de la acción.

Mediante apoderada judicial, **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ**, solicitó se declare que es parcialmente nulo el artículo primero (1) de la **Resolución No. 0622 del 25 de abril de 2008**, proferida por el Secretario de Educación de Boyacá en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

Así como, la nulidad del artículo primero de la Resolución No. 003763 del 17 de junio de 2014, proferido por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual negó la solicitud de reconocimiento y pago de ajuste a la pensión de jubilación del demandante.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita:

*“TERCERA: Declarar que mi mandante **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ**, tiene derecho a título DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO a que la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES (DEL MAGISTERIO EN BOYACA)- DEPARTAMENTO DE BOYACA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ**, le pague la pensión de jubilación con todas las factores salariales que constituyen salario en cuantía en **UN MILION CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MIL (S\$1.459.950)**, efectiva a partir del 21 de abril de 2007...*

*CUARTA: Condenar a la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES (DEL MAGISTERIO EN BOYACÁ – DEPARTAMENTO DE BOYACA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOYACA)**, a que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante lo pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de estas, conforme al índice de precios al consumidor al por mayor y tal como lo autoriza el art. 187 del C.P.A.C.A.*

*QUINTA: Condenar a la demandada al cumplimiento del fallo dentro del término previsto en el 192 del CPACA.*

*SEXTA: Condenar a la demandada a reconocer a favor de mi poderdante los intereses moratorios, contados después de la ejecutoria de fallo, si no da cumplimiento al mismo dentro del término previsto en el artículo 195 del C.P.A.C.A.”*

### 3. Hechos que dan lugar a la acción.

Para fundamentar las pretensiones la apoderada del actor relató las siguientes situaciones:

La apoderada manifestó que señor Evelio de Jesús Sánchez, adquirió su status de jubilado el día 20 de abril de 2007, fecha en la cual cumplió los 55 años de edad.

Indicó que al demandante le reconocieron pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución No. 0622 del 25 de abril de 2008, en cuantía de \$1.293.976, efectiva a partir del 21 de abril de 2007.

Señalo que en la resolución de reconocimiento antes mencionada le fue liquidada la pensión sin la inclusión de todos los factores salariales, por lo cual solicitó la reliquidación de la misma para su inclusión la cual fue negado por la demandada mediante Resolución 003763 de 17 de junio de 2014 y añadió que la liquidación del actor ha debida hacerse con los factores salariales de asignación básica, prima de grado, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones.

### 4. Normas Violadas y Concepta de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera la parte actora que se tipifican y estructuran violaciones a las siguientes normas de carácter superior:

- Constitución Política de Colombia, artículos 2, 6, 13, 25 y 58.
- Artículo 10 del Código Civil
- Ley 57 de 1887
- Decreto Reglamentario 1743 de 1996
- Artículo 5 de la Ley 6 de 1945
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Ley 4 de 1966
- Decreto Ley 1045 de 1978

Manifestó que el acto demandado desconoce las normas antes referidas, al haber liquidado sin la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios, por lo que consideró que existe una violación a la ley como causal de nulidad.

Señaló que en caso de ser aplicable al caso las leyes 33 y 62 de 1985, en dichas normas se establece que se liquidará la pensión sobre los factores que constituyen base para los aportes, no obstante advirtió que el Consejo de Estado en variada jurisprudencia ha dicho que si el pagador no descontó los valores de colización para la pensión o podrá hacer al momento de liquidar y pagar la pensión; no obstante considera que los docentes gozan de régimen especial, por lo tanto en virtud del principio de favorabilidad y de inescindibilidad de la norma se debe aplicar en forma preferente la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1045 de 1978, pues indican sobre qué factores salariales se debe liquidar las pensiones y que constituye salario.

Arguyó que a los docentes, no se les aplica la Ley 100 de 1993 porque que a través del artículo 279 se estableció una excepción en que se señaló que a los docentes, o afiliados al Fondo de prestaciones del magisterio creado por la ley 91 de 1989 no se les aplica este régimen.

Continuó argumentando que los actos demandados contienen falsa motivación como causal de nulidad en tanto que la demandada refirió que la Fiduciaria la Previsora S.A.,

Medio de Control: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación No.: 15003333012 - 2014 - 00190 - 00  
Demandante: EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

negó el visto bueno para el reconocimiento de la prestación con la inclusión de todos los factores salariales por considerar que no procede.

Por último hizo citas jurisprudenciales para sustentar que lo procedente en el caso es la liquidación de la pensión del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados por éste en el último año de servicios.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 58-63)

**Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

La apoderada judicial, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerar que el acto demandado se ajusta a derecho.

Expresó que al demandante le es aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, pues son las normas que rigen las prestaciones económicas y sociales para los empleados públicos del orden nacional.

Manifestó que de conformidad con la normatividad aplicable al caso en estudio, debe liquidarse la pensión del demandante con el monto equivalente al 75% de los distintos factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, razón por la cual no le asiste derecho al actor cuando afirma que la entidad demandada debió liquidar la pensión sobre todos los factores salariales por él devengados sin estar consagrados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Señaló que la entidad demandada solo puede liquidar la pensión sobre los factores salariales que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando estas sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley en comento, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo de Prestaciones, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Adujó que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, no cumplió el procedimiento que establece el artículo 171 del CPACA, por lo tanto, no tiene la calidad que se le asigna, pues al momento de proferirse, no existía procedimiento y valor respectivo, a lo que acudiendo a los principios de interpretación jurídica se concluye que lo correcto frente a los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones es la taxatividad, como lo reflejó el magistrado Gerardo Arenas Monsalve en salvamento de voto realizado en sentencia del Consejo de Estado del 10 de agosto de 2010, por estar acorde con el inciso 12 del artículo 48 Constitucional y la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, solicitó que las pretensiones de la demanda sean desestimadas, por cuanto no tienen asidero jurídico y, en su sentir, afectarían las reservas de la entidad.

Por último propuso la excepción de Prescripción conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 en caso de una eventual condena.

## III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, no alegó de conclusión.

La parte demandada no presentó alegato.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto.

## V. CONSIDERACIONES

Finalizado así el trámite del proceso y encontrado el Despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de *litis*.

### 5.1. Problema jurídico.

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a la declaratoria de Nulidad parcial del artículo primero de la **Resolución No. 0622 del 25 de abril de 2008**, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación del demandante, y de la nulidad del artículo 1º de la Resolución No. 003763 del 17 de junio de 2014, por medio de la cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de ajuste de la pensión de jubilación, proferidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por considerar que se encuentran expedidas en contra de derecho, al no liquidar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengadas en el año anterior a la adquisición del status pensional y por ende, vulnerar los derechos de la parte actora?

### 5.2. Resolución del caso.

#### 5.2.1. Del régimen jurídica aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de las Docentes Oficiales.

En orden a resolver el presente asunto, es preciso remitirse al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes oficiales. Dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran:

La Ley 6 de 1945, norma que sobre prestaciones oficiales, consagró 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.*

En principio esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privada, 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, disponía 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).

Tanto el Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1348 de 1969), se expidió y aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de las servidoras 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.

Por su parte, 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, de modo que es preciso 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 continuas o discontinuas 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.

De su aplicación se exceptúan 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.

Con posterioridad a 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 figuran 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 efectos 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 reconocida 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 incorporada 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.

En esas condiciones, 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, cabe concluir que éstas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

De manera que 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.

Así las cosas fuerza concluir que lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar 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 nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 de 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales".

### 5.2.2. Liquidación de la Pensión de Jubilación.

Ahora bien, establecido el régimen pensional de los docentes vinculados con anterioridad a la promulgación de la Ley 812 de 2003, es importante analizar, los factores que deben ser tenidos en cuenta al momento de liquidar la Pensión de Jubilación.

Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el *sub júdice*, para establecer el monto del derecho pensional del actor, es la Ley 33 de 1985.

Esta disposición, 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 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliado a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que provean 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 suplementaria 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."*

Sin embargo, 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 Administrativo, 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 Ariza; 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. Al respecto señaló:

"(...)

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 fueran 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, o 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 cambiando su naturaleza, o 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 todas las **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otras, solo para señalar algunos factores de salario, o más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativa, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.<sup>1</sup>

(...) No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación.

Tampoco es posible tener en cuenta la bonificación por recreación por las siguientes razones:

(...)

<sup>1</sup> Al respecto, ver el concepto No. 1338 de 18 de julio de 2008, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Medio de Control: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación No.: 150013333012 - 2014 - 00190 - 00  
Demandante: EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

*Entonces, el ordenamiento jurídico prescribe que la bonificación por recreación no constituye factor salarial para efectos prestacionales, por lo cual no puede accederse en este aspecto a la petición del demandante.*

*Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que el objeto de dicho reconocimiento no es remunerar directamente la prestación del servicio del empleado, sino, por el contrario, contribuir en el adecuado desarrollo de uno de los aspectos de la vida del mismo, como lo es la recreación; razón por la cual, es válido afirmar que esto es una prestación social y, en consecuencia, no puede ser incluida como factor para la liquidación de la pensión, máxime si, como se anotó anteriormente, el legislador así lo estableció expresamente.*

*De otra 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, cada vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento "Prestacional".*

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, tal como se mencionó anteriormente 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, regla que resulta aplicable al caso.

### **5.2.3. DE LAS SENTENCIAS C-258 DE 2013 Y SU-230 DE 2015**

No obstante lo anterior, y pese a que los docentes cuentan con un régimen especial excluido de la aplicación de la ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en el artículo 279, el Despacho procede a analizar el contenido de las sentencias de la Corte Constitucional, C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, teniendo en cuenta la obligatoriedad en la aplicación del precedente constitucional para todos los jueces.

Así entonces sea la primero señalar que la Sentencia C-258 de 2013, analizó los casos referentes al régimen pensional de los Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, cuyas supuestas facticos de estos casos resultan diferentes al caso de pensiones de docentes, por lo que dicha sentencia en principio, no resulta aplicable al caso sub examine, máxime cuando la norma interpretada es el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en tanto se trata del régimen especial de los Congresistas, y como su mismo nombre lo indica cuando un régimen es especial ello en sí mismo señala que es distinto a los otros y por lo tanto implica un análisis diferente, por lo que huelga concluir su inaplicabilidad al caso, pues la contraria vulneraría derechos constitucionales

Ahara bien, en lo tocante a la sentencia de la Corte Constitucional de 29 de abril de 2015, en la que se resolvió una acción de tutela que solicitó la protección de los derechos constitucionales a la igualdad, debida procesa, seguridad social y mínimo vital, en tanto que, al actor (trabajador Oficial) le fue liquidada su pensión de jubilación con el promedio de los salarios devengados durante las últimas 10 años, y no con el promedio del salario devengado en el último año de servicios en aplicación del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, diga:

*"A este respecto la Sala Plena encontró que la sentencia C-258 de 2013 fijó una interpretación en abstracto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en aquél régimen general, las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca. De otro lado, resaltó que mediante auto A-326 de*

*2014, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 del mismo año, la Sala reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013, en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido en que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación."*

De lo anterior, se puede extraer que lo consignado en la referida sentencia resulta contradictorio con lo indicado en la Sentencia de Constitucionalidad C-258 de 2013, puesto que como ya se analizó, en esta se estudió el caso en concreto de la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 referente al régimen especial de las Congresistas, supuestos facticos diferentes a los de la sentencia de tutela SU-230 de 2015, en donde el actor resulta ser un trabajador oficial y el análisis que se hace en torno a él no solamente se basa en la sentencia C-258 de 2013, sino que también hace alusión a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria en esta materia, puesto que como es evidente los casos de pensión de trabajadores oficiales son de competencia de la jurisdicción ordinaria siendo su órgano de cierre la Corte Suprema de Justicia, de manera que el precedente a aplicar en materia de pensiones de los trabajadores oficiales a un caso cuyos supuestos facticos sean similares es la de esa entidad.

Ahora bien, diferente es lo que ocurre en el sub examine, en donde analizamos la reliquidación de pensión, cuyos supuestos facticos resultan diametralmente diferentes al régimen aplicable tanto a congresistas como a los trabajadores oficiales, este último caso en donde la competencia ni siquiera pertenece a esta jurisdicción, de manera que no puede decirse que la interpretación sobre el tema haya sido en abstracto respecto del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones, razón suficiente para considerar que la sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, realizó una interpretación de la sentencia de exequibilidad dándole un alcance que dicha sentencia no consignó, en tanto en ella nunca se indicó que tendría alcance respecto de los demás regímenes pensionales y adicionalmente analizó un caso de trabajador oficial el cual tampoco se reitera que sus supuestos facticos y competencia pertenecen a la jurisdicción contencioso administrativa.

Así entonces y cuando a lo anterior, la Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, para la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo consituye un precedente jurisprudencial obligatorio de conformidad con los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional, por medio de los cuales se consolidan en lo contencioso administrativo la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción, razón por la cual este Despacho mantendrá el criterio de aplicación integral del régimen pensional anterior y de la interpretación, contenida en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Expediente No. 011209, siendo Consejero Ponente, el Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; en lo que concluyó QUE LA LEY 33 DE 1985 NO INDICA EN FORMA TAXATIVA LOS FACTORES SALARIALES, que conformen 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, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

Es así como en dicha providencia, en concepto del Tribunal de Cierre de la Jurisdicción, para liquidar la pensión de jubilación es válida tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad,

quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio; **salva clara está, lo relativo a la bonificación por recreación y la indemnización de vacaciones. No obstante, precisa la Alta Corporación que las vacaciones, ni la bonificación por recreación, se tienen en cuenta para efectos prestacionales, en tanto no revisten el carácter de salario ni de prestación.**

De otro lado, considera el Despacho que en el presente caso no se puede dar aplicación a las mencionadas sentencias en virtud del principio de favorabilidad y de confianza legítima como se expresa a continuación:

### 5.2.3.1. Principio de Favorabilidad

Considera el Despacho que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad contemplada en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, acogiendo la posición del Consejo de Estado en la cual se ha señalado que el régimen anterior al que se refiere en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse en su integridad, es decir, que no es viable aplicar el inciso tercero para calcular el ingreso base de liquidación tal como lo señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia antes referida de 26 de agosto de 2015:

*“La jurisprudencia de la Segunda del Consejo de Estado así lo ha entendido de manera reiterada. Al respecto, cabe señalar el siguiente aparte de la sentencia de fecha 29 de abril de 2004, rad. No. 2287-03, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda:*

*“... el ingreso para las personas bajo el régimen de transición a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, quedó constituido por el promedio de lo devengado en el tiempo que les hubiere falta para ello. Sin embargo, la Sala ha sostenido que el régimen precedente relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, que le es aplicable en virtud de la especial situación que consagró la norma para proteger el derecho de quienes se hallaban subsumidos dentro del tránsito normativo, regula la materia relacionada con el ingreso. Razonó así la Corporación:*

*“Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecido en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.*

*Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la emplea no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100.*

*Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2º” (sent. De sept. 21/00. Exp. 470/99. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, Cons. Pon. Nicolás Pájaro Peñaranda)*

Así las cosas, si bien este Despacho es garante del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, también lo es que en casos como el que es objeto de estudio se debe analizar y ponderar la situación más beneficiosa para el interesado, la cual del análisis efectuada se evidencia que corresponde a la aplicación integral del régimen establecido en la Ley 33 y 62 de 1985 en concordancia con la interpretación realizada por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción Contenciosa Administrativa en la sentencia del 4 de agosto de 2010 a la que se hizo referencia anteriormente.

### 5.2.3.2. Principio de Confianza Legítima

Adicionalmente es importante resaltar que si bien el precedente contemplado en la sentencia SU-230 de 2015 debe aplicarse a partir de su vigencia, también es cierto que la solicitud de reintegración y los actos administrativos demandados se produjeron con anterioridad a dicha fecha y por tanto en sentir de este Despacho no es procedente la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales toda vez que esto puede llegar a vulnerar el principio de la confianza legítima de los administrados y como consecuencia de ella se podría generar responsabilidad estatal.

Al respecto debe destacarse que para la Corte Constitucional<sup>2</sup>, el principio de confianza legítima resulta ser una expresión del principio de buena fe, en virtud del cual todas las autoridades públicas están obligadas a respetar las expectativas jurídicas y legítimas creadas a las particulares con sus actuaciones. Así lo expuso la Alta Corporación:

*"...En virtud de lo establecido en el artículo 83 Superior, las actuaciones que adelanten las autoridades públicas se orientan por los siguientes principios: "debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad"*

*Conforme a los postulados del principio de buena fe, las procedimientos que adelanten las autoridades públicas deben efectuarse dentro de un parámetro de seriedad que impida que se defraude la confianza de los particulares frente a la administración pública.*

*En este sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de confianza legítima como una expresión del principio de buena fe, en virtud del cual las autoridades públicas están obligadas a respetar las expectativas jurídicas y legítimas creadas a los particulares con sus actuaciones. Esto implica que "al crearse expectativas favorables al administrado no puede, el ente público de manera sorpresiva, eliminar esas condiciones afectando palpablemente los derechos de aquel"*

Así lo señaló la Corte en la sentencia T-248 de 2008:

*"Las actuaciones entre los particulares y la administración se rigen por el principio de buena fe, en sus dimensiones de confianza legítima y respeto por el deber propio. En desarrollo de los mismos, las autoridades administrativas deben asegurar sus manifestaciones a los imperativos de confianza, honestidad, decoro y credibilidad que dimanan de la Carta Política, de manera que los particulares puedan confiar en que la administración no va a alterar súbitamente las condiciones que rigen sus relaciones con los particulares y en que no va a preferir situaciones que contravengan la línea conductual que soporta las vínculos que mantiene con los individuos"*.

En igual sentido, la sentencia T-923 de 2010 expresa: "el principio de la buena fe proscribe el *venire contra factum proprium*, por lo que a nadie le es permitido ir en

<sup>2</sup> Corte Constitucional, T-348 de 5 de junio de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Sierra.

de los de sus propios actos; en esa medida, la buena fe implica que a futuro se mantengan las conductas que en un inicio se desarrollaron, y a cuyo respeto se sujeta en gran manera "la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos".

*Los principios de buena fe y confianza legítima gobiernan las actuaciones que adelantan las entidades públicas como es el caso de aquellas que administran los aportes realizadas por los trabajadores al sistema de seguridad social en pensiones. Esto significa que, la información proporcionada por los administradores de pensiones pueden llegar a crear expectativas a sus afiliados y familiares, respecto de la posibilidad que tienen para acceder al reconocimiento de prestaciones pensionales, al encontrarse en situación de vejez, invalidez o muerte. Por lo tanto, su actuación debe desarrollarse bajo parámetros de seriedad que permita a los afiliados contar en la expedición de decisiones coherentes, adecuadas con la realidad y que no serán modificadas (...)" (Negrillas del Despacho).*

Lo anterior atendiendo también lo señalada en la parte considerativa de la sentencia SU-230 de 2015, de la cual se puede inferir que el precedente sobre la materia había sido diferente y arbitrario respecto del monto de liquidación de las pensiones, al respecto señala:

*"Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que cuando se trata de pensiones de regímenes especiales aplicables por transición, como por ejemplo el de los empleados de la Rama Judicial o el de las servidoras públicas regidos por la Ley 33 de 1985, entre otros, el concepto de monto debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en dicho régimen, ya que resultaría quebrantado el principio de inescindibilidad de la norma si se liquidara el monto de las mesadas pensionales de conformidad con lo consagrado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Precepto este que solo resultaría aplicable en el evento en que el régimen especial hubiese omitido fijar el método de encontrar la base reguladora.*

*Es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial consolidada de las Salas de Revisión de Tutela (T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006, T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1091 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009, T-610 de 2009) cuya ratio decidendi precisa que se vulneran los derechos pensionales cuando no se aplica en su integridad el régimen especial en el que se encuentra amparado el beneficiario del régimen de transición, y en los eventos en que se desconoce que el monto y la base de liquidación de la pensión forman una unidad inescindible, y por tanto, debe aplicarse la totalidad de lo establecido en el régimen especial y no lo consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993."*

Así las cosas, este Despacho considera que en el presente caso no puede aplicarse el criterio de interpretación establecido por la corte respecto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debido a que al tener tan sólo cuenta la edad y el tiempo de servicio para conceder la pensión con fundamento en lo establecido en la Ley 33 y 62 de 1985 y tener que acudir a los Decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 para establecer el monto de la liquidación respecto de peticiones y actos administrativos expedidos con anterioridad a la fecha en que se profiere la sentencia SU-230 de 2015, no sólo vulnera el principio de confianza legítima y favorabilidad; sino también el principio de inescindibilidad normativa, máxime cuando nos encontramos frente a una situación consolidada con anterioridad a la fecha en que se profiere el nuevo criterio jurisprudencial.

Medio de Control: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación No.: 150013333012 - 2014 - 00190 - 00  
Demandante: EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ  
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

#### 5.2.4 De la Efectivamente Probado.

Descendiendo al caso concreto y analizada la normatividad pertinente, encuentra el Despacho que al expedirse se allegó copia de la cédula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento del señor **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ**, en la que se acredita que nació el 20 de abril de 1952. (fl. 203-204);

A folios 20 y 21 obra copia del Certificado de Factores Salariales devengados durante el último año de servicio, previo al status determinado en el acto de reconocimiento, es decir, de 21 de abril de 2006 al 20 de abril de 2007; fecha en la que adquirió el status pensional, en el que se registra que durante este periodo el demandante devengó como factores salariales la asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de grado y prima de navidad.

A folio 17 a 19 del expediente reposa la resolución No. 0622 del 25 de abril de 2006, a través de la cual la Secretaria de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al señor Evelio de Jesús Sánchez Suárez, incluyendo únicamente como factor salarial la asignación básica.

A folios 22 a 25 obra solicitud de reliquidación del actor presentada por intermedia de apoderada a la entidad demandada de fecha 1º de agosto de 2013.

A folios 27 y 28 del expediente se evidencia copia de la Resolución No. 06773 del 17 de junio de 2014, mediante la cual el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió que no procede la solicitud de reconocimiento y pago de ajuste a la pensión de jubilación del demandante.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el actor nació el 20 de abril de 1952, cumplió los 55 años el 20 de abril de 2007 (fl. 203), y tuvo un tiempo de servicios, al tiempo de cumplir el requisito de la edad, de 26 años, 11 meses y 20 días, desde el primero (1º) de mayo de 1980 al veinte (20) de abril de 2007 (fl. 17); razón por la cual, su situación particular se rige por el inciso 2 del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que, a los docentes que se vinculan a partir del 01 de enero de 1990, para efectos de 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 1970, los que se expedieran en el futuro, que para el caso se predica de la ley 100 de 1993, en todo lo establecido por el artículo 179 de la ley 100 de 1993.

De ello, es necesaria aducir que el demandante mantiene el régimen prestacional vigente a la fecha en que adquirió su status pensional.

En consecuencia, en materia de pensión de jubilación, al demandante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual establece en el artículo 1º, 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 desde el 20 de abril de 2007, toda vez que, en esta fecha tenía 55 años de edad y acreditó como tiempo de servicio de **veintiséis (26) años, (11) meses, y veinte (20) días.** (fl. 17)

No obstante, la Ley 33 de 1985 en el párrafo 2 de su artículo 1º consagró un régimen de transición 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, requisito que en el presente caso no cumple el actor, ya que ingresó a laborar el 1º de mayo de 1980; es así que para la fecha en que comenzó a regir la Ley 33 de 1985, contaba con 4 años, 9 meses y 2 días, y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la ley 33 de 1985.

Ahara bien verificada el cumplimiento de los requisitos por los cuales se hizo acreedor el actor, al momento de la emisión de la pensión de jubilación, procede el Despacho a verificar si la misma fue liquidada en debida forma.

Acogiéndose al criterio jurisprudencial mencionado anteriormente en esta providencia, es clara para el Despacho que en el presente caso, ha debido liquidarse la pensión del demandante en la sala con base en la **asignación básica, sino también teniendo en cuenta la prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de grado y prima de navidad**, que devengó en el último año de servicios antes de adquirir el status.

Así las cosas, para verificar el contenido de la **Resolución No. 0622 del 25 de abril de 2008**, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al actor y la Resolución No. 003763 de 17 de junio 2014 actos demandados, se evidencia la falta de inclusión de los factores salariales tales como, **la prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de grado y prima de navidad**, percibidas en el último año de servicios, previo a la adquisición del status pensional (ffs. 17-19, 27 y 28), hecho que resultó probado con la declaración de factores salariales devengados y con el año base de liquidación utilizado al momento de reconocimiento. (fl. 20-21)

Al respecto considera el Despacho que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad, no solo por contradecir el precedente de unificación antes mencionado, sino además, por violar la Carta Política, al desconocer los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

En este caso, de ideas, este estrado judicial procederá a declarar la **nulidad parcial** de las **Resoluciones No. 0622 del 25 de abril de 2008**; que reconoció la pensión de jubilación del demandante, el artículo primera de la **Resolución 003763 de 17 de junio 2014**, que negó la reliquidación de la pensión como consecuencia de ello, se ordenará a la entidad demandada, que la pensión vitalicia de jubilación del demandante sea Reliquidada tomando par el efecto como factores salariales, **la asignación básica, la prima de alimentación, la prima de vacaciones, la prima de grado y la prima de navidad** factores salariales devengados y debidamente certificados.

Es importante resaltar que, los mencionados factores deben ser catalogados como factores salariales, toda vez que éstos a pesar de no encontrarse enunciados en la Ley 33 y 62 de 1995, se deben tomar como factores que constituyen salario al ser contraprestaciones directas que recibió el docente, de manera habitual y periódica, por su trabajo, en que su finalidad sea cubrir riesgos a las que el trabajador se pueda ver enfrentado.

#### 5.2.5 Prescripción

Ahara bien, este Despacho, en aras de garantizar la legalidad de la decisión que se profiere y con el ánimo de dar aplicación al principio de la sostenibilidad fiscal del erario público, declarará fundada la excepción de prescripción; al respecto, teniendo en cuenta que la última solicitud de reliquidación elevada, fue radicada el día 1º de agosto de 2013 (fl. 22), frente a la cual se decidió desfavorablemente mediante Resolución No. 003763 del 17 de junio de 2014 que negó la reliquidación, se constata que las períodos anteriores al **1º de agosto de 2013** se encuentran prescritos, toda vez que han transcurrido más de tres años desde que el derecho se hizo exigible, razón por la cual este Despacho declarará probada parcialmente la excepción de prescripción, propuesta por la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

#### 5.2.6 Principio de Solidaridad sobre el Sistema de Seguridad Social

Par todos es sabido que en desarrollo de este principio de solidaridad, el pensionado no puede desconocer en el momento en que le es concedida la Reliquidación de su pensión, que las nuevos factores que se ordenaran incluir dentro de la liquidación de su prestación,

eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema, pues con base en ellos, se está ordenando la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de paga se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

Así mismo, se debe garantizar respecto de los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto, de haberse reconocida la pensión desde un principio, con base en la totalidad de factores ordenados en la presente sentencia, se habrían efectuado mensualmente los descuentos por concepto de aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la integridad de la pensión y no sobre el valor liquidado, sin inclusión de la totalidad de factores devengados por la demandante; motivo por el cual se dispondrá igualmente, si a la fecha de realizarse el pago no se hubiera efectuado el descuento, que sobre las diferencias que se ordene reconocer y pagar a favor del demandante, se hagan los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

### 5.3 Conclusión

En este orden de ideas, se decidirá la **Nulidad parcial de la Resolución No. 0192 del 25 de abril de 2008**; a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación y la nulidad del artículo primero de la **Resolución 003763 de 17 de julio de 2014**, que negó la reliquidación al señor **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ**, proferidas por el Secretario de Educación de Boyacá en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y consecuentemente a título de restablecimiento de derecho, se ordenará a la entidad demandada, Reliquidar la pensión vitalicia de jubilación del demandante, aplicando el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1993, 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, al cual ha venido siendo reiterada por esa Honorable Corporación y que fue oficialmente descrito con anterioridad en la presente providencia.

Para tal efecto, la entidad demandada deberá tener en cuenta como factores **salariales**, todos los que fueran devengados por el demandante durante el **último año de servicios antes de adquirir el status pensional (21 de abril de 2006 a 20 de abril de 2007)**, es decir, **la asignación básica, la prima de alimentación, la prima de vacaciones, la prima de grado y la prima de navidad**, acreditados con las certificaciones de facturas salariales devengados, allegados con la demanda como prueba.

Establecido dicho valor, se deberá **Reliquidar** por parte de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a título de restablecimiento del derecho, la diferencia entre las mesadas pensionales reconocidas y dejadas de cancelar desde el **21 de abril de 2008** con efectos fiscales desde el **1º de agosto de 2010**, toda vez que en el presente caso se configuró el fenómeno de la **Prescripción** en tanto que la pensión fue reconocida por el **25 de abril de 2008 (fl. 17-19)**, y la solicitud de reliquidación el **1º de agosto de 2013 (fl. 2)** y la demanda presentada el **10 de septiembre de 2014 (fl. 32)**, de manera que han transcurrido más de tres años desde el reconocimiento de la pensión, motivo por el cual se concederá parcialmente a la excepción de prescripción presentada por la demandante.

Las sumas que se cancelen se deberán actualizar, utilizando para ello la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórica (Rh), que es la suma pendiente mesada pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final del consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta providencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago); conforme a lo establece el inciso 4 del artículo 187 del CPACA.

Los intereses son reconocidos en la forma señalada en el inciso tercero y quinto del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria.

Así mismo la Secretaría de Educación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De otra parte se deberá **DESCONTAR** de las anteriores sumas, los aportes correspondientes al factor salario cuya inclusión se ordena; siempre y cuando, sobre éste no se haya efectuada la deducción legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor de la parte demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado – Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en la providencia de fecha Noviembre 29 de 2012, siendo ponente el C.E. LUIS RAFAEL VERCARA QUINTERO, dentro del expediente No. 1079-11.

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

#### 5.4. Costas.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

**Artículo 188. Condena en costas.** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y distribución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

No obstante la conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de prosperar parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaran tanto gastos procesales como agencias en derecha, en el presente asunto la demanda prosperará en forma parcial, por cuanto, se declaró probada la excepción de Prescripción, razón por la que en el presente asunto el Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.

Contra la presente providencia proceden los recursos de ley.

Por lo tanto, el **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, cumpliendo justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### F A L L A:

**PRIMERO. DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** propuesta por la apoderada de la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** de la **Resolución No. 0622 del 25 de abril de 2008**; expedida por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se le reconoció y ordenó el pago de pensión vitalicia de jubilación al señor **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ**, sin incluir todos los factores salariales a los que tiene derecho, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Medio de Control: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación No.: 150013333012 – 2014 – 00190 – 00  
Demandante: EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ  
Demandada: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

**TERCERO.- DECLARAR LA NULIDAD DEL ARTICULO PRIMERO** de la **Resolución No. 003763 de 17 de junio 2014**; expedida por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se **NEGÓ LA RELIQUIDACIÓN** a **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ**, sin incluir todos los factores salariales a los que tiene derecho, conforme a lo expuesto 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 restablecimiento del derecho, a reliquidar la pensión de jubilación del señor **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ**, a partir del **21 de abril de 2007, pero con efectos fiscales a partir del 1° de agosto de 2010** con base en el criterio de interpretación establecido por el Consejo de Estado, mediante providencia de unificación de fecha 4 de Agosto de 2010, proferida dentro del Expediente No. NI 0112-09, es decir, incluyendo todos los factores salariales devengados por el actor, desde el **21 de abril de 2006 al 20 de abril de 2007**, los cuales se encuentran debidamente certificados, esto es, que la referida pensión se deberá reliquidar incluyendo la **asignación básica mensual, la prima de alimentación, la prima de vacaciones, la prima de grado y la prima de navidad**, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO.-CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar a **EVELIO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ**, a título de restablecimiento, el valor de las diferencias en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **21 de abril de 2007, con efectos fiscales a partir del 1° de agosto de 2010 de acuerdo con el fenómeno de la prescripción y de conformidad** al establecido en relación con el reconocimiento del derecho pensional, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

**SEXTO.-** La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos expresados en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

**SÉPTIMO.-** La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** deberá **DESCONTAR** de las anteriores sumas, los aportes correspondientes al factor salarial cuya inclusión se ordena; siempre y cuando, sobre éste no se haya efectuado la deducción legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del demandante, se deberán **efectuar las deducciones de ley**, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

**OCTAVO.- ABSTENERSE DE CONDENAR** en costas a la parte demandada, como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

**NOVENO.- Negar** las pretensiones de la demanda frente al Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación.

**DÉCIMO.-** 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 de esta providencia.

**DÉCIMO PRIMERO.-** En firme, para su cumplimiento, por secretaria, romátese los expedientes correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA, cuando lo

Medio de Control: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación No.: 0013333012 - 2014 - 00190 - 00  
Demandante: ELIJO DE JESUS SANCHEZ SUAREZ  
Demandado: ACCIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

anterior y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y cúmplase

  
DIANA MARCELA GARCIA PACHECO  
Juez

