



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
TUNJA

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL (Art. 180 CPACA).

Referencia : 150013333015-2017-00050-00;
Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes : MARLENY ROJAS DE CANO
Demandado : NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN –
FONDO NACIONAL DEL PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO

En Tunja, siendo las dos y treinta de la tarde (2:30 pm.), del día once (11) de octubre de año dos mil diecisiete (2017), día y hora señalados mediante auto calendado del 21 de septiembre del mismo año, procede el despacho a dar curso a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. **150013333015-2017-00050-00**; adelantado por la señora **MARLENY ROJAS DE CANO**, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante “FOMAG”)**. Esta diligencia será grabada a través del sistema de audio y video con que cuenta esta instancia judicial, asignando para el efecto al Sustanciador Nominado del Despacho como Secretario Ad hoc.

Entonces, atendiendo a lo dispuesto por este Despacho en la providencia atrás mencionada, se constituye audiencia inicial dentro del proceso de la referencia y, se informa a los asistentes que el orden en la presente diligencia será el siguiente:

1. Asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento.
3. Excepciones previas
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
- 6.- Medidas cautelares.
7. Decreto de pruebas.
8. Control de legalidad
9. Alegatos de conclusión
10. Sentencia de ser procedente

1- ASISTENTES A LA DILIGENCIA

En éste estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, numero de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

-Parte demandante: Se hace presente la abogada DEICY VIVIANA CUCHIA BAUTISTA, identificada con cédula de ciudadanía No. 33.368.421 y T.P. No. 269.445 del C.S.J.



-.Parte demandada: Se hace presente el abogado CESAR FERNANDO CEPEDA BERNAL, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.176.528 y portador de la T.P. No. 149.965 del C.S.J.

SE DEJA CONSTANCIA QUE NO SE HIZO PRESENTE LA SEÑORA AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, NO OBSTANTE SU AUSENCIA NO IMPIDE EL DESARROLLO NORMAL DE ESTA AUDIENCIA.

2.- SANEAMIENTO:

El despacho pone en conocimiento de las partes que revisado el expediente no se advierte actuación irregular o vicios que puedan acarrear nulidades de lo actuado hasta ésta etapa procesal.

Con todo, se les concede el uso de la palabra a los apoderados para que manifiesten si advierten irregularidad o vicio alguno que afecte el proceso, solicitándoles que limiten su intervención a los puntos específicos que se relacionen con el saneamiento del proceso:

Se le concede el uso de la palabra al a los intervinientes:

Parte demandante (Minuto: 03:43)

Parte demandada: (Minuto: 03:54)

Escuchadas a las partes, el suscrito juez advierte a los intervinientes que agotada esta etapa procesal y salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrá alegar con posterioridad vicio alguno de las actuaciones surtidas hasta el momento, conforme a lo cual dicta el siguiente;

AUTO N° 1

1.- TENER por saneado cualquier vicio constitutivo de nulidad originado hasta la fecha o cualquier irregularidad que amerite fallo inhibitorio.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS (min: 04: 32).

3- RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS:

La finalidad de las excepciones previas, es la de conjurar vicios formales en procura de evitar decisiones inhibitorias o, dada la entidad de las falencias, impedir que continúe el curso del proceso *ab initio*, ya que no sería posible, ante su existencia, llegar a la sentencia por sustracción de materia; por su parte, la finalidad de las excepciones de fondo, es controvertir la existencia misma y alcance del derecho reclamado por el demandante, por lo que tienen la virtud de enervar las pretensiones y provocar que el fallo correspondiente se constituya en cosa juzgada, dando término de manera definitiva al debate planteado.

Pues bien, teniendo como premisa tales definiciones, debe el juez, en ejercicio del principio constitucional del *iura novit curia*, determinar con total claridad, ante omisiones de los postulantes en un proceso sometido a su conocimiento,



independientemente del título que hubieren dado a cada una de ellas, si las excepciones planteadas se encaminan a atacar la forma de la demanda o el fondo del asunto, a fin de pronunciarse sobre cada una de ellas en la correspondiente etapa procesal, que para el caso que nos ocupa, las excepciones previas lo serán en la audiencia inicial del artículo 180 del CPACA y las de mérito **AL RESOLVER EL FONDO DEL ASUNTO.**

En el caso concreto, el FOMAG propuso las siguientes excepciones:

- **Vinculación de litis consorte.**
- **Falta de legitimidad por pasiva.**
- **Prescripción.**
- **Genérica.**

Sobre la excepción "**VINCULACIÓN DE LITIS CONSORTE**", el apoderado de la parte demandada solicita la vinculación de la Fiduciaria la Previsora S.A como principal responsable de garantizar la administración de la cuenta Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud del contrato de fiducia mercantil del 21 de junio de 1990.

Al respecto, debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 61 del C.G.P, dicha figura se presenta cuando existen *"relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, **por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos**, la demanda deberá formularse por todas o **dirigirse contra todas**; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado"*.

Dentro del litisconsorcio necesario existe una unidad entre las partes que acuden al litigio y el derecho sustancial que se debate, dicha relación puede provenir expresamente de la ley, o puede extraerse de la interpretación de los hechos y derechos que se cuestionan dentro del litigio, en éste último caso es necesario realizar un análisis cuidadoso para establecer la naturaleza del asunto y así determinar si puede o no proferirse un pronunciamiento de fondo sin la comparecencia de un número plural de sujetos.

El Consejo de Estado así lo ha manifestado en sentencia del 6 de mayo de 2015 radicado No. 2000-01112. CP: Olga Melida Valle de la Hoz:

"La característica esencial del litisconsorcio necesario es que la sentencia tiene que ser única y de igual contenido para la pluralidad de sujetos que integran la relación jurídico-procesal, unidad que impide adoptar decisiones que no incidan en todos los integrantes, en tanto que en el litisconsorcio facultativo como la pluralidad de partes corresponde también a una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible que las causas reunidas se separen en cierto momento y cada uno vuelva a ser objeto de un proceso separado"

Descendiendo al caso bajo examen, debe precisarse que el FOMAG, como cuenta especial de la Nación, **con independencia patrimonial, contabl, financiera y estadística, sin personería jurídica, tiene como finalidad el reconocimiento de la pensión de los docentes que cumplan con los requisitos allí establecidos**, por tanto, la Fiduprevisora S.A no es la encargada del



reconocimiento de dichas prestaciones, su competencia se restringe únicamente a la administración de los recursos con que cuenta dicho fondo. En tal sentido, deben diferenciarse las competencias de tales entidades y comprender que el reconocimiento de las pensiones de docentes, recae de forma exclusiva sobre el FOMAG, y en tal sentido la mencionada excepción no está llamada a prosperar.

La excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, fue sustentada indicando que el FOMAG es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, constituida como patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes por medio de las secretarías de educación. De igual forma señala que de acuerdo con la descentralización del sector educativo establecido en la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2011, el ministerio perdió la facultad nominadora, siendo ésta entregada a los alcaldes y gobernadores respectivos.

Agrega que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 suprimieron ciertas funciones del representante del Ministerio de Educación, entre ellas el pago de prestaciones y la administración de recursos destinados para tales fines. Con todo, concluye que el FOMAG no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación, y que tampoco es pagador de los recursos del fondo, es decir que la titularidad no es del Ministerio de Educación Nacional, y en ese sentido no le corresponde responder sobre el derecho que se debate en el presente litigio.

Frente a la legitimación en la causa, precisa el juzgado que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, el estudio de la falta de legitimación en la causa debe abordarse desde dos perspectivas, a saber: En primer lugar, se encuentra la legitimación de hecho o procesal, que **hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado**, una vez se ha iniciado el trámite en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal. En segundo lugar, se habla de Legitimación sustancial o material, para significar **la participación o vínculo que tienen las personas** -siendo o no partes dentro del proceso-, **con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda**¹.

Se advierte entonces que en el caso de autos la **legitimación de hecho** está plenamente demostrada frente al FOMAG, pues dicha entidad fue incluida como parte demandada en el libelo introductorio, llevándose a efecto su notificación personal respecto del presente medio de control, el día 18 de mayo de 2017 (fl. 35)

Ahora, en lo que **conciene la legitimación material**, se tiene que aun cuando el acto administrativo de reconocimiento pensional, esto es, la resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001, fue proferida por el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá, no es menos cierto que no actuaba en nombre propio, sino por el contrario, en representación y nombre del FOMAG, tal como pasa a explicarse:

El FOMAG, fue creado como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, mediante la Ley 91 de

¹ En este sentido se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado, por ejemplo, en providencia del 30 de enero de 2013, proferida por la Sección Tercera, Subsección B, con ponencia del Doctor Danilo Rojas Betancourth, dentro del proceso identificado con radicado interno 458610, así como también, en la Sentencia de fecha 17 de junio de 2014, proferida por la Sección tercera con ponencia de la Doctora María Elena Giraldo Gómez, dentro del proceso con radicado interno 14452.



1989, para efectos del reconocimiento de la pensión de los docentes que cumplan con los requisitos allí establecidos. Se dispuso en la parte final del artículo 3° de dicha Ley que: *"El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad"*.

Posteriormente, a través del artículo 56 de Ley 962 de 2005 se estableció que las prestaciones sociales a cargo del fondo serían reconocidas por el mismo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El trámite correspondiente se reguló a través del Decreto 2831 de 2005.

Ahora, es importante anotar que la obligación de pagar salarios pertenece al ente territorial mientras que la de pagar las prestaciones sociales (pensión de jubilación y su reliquidación, entre otras), corresponden exclusivamente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que éste pueda sustraerse de dicha obligación, escudándose en que el ente territorial profirió el acto o en que fue él quien pagó los salarios y factores salariales al empleado.

De acuerdo con las normas anteriores, se concluye que aunque el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá, emitió la Resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001, actuó en representación del FOMAG, y ello es así, por cuanto la pensión de jubilación no está a cargo del referido ente territorial, sino de la entidad demandada dentro del proceso de la referencia, quien se encuentra en capacidad de resistir la pretensión de declaratoria de nulidad del acto acusado.

Así entonces, queda claro que el FOMAG está llamado a responder frente a las pretensiones de la demanda, toda vez que la participación del Secretario de Educación en este caso, no obliga al ente territorial sino a la Nación, por tratarse de la entidad a la cual corresponde la cuenta especial que conforma dicho fondo.

Respecto del medio exceptivo de **PRESCRIPCIÓN**, el despacho considera que aun cuando la resolución de este medio está prevista para definirse en la audiencia inicial, lo cierto es que en el presente caso su aplicación no recae en el derecho en sí mismo considerado, es decir, el derecho pensional, sino sobre las mesadas pensionales a las que se le aplica por regla general el fenómeno de la prescripción trienal, conforme lo establecen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, a más que de declararse no abarcaría la totalidad de las mismas, por lo que será en el fallo donde luego de determinar si al demandante le asiste el derecho pretendido, se procederá a establecer las mesadas que podrían verse afectadas por el fenómeno en mención.

En lo que respecta con la excepción "**GENERICA**", se dirá que en el evento en que el despacho advierta que se configura cualquier medio exceptivo no propuesto por las partes, se procederá a su declaración en virtud del Art. 187 del CPACA.

De otra parte, el Despacho no encuentra excepciones previas que deban ser declaradas de oficio, como tampoco las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación y Prescripción extintiva.

Conforme a lo expuesto hasta el momento, el **Despacho** dictará la siguiente decisión,



AUTO N° 2

PRIMERO: POSTERGAR para la etapa de fallo, la resolución de la excepción de prescripción, solicitada por el apoderado de la parte demandada, por las razones anteriormente señaladas.

SEGUNDO: DECLARAR no probada las excepciones de vinculación de Litis consorte y falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: DECLARAR que no existe ninguna otra excepción previa que deba ser declarada de oficio, como tampoco las de caducidad, cosa juzgada, y transacción en los términos del numeral 6 del artículo 180 del C.A.P.A.C.A.

DE LAS ANTERIORES DECISIONES LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS (18:36).

En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a los apoderados para que se manifiesten.

Parte demandante (Min: 18:46)

Parte demandada: (Min: 18:49)

4.) FIJACIÓN DEL LITIGIO:

Superada la etapa anterior, se continúa la audiencia, dando paso a la **FIJACIÓN DEL LITIGIO**, según lo dispone el numeral 7° del artículo 180 del CPACA, la cual se fija teniendo en cuenta la demanda y su contestación dentro del proceso de la referencia.

De la lectura de la demanda y su contestación, se observa que el apoderado de la entidad demandada manifiesta que no le consta ninguno de los hechos relatados dentro de la demanda y, que se atiene a lo que debidamente resulte probado dentro del expediente.

Hechos probados, los cuales se extraen de la documental obrante en el expediente.

1.- Que la Nación – Ministerio de Educación - FOMAG previo los trámites administrativos le reconoció una pensión de jubilación a la docente MARLENY ROJAS DE CANO a través de la Resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001, en cuantía de \$1'151.671, adquiriendo el status de pensionada el 19 de octubre de 2001 y, cuya base pensional comprendió el 75% del promedio lo devengado del promedio durante el año anterior a adquirir el status de pensionada, teniendo en cuenta los factores salariales correspondientes a asignación básica, prima de alimentación, y prima de vacaciones lo anterior conforme se extrae de la documental vista a folios 19 a 20 del expediente.

2.- Que de conformidad con la certificación No. 2618 del 30 de octubre de 2001 expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá durante el año anterior adquirir el status de pensionada la accionante devengó los factores salariales correspondientes a asignación básica, prima de alimentación, prima de



vacaciones, y prima de navidad. Lo anterior conforme a la documental vista a folios 21 a 22 y 70 a 71 del expediente.

De acuerdo con lo indicado, y una vez analizada la demanda y su contestación el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes son los siguientes:

Tesis de las partes

Demandante: La señora Marleny Rojas de Cano tiene derecho a que le sea reliquidada su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, específicamente, los correspondientes a asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, y prima de navidad.

Demandada: No hay lugar a reliquidar la pensión de jubilación del demandante, pues las **Leyes 33 y 62 de 1985 y los Decretos 1158 de 1994 y 691 de 1994**, establecen taxativamente los factores que deben hacer parte de la liquidación pensional, de tal suerte que los solicitados por el actor no se encuentran incluidos en dichos ordenamientos.

CON FUNDAMENTO EN LO ENUNCIADO, EL SUSCRITO JUEZ FIJA EL LITIGIO EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

La controversia en el caso de autos se contrae a determinar si la resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001 proferida por la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la accionante, se encuentra incurso en alguna causal de nulidad; así como establecer si la demandante Marleny Rojas de Cano, tiene derecho a la reliquidación de su derecho pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de la prestación de servicios o si por el contrario, como lo afirma la entidad demandada dichos factores no deben ser incluidos en las bases pensionales de la demandante en tanto que no se encuentran incluidos de manera taxativa en las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 1158 de 1994.

La anterior fijación del litigio propuesta por el despacho, se somete a consideración de los intervinientes para que manifiesten si se encuentran conformes o si estiman que debe agregarse o variarse algún punto. Para el efecto, se les concede el uso de la palabra.

Parte demandante: (Minuto: 23:56)

Parte demandada: (Minuto: 24:01)

AUTO N° 3

En atención a que las partes manifestaron estar conformes con las conclusiones propuestas por el Despacho frente a la controversia, queda fijado el litigio en los términos señalados anteriormente.



De esta forma queda fijado el litigio. **LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN ESTRADOS (min: 24:18).**

En este estado de las diligencias se procede a realizar la etapa de conciliación

5.- CONCILIACIÓN

En este estado de la diligencia, conforme lo establece el numeral 8º del artículo 180 del C.P.A.C.A., se procede a establecer la posibilidad de lograr un acuerdo conciliatorio entre las partes. Con tal propósito, el despacho le concede el uso de la palabra al apoderado de la entidad demandada, para que manifieste si existe ánimo conciliatorio en esta etapa procesal:

Entidad demandada: (Min: 24:51)

El señor Juez aduce que al no existir fórmulas conciliatorias en este momento procesal, se declarara fracasada la etapa conciliatoria y se da trámite a la etapa siguiente.

Concordante con lo expuesto, el **Despacho** dictará la siguiente decisión;

AUTO N° 4

Entiéndase agotada la etapa de conciliación dentro del medio de control objeto de la presente audiencia, por no ser procedente.

En éste estado de la diligencia se deja constancia que el apoderado de la parte demanda allega al Despacho acta del comité de conciliación.

6.) MEDIDAS CAUTELARES:

Con la presentación de la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia, por lo tanto no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre el particular.

En consecuencia, el Despacho ordenará continuar con el trámite de la audiencia en virtud a que no está pendiente solicitud de suspensión por resolver.

7.- DECRETO DE PRUEBAS

De conformidad con el numeral 10º del artículo 180 del C.P.A.C.A., se incorporarán y decretarán las pruebas que a continuación se describen:

7.1. PARTE DEMANDANTE

7.1.1 DOCUMENTALES:

-Aportadas

Téngase como pruebas e incorpórense todas y cada una de las documentales aportadas con el libelo de la demanda, obrantes a folios 18 a 26 del expediente con el valor que en su oportunidad correspondan otorgarles a los documentos que se a continuación se enuncian:

- Resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001 por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante (fls. 19 a 20)
- Certificación No. 2618 del 30 de octubre de 2001, de factores salariales devengados por la accionante durante el año anterior a adquirir el status de pensionada. (fls. 21 y 22)
- Certificado de tiempo de servicios No. 2698 de la señora Marleny Rojas de Cano.

-Solicitadas

El apoderado de la parte demandante no solicito ninguna prueba.

7.2. PARTE DEMANDADA

7.2.2 DOCUMENTALES

Con el valor probatorio que conforme a la ley corresponde otorgarles², ténganse como pruebas todos los documentos aportados por la entidad accionada, que se presume han sido conocidos por las partes previamente a la celebración de esta audiencia, las cuales obran a folio 64 a 80, contentivo del expediente administrativo de la accionante.

-Solicitadas

La parte accionada solicitó oficiar a la entidad empleadora DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN para que allegue los certificados originales sobre los factores salariales devengados por el demandante y sobre los cuales se efectuaron los descuentos por concepto de aportes a pensión. No obstante, como se mencionó con anterioridad dicha información fue allegada con antelación al expediente por parte del ente territorial.

7.3. MINISTERIO PÚBLICO. No elevó solicitud probatoria, razón por la cual no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno sobre el particular.

En esta etapa de la diligencia se corre traslado a las partes sobre el decreto de las pruebas.

² VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Artículos 244, 246 y 260 del CGP aplicables por remisión del artículo 306 del CPACA. Y las demás que le sean aplicables contenidas en los artículos 168, 180, 219, 220 del C.G.P.



Se le concede el uso de la palabra al a los intervinientes:

- ✓ Parte **demandante** :(Minuto: 31:31)
- ✓ Parte demandada: (Minuto:31:36)

En atención a que las partes manifestaron estar conformes con el decreto de pruebas y visto que en el plenario obran los documentos suficientes para proferir una decisión de fondo, el despacho profiere el siguiente;

AUTO N° 5

- 1. Tener** como pruebas decretadas las referenciadas en precedencia.
- 2.** Determinar que no hay pruebas que decretar a solicitud de parte o de oficio, en consecuencia, se encuentra agotada esta etapa.
- 3.** Al no haber pruebas que practicar y por tratarse de un asunto de pleno derecho, de conformidad con el inciso 2° del numeral 3° del artículo 179, 187 e inciso del artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, se procede con la continuidad de la audiencia inicial.

8.-CONTROL LEGALIDAD

En virtud de lo establecido en el artículo 207 del C.P.A.C.A., el Despacho procede a realizar el control de legalidad de lo actuado hasta el momento, sin que se advierta vicio alguno. Con base en lo anterior se proferirá el siguiente:

AUTO N° 6

No se advierte irregularidad procesal alguna de lo hasta aquí actuado, por lo tanto se encuentra la actuación libre de vicio o nulidad que pueda invalidar lo decidido.

LA ANTERIOR DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS (Min. 33:34)

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Superada la etapa anterior y encontrándose en firme la providencia, éste despacho procederá a dar la oportunidad a las partes para que presenten sus alegaciones. Con base en lo expuesto se profiere el siguiente:

AUTO N° 7

Correr traslado a los intervinientes para que presenten sus alegatos de conclusión, aclarando que contarán hasta con 20 minutos para el efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 del C.P.A.C.A.

Parte demandante: (Minuto: 34:16)
Parte demandada: (Minuto: 37:40)



Sin advertirse causal de nulidad de la actuación, procede el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja a dictar sentencia para resolver la demanda que ha dado origen al presente proceso.

10. SENTENCIA

Finalizada como se encuentra la fase de alegatos, y sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

En el caso sub examine, la demandante pretende que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001, por medio de la cual se le reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación, por lo que a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene al ente demandado que le reconozca y pague la pensión de jubilación incluyendo todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el año anterior a su retiro, así mismo, que sobre la mesada resultante se hagan los ajustes pensionales de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 descontando el valor parcial de las mesadas pagadas, que se condene a reconocer y pagar los intereses corrientes y de mora sobre las sumas adeudadas, y finalmente se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

Para sustentar sus pretensiones, el apoderado judicial de la demandante manifestó que con la negación de la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de la demandante, se están desconociendo los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13º, 23º, 25º, 46º, 48º, 53º, 58º, 228º y 336º, de la Constitución Política, como quiera que en virtud del principio del estado social de derecho las autoridades están en la obligación de adelantar las actuaciones dentro de los límites establecidos en la Constitución y en la ley.

Dicho desconocimiento proviene de la inaplicación del artículo 81 de la Ley 812 de 2013 dentro de la cual se estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionalizados, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a dicha norma, específicamente la Ley 91 de 1989, según la cual deben tenerse en cuenta las disposiciones contenidas dentro de la Ley 33 de 1985, que establece los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y que fue modificada por la Ley 62 de 1985 con respecto a los factores salariales a tener en cuenta dentro de la base de liquidación para dichos docentes.

Posteriormente, hace alusión a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado en ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, dentro de la cual se estableció que los factores salariales indicados dentro de la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, no



son taxativos, aclarando que simplemente son enunciativos y que permite la inclusión de otros.

Con base en lo anterior, señala que el acto administrativo que demandada adolece de falta de motivación, pues la negativa de la entidad a reliquidar la pensión de jubilación de la accionante se sustenta en que el factor salarial solicitado no se encuentra dentro de la lista establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Finalmente, hace referencia a la sentencia de Consejo de Estado del 2 de febrero de 2016, en ponencia del Consejo Ponente Gerardo Arenas Monsalve, dentro de la cual se precisó el alcance de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, aclarando que la primera es aplicable a los altos funcionarios del Estado y sus efectos no se extienden a todos los regímenes especiales; respecto a la segunda indicó que la misma tiene origen en una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ordenó liquidar una pensión con el promedio de los últimos 10 años, y en tal sentido, la decisión de la Corte Constitucional, se encaminó a avalar dicha interpretación sin pretender modificar o variar la interpretación que sobre el asunto el Consejo de Estado ha venido realizando.

De esta forma concluye que debe reconocerle la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año inmediatamente anterior a adquirir el status de pensionada.

1.2. Hechos:

En cuanto a los fundamentos fácticos del medio de control objeto de estudio, el Despacho se remite en esta oportunidad a los expuestos en la etapa de fijación del litigio, pues se considera innecesario hacer recapitulación alguna al respecto, como quiera que los mismos fueron establecidos en presencia de las partes.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y FUNDAMENTOS DE DEFENSA. (fls. 43 a 53)

Dentro del término legal establecido para el efecto, el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los mismos términos se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sosteniendo que en virtud de la descentralización del sector educativo, plasmada en la Constitución Política y en las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, el Ministerio de Educación perdió la facultad nominadora en materia educativa y la administración de los recursos se transfirió a los entes territoriales. Así mismo, señaló que a través de la Ley 115 de 1994 se radicó en cabeza de estos entes la administración de las instituciones educativas, del personal docente y del personal administrativo de los planteles educativos.

Ahora, en lo que atañe a la función de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes menciona que la misma se trasladó a las entidades territoriales, y en tal sentido el Ministerio de Educación carece de competencia para la realización de esas funciones. Agrega que de acuerdo con lo establecido por la ley, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se creó como patrimonio autónomo, quien mediante su consejo directivo determina las políticas de Administración y Dirección del mismo, y a su vez que, mediante el contrato de fiducia celebrado entre el Ministerio de Educación y la Fiduciaria la Previsora S.A, ésta última ha quedado como administradora garante del



patrimonio fiduciario.

En cuanto al contrato de fiducia mercantil, indica que de acuerdo con el inciso 4 del artículo 1234 del Código de Comercio entre los deberes del fiduciario se encuentra el de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicometidos contra actos de terceros.

Además de lo enunciado, establece que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes a pensión, siempre que sean de los taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985. Añade que la sentencia de unificación del 4 de Agosto de 2010 no cumplió con el procedimiento que establece el artículo 271 del CPAPCA y en consecuencia no tiene la calidad que se le asigna, pues al momento de proferirse dicho procedimiento no existía, lo que permite concluir que la interpretación correcta sobre el tema es que los factores tener en cuenta la momento de liquidar los factores es taxativa.

II. CONSIDERACIONES

La controversia en el caso de autos se contrae a determinar si la resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001 proferida por la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la accionante, se encuentra incurso en alguna causal de nulidad; así como establecer si la demandante Marleny Rojas de Cano, tiene derecho a la reliquidación de su derecho pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de la prestación de servicios o si por el contrario, como lo afirma la entidad demandada dichos factores no deben ser incluidos en las bases pensionales del demandante en tanto que no se encuentran incluidos de manera taxativa en las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, para resolver dicho problema jurídico se tendrá en cuenta los siguientes aspectos: **(i)** Régimen de transición creado por la ley 100 de 1993 **(ii)** De la jurisprudencia en materia de reliquidación pensional proferida por la Corte Constitucional, **(iii)** De los factores salariales que sirven para la liquidación de la pensión de jubilación **(iv)** Caso concreto.

(i).- Régimen de transición creado por la ley 100 de 1993

Con la entrada en vigencia de ésta Ley 100 de 1993 surgió el Sistema Integral de Seguridad Social disponiendo en el sistema de pensiones la creación de un régimen de transición para proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran cercanos a cumplir los requisitos para acceder a ésta prestación y se encontraran circunscritos a un régimen anterior más favorable.

Dicho régimen de transición señaló específicamente lo siguiente:

“ARTICULO 36.- RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

“La **edad** para acceder a la pensión de vejez, el **tiempo** de servicio o el número de semanas cotizadas, y el **monto** de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o **quince (15) o más años de servicios cotizados**, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren

afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (...)" (Negrilla fuera del texto original)

El referido régimen³ fue modificado por el párrafo transitorio 4 del artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005 el cual dispuso que dicho régimen no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010 excepto para los trabajadores que estando en él, además tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempos de servicio a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo (22 de julio de 2005), a quienes se les mantendrá el derecho hasta el año 2014.

Ahora bien, la jurisprudencia⁴ ha dicho que cuando la prestación periódica se deba liquidar y reconocer bajo una ley anterior será aplicable esa normatividad en los aspectos de edad, tiempo y monto y no las normas reglamentarias de la ley 100 que aluden a ese punto:

"... no resultan aplicables las normas reglamentarias de la Ley 100 de 1993 que determinan las bases que se deben tener en cuenta para la liquidación pensional del personal sometido al régimen de transición pensional de que trata el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues, si la prestación periódica se debe liquidar y reconocer bajo una ley especial anterior en los aspectos de edad, tiempo y monto pensionales (este último comprende porcentaje y base de la liquidación), será esa normatividad la aplicable en esa materia, más cuando contempla una regulación especial, favorable y diferente. Lo anterior, por cuanto si se aplicaran las normas generales atinentes al monto pensional previstas en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias al personal que redama su reconocimiento pensional definitivo en consideración al régimen de transición del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultaría desvirtuado e Inocuo el régimen preferencial transitorio".

Posteriormente, la Ley 812 de 2003, mediante la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo, en su artículo 81 dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados a la fecha en que entró en vigencia la ley, sería el establecido en las disposiciones vigentes, es decir, para el caso de las pensiones las leyes 33 y 62 de 1985 y, para los docentes vinculados con posterioridad a su vigencia sería el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez la cual estableció en 57 años para hombres y mujeres.

³ En este sentido, de conformidad con la norma, el marco temporal para la liquidación del monto de la pensión no es objeto de remisión al régimen anterior; no obstante, es evidente que aquello desnaturaliza y fragmenta su aplicación, vulnerando así el principio de inescindibilidad normativa. Al respecto se puede leer: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Fallo de 23 de febrero de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-01307-01(0386-10). Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. "(...) En el asunto en estudio, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado en el tiempo que le hacía falta para tener derecho a la pensión a la fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones para los entes nacionales, se afectó el monto de la pensión del actor y de paso se desnaturalizó el régimen. Además, para la Sala no resulta admisible la aplicación fraccionada que la entidad demandada le dio al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al definir la situación pensional del demandante, pues al aplicarle su inciso tercero, incurrió en violación del principio de 'Inescindibilidad de la ley' que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica, como bien lo advirtió esta Corporación al desentrañar el alcance que le dió la Corte Constitucional a la citada norma en la sentencia C-168 de 1995, al decidir sobre su constitucionalidad (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original).

⁴ Consejo de Estado; Sección Segunda; sentencia proferida el 28 de octubre de 2004; Exp. IMo. 76001-23-31-000-2001-05461-01(5884-03); Actor: MANUEL ANTONIO VÉLEZ PEÑA.

Por lo tanto, resulta claro que la pensión de jubilación de los docentes vinculados hasta antes del 26 de junio de 2003, se encuentra sometida al régimen que trata la Ley 33 de 1985 y por ende los factores para determinar la base sobre la cual se debe liquidar la pensión son los previstos en la Ley 62 de 1985, modificatoria de dicha normativa, salvo quienes se encuentren en el régimen de transición que tendrían derecho a la aplicación de las disposiciones anteriores.

Pues bien, antes de la promulgación de la Ley 100 de 1993 la **Ley 33 de 1985** fijaba el régimen pensional de los empleados oficiales que no estuvieran cobijados por un régimen especial, delimitando los requisitos para el reconocimiento del estatus pensional en su artículo 1º así:

"(...)El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (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. (...)"

De la disposición en cita, se evidencian dos elementos que debía reunir el empleado público para acceder al reconocimiento de su pensión de jubilación, a saber: (i) el tiempo servicios, equivalente a 20 años continuos o discontinuos; y (ii) la edad, establecida en 55 años para hombres y mujeres. Reconocido el derecho, la base de liquidación de la prestación consistía en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, enlistando en su artículo 3º, modificado por la **Ley 62 del mismo año**, los factores susceptibles de integrar el ingreso base de cotización⁵.

(ii) De la jurisprudencia en materia de reliquidación pensional proferida por la Corte Constitucional

a) De la sentencia C-258 de 2013 y SU-230 del 29 de abril de 2015 proferidas por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en sentencia C-258 de 2013 declaró inexecutable las expresiones «*durante el último año y por todo concepto*», «*Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal*», contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, así como la expresión «*por todo concepto*», contenida en su parágrafo y, declaró executable las restantes expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, relativas «*al régimen pensional de los congresistas y de los demás servidores públicos a quienes les resulte aplicable*», en el entendido que: (i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraran afiliados al mismo; (ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas; (iii) Las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso; (iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1º de julio de 2013".

⁵ Ley 62 de 1985, artículo 1º: "(...) Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (...)".



Por ello, en concordancia con lo expresado en la sentencia C-258 de 2013⁶ se encuentra que ésta solo tiene efecto vinculante para quienes configuran su derecho pensional en los términos previstos para el régimen pensional especial objeto de dicha decisión.

Por su parte, en la Sentencia SU 230 del 29 de abril de 2015 la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela en la que se solicitó la protección del derecho a la igualdad, debido proceso, seguridad social y mínimo vital por haber sido liquidada la mesada pensional del tutelante con el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años, y no con el de los percibidos en el último año de servicios en aplicación del artículo 1º de la Ley 33 de 1985. En la misma afirmó que *“en la Sentencia C-258 de 2013, respecto de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte determinó que el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas previstas en las normas especiales que anteceden al régimen de transición, constituye la concesión de una ventaja que no previó el legislador al expedir la Ley 100...”* y *“fijó unos parámetros de interpretación para la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, especialmente en lo relacionado en su inciso 3º, que establece el modo de calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios del tránsito normativo...”*, desconociendo en cierta forma lo expuesto lo expuesto en la Sentencia C-258 de 2013, la cual, fue clara en decantar de manera expresa, que dicha providencia no podía extenderse a los demás regímenes pensionales en forma automática.

En virtud de lo expuesto, se tiene que en la Sentencia de Unificación 230 del 29 de abril de 2015⁷ la misma Corte desconoció su propio precedente, al no existir coherencia en las providencias mencionadas, en consecuencia no resulta apropiado respecto al derecho reclamado por la actora tener como fundamento las providencias de la Corte Constitucional. Aunado a lo anterior, el consejo de Estado ha reiterado que no es posible dar aplicación a las sentencias c-258 de 2013 y SU-230 de 2015⁸.

⁶ En este sentido el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación proferida el 12 de septiembre de 2014, en el expediente No. 25000-23-42-000-2013-00632-01 (1434-2014), precisó que el objeto de la Sentencia C-258 de 2013 se encuentra restringido *“...sólo a las pensiones congresionales con origen en la Ley 4ª de 1992 -artículo 17- y por extensión legal, a las pensiones de los Magistrados de las Altas Cortes de Justicia, según el Decreto 104 de 1994 -artículo 28, sin que se pueda entender allí incluidos los Magistrados que se encuentran cobijados por el régimen de transición previsto para la Rama Judicial, por cuanto la Corte en forma expresa señaló que no abordaría la constitucionalidad de éste y otros regímenes...”*. Posición que reiteró el Consejo de Estado en sentencia de tutela proferida el 2 de julio de 2015 en el expediente radicado con el No. 25000-23-42-000-2013-04281-01, Actor: Pablo Eduardo Victoria Wilches.

⁷ Al respecto, el Tribunal Administrativo de Boyacá en el fallo proferido en el expediente 15238333001201300422, sostuvo: *“...la Sentencia SU-230 de 2015 no refleja lo expuesto en la sentencia de constitucionalidad y por el contrario, se asume en esta última providencia un alcance que la primera no dio expresamente al caso examinado y que (...) no podría ser interpretado por una sentencia de tutela posterior, avanzando a variar el ámbito de la decisión e incluso de la norma que en ese caso fue estudiada en sede de constitucionalidad...”*. Por ello, la interpretación que efectuó del régimen de transición para los congresistas no es aplicable al régimen general, ni tiene fuerza vinculante para éste.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Sección primera. CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Expediente: 11001031500020160009400. Actor: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA – PENSIONES DE ANTIOQUIA. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA. Referencia: TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - DESCONOCIMIENTO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN LEY 100 DE 1993 – PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN. Bogotá, D. C., veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016):

“Así las cosas, en razón a que, como se advirtió, la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, cuyo desconocimiento alega la entidad actora, no puede aplicarse en el caso de la señora MARÍA OTILIA MARTÍNEZ MONTOYA, puesto que su régimen no es el de los congresistas, sino el de la Ley 33 de 1985, cuya interpretación y alcance, por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia, fue el apropiado.

Por su parte, en relación con la sentencia SU-230 de 2015 de la misma Corte Constitucional, tampoco procedía su aplicación en el caso de la señora MARÍA OTILIA MARTÍNEZ MONTOYA, en razón a que, si bien es una sentencia de unificación de la Corte Constitucional, los asuntos abordados en ella resultan ajenos al régimen pensional de los servidores públicos, y por tanto, distan de los presupuestos de hecho y de derecho del asunto al que pretenden ser aplicados, tal y como se explicó precedentemente”.

Por su parte, sobre la obligatoriedad del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional de personas cobijadas por el régimen de transición se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto de 16 de febrero de 2012, expediente.: 11001-03-06-000-2011-00049-00, en el que indicó:

“...c. Así mismo, es importante resaltar que el precedente establecido por los órganos de cierre de cada una de las jurisdicciones (ordinaria o contenciosa) es relevante al interior de cada una de ellas y respecto de los asuntos que son objeto de su conocimiento; dicho de otro modo, el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contenciosa administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento. Esto es especialmente importante en el tema consultado, pues respecto de los factores salariales que deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión, la jurisprudencia del Consejo de Estado es diferente a la fijada por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de su competencia, de forma que lo dicho en cada jurisdicción no es trasladable necesariamente a la otra...”

En consecuencia, se continuará aplicando en su integridad la **Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010⁹** emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debido a que representa un importante precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción, y por tanto, dicho pronunciamiento tiene el carácter vinculante para los Jueces y Tribunales Administrativos¹⁰.

b) De la sentencia SU 427 de 2016

Por otra parte, frente a la sentencia **SU 427 de 2016¹¹** hay que decir que en ella se analizó un caso en el cual el reajuste de la pensión de vejez de la accionante se efectuó sin tener en cuenta la hermenéutica del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que origina en un abuso del derecho, toda vez que se dispuso el aumento

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. **Fallo del 4 de agosto de 2010**. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09). Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁰ En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 19 de Junio de 2015, Magistrado Ponente Dr. Fabio Iván Afanador García, radicado No. 152383333752201400159-01.

¹¹ También se puede apreciar en este sentido: Consejo de Estado, Sección Segunda, **Sentencia de 9 de febrero de 2017**, Radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01, C. P.: César Palomino Cortés:

“[...] Siguiendo con el tema, recientemente, la Sección Segunda- Subsección “A” de esta Corporación, en sentencia del 26 de noviembre de 2016¹⁰, extendió, los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en el proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009), en esa oportunidad, expresamente reafirmó de manera categórica que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho». Igualmente, expuso las razones por las cuales, la particular interpretación de la sentencia C-230-15, no obliga a las demás Cortes de Cierre.

[...] Lo esbozado a lo largo de esta providencia, autorizan a la Sala para reiterar la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es, simple y llamante, atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental[...].
(Negrilla y subrayado fuera de texto).

¹¹ El Consejo de Estado en reciente pronunciamiento (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: William Hernandez Gomez. Radicación No. 11001-03-15-000-2017-01454-00. Actor: Josefina Vargas Martinez. Bogotá 12 de julio de 2017.) indico al estudiar una acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que aplico el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional y no la posición sentada por el Consejo de Estado al confirmar el acto de reconocimiento y liquidación de la pensión efectuada por el ISS fundamentado en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015; que acoger una u otra posición no implica un desconocimiento de la posición contraria a la escogida: (...)

En esa medida, no es cierto como el accionante lo afirma que el ad quem desconoció la posición de esta Corporación, sino que acogió su decisión con fundamento en la interpretación que consideró era la correcta respecto a los factores salariales y el IBL que debía aplicarse para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985.

Por lo tanto, no puede afirmarse que la autoridad demandada hubiese incurrido en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado o en un defecto sustantivo, toda vez que decidió acoger una de las posiciones desarrolladas al respecto por las Altas Cortes. (...). Sin embargo, como se ha venido sustentando ampliamente se acogerá el precedente del Consejo de Estado en el presente asunto.

de la prestación de \$3.935.780 pesos m/cte. a \$14.140.249 pesos m/cte. con fundamento en una vinculación precaria en encargo que tuvo la accionante como fiscal delegada ante un tribunal superior de distrito judicial por 1 mes y 6 días, período en el cual se incrementó considerablemente su asignación salarial y recibió una bonificación por gestión judicial, que a la postre también fue tenida cuenta para efectuar la liquidación de la mesada prestacional; de tal manera que se legitimó a la UGPP para acudir ante la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, para interponer el recurso de revisión de que trata el artículo 20 de la ley 797 de 2003 y cuestionar decisiones judiciales en las cuales se haya incurrido en un abuso del derecho. Por ello, será la entidad demandada quien en el evento de considerar que se está frente a un abuso del derecho, pueda hacer uso del recurso de revisión indicado en la ley y en los términos de la jurisprudencia, por lo que el Despacho tan solo asumirá la decisión que en derecho corresponda para cada caso en concreto; advirtiéndose, que en el presente caso la demandante no devengó factores salariales durante su último año que con fundamento en vinculaciones precarias derivadas de encargos puedan afectar notoriamente el monto de cotización y el monto de la pensión.

(iii) De los factores salariales que sirven para la liquidación de la pensión de jubilación

Al unificar la jurisprudencia acerca de los factores salariales a tener en cuenta en el ingreso base de cotización y de liquidación de la pensión para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, el Consejo de Estado, después de un análisis de la referida prestación, de los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral y la sostenibilidad de las finanzas públicas, además del concepto de factor salarial y sus características, aclaró que la mencionada lista de factores no es taxativa sino meramente enunciativa, y que, por tanto, esa relación no impide la inclusión de otros conceptos considerados como salario percibidos por el trabajador durante el último año de servicios. Así lo manifestó el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

*"(...) Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual **las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.** (...)”¹²*(Negrilla fuera del texto original)

En ese sentido, se concluye que se debe incluir en la liquidación los emolumentos que percibió el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por la labor desempeñada. La anterior decisión encuentra respaldo en una

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. **Fallo del 4 de agosto de 2010.** Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. En la cual a manera de ejemplo, se ha enunciado algunos conceptos que constituyen factor salarial:

"(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones**, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. (...)”¹²

(Subraya y negrilla fuera del texto original)

sentencia del 9 de julio de 2009, cuando al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978¹³, precisó que dicha disposición señalaba unos factores que debían ser entendidos como principio general sin que conllevara una relación taxativa de los mismos, pues de tomarse así "(...)se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.¹⁴"

A su vez, ha indicado el Consejo de Estado¹⁵ que lo expuesto en la referida providencia de unificación es de obligatorio cumplimiento:

"el fallo de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 (expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01)"..."con posterioridad al aludido fallo SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado no se ha pronunciado por vía ordinaria, de modo que no ha cambiado su criterio jurisprudencial consolidado en la mencionada sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 y en consecuencia, debe aplicarse al caso concreto, esto es, calcular el monto de la pensión del actor en atención a los factores salariales devengados durante el último año de servicios..."

Así las cosas, tanto la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación y por ende, es viable otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional¹⁶.

En consecuencia de todo lo expuesto el Despacho acogerá la postura establecida en el fallo de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 atendiendo a que ha sido un precedente retirado de manera uniforme de conformidad con los principios de progresividad y favorabilidad que rige en materia laboral.

(iv) CASO CONCRETO

De conformidad con lo expuesto, la señora MARLENY ROJAS DE CANO al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por haber nacido el 19 de octubre de 1946 (fl. 23) tenía derecho a que su pensión le fuese liquidada, en cuantía del 75% del promedio de los factores devengados en el último año de servicios.

En efecto, la demandante se pensionó cuando se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 y al momento en que ésta entró a regir (1º de abril de 1994) –por virtud del Decreto 691 de 1994 *"Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones"*–, contaba con más de 40 años de edad, por lo que se encontraba protegida por el régimen de transición previsto en el artículo 36 ibídem, el cual permite dar aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985.

¹³ Norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, a aquellos que se les aplica la Ley 6 de 1945.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

¹⁵ Consejo de Estado en sentencia proferida el 12 de noviembre de 2015, radicado No. 11001-03-15-000-2015-02747-00, Actor: Henry López López.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de fecha 2 de junio de 2016, expediente N° 25000-23-25-000-2012 0649-01(0145-15) Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández.



Por consiguiente, teniendo claro el régimen aplicable a la demandante, se observa que le fue reconocida pensión de vejez mediante resolución 2034 del 21 de diciembre de 2001 (fls. 19 a 20).

En aplicación a lo expuesto, la accionante tiene derecho a que su pensión se liquide con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios; año comprendido **entre el 20 de octubre de 2000 al 19 de octubre de 2001**¹⁷.

En lo atinente a los factores contemplados en el IBL, se tiene que la base de liquidación, en la resolución 2034 del 21 de diciembre de 2001 (fls. 19 a 20), por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia por vejez, estuvo compuesta únicamente por:

1.	ASIGNACIÓN BÁSICA
2.	PRIMA DE ALIMENTACIÓN
3.	PRIMA DE VACACIONES

Es por ello que para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan.

Revisado el certificado de factores salariales No. 2618 expedido por la Secretaria de Educación de Boyacá arrimado al expediente (fls. 21 a 22), los conceptos devengados por la actora durante el último año de servicio, esto es, **entre el 20 de octubre de 2000 al 19 de octubre de 2001** (fecha en que se retiró definitivamente del servicio¹⁸), consistieron en:

1.	ASIGNACIÓN BÁSICA
2.	PRIMA DE ALIMENTACIÓN
3.	PRIMA DE VACACIONES
4.	PRIMA DE NAVIDAD

De tal manera que, la pretensión relativa a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores constitutivos de salario está llamada a prosperar. Es necesario dilucidar que, estos conceptos constituyen factor salarial por retribuir los servicios del empleado público, y en el caso de las primas de vacaciones y de navidad, aunque no se encuadran en ese concepto, el artículo 45 del Decreto No. 1045 de 1978 les dio expresamente la antedicha connotación, constituyendo el referido Decreto en el presente asunto, 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.

De igual manera, teniendo en cuenta el caso expuesto en la sentencia SU 427/16 proferida por la Corte Constitucional, se encuentra que en el presente asunto el accionante no devengó durante su último año de servicios algún tipo de remuneración exorbitante que constituya factor salarial por concepto de algún tipo

¹⁷ Folio 20

¹⁸ Ibidem.



de encargo que pueda alterar la liquidación de la prestación notoriamente, por tanto se trata de una decisión que tiene fundamentos fácticos totalmente ajenos a los que se deciden dentro de la presente providencia.

Por lo tanto, fuerza concluir que debe accederse a las pretensiones de la demanda y disponerse la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la señora MARLENY ROJAS DE CASTRO, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, entre ellos aparte de los ya reconocidos (Asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones), el correspondiente a prima de navidad que fue omitido en el acto administrativo demandado, denegando para el efecto las excepciones propuestas por la entidad demandada. Excepto en lo concerniente a la excepción de prescripción que será objeto de estudio más adelante.

Lo anterior, impone declarar la nulidad parcial de la resolución No. 2034 de 21 de diciembre de 2001, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez.

En consecuencia, se ordenara la reliquidación de la pensión de la actora, con fundamento en el régimen anterior establecido en la Ley 33 de 1985, esto es, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de los factores salariales.

De igual manera, atendiendo la postura del Consejo Estado en la Jurisprudencia en cita se tiene que el hecho de que no se hayan efectuado aportes respecto de todos los factores salariales, no obsta para que no se incluyan los mismos, ya que, después de liquidar la pensión resulta procedente realizar los respectivos descuentos, razón por la que es pertinente ordenar que en caso que no se hayan hecho, la entidad demandada los realice al momento de efectuar la liquidación.

De la excepción de prescripción

Ahora bien, las mesadas pensionales, por tratarse de una prestación de carácter periódico, pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, vale decir, no opera la caducidad de la acción; sin embargo, sí hay lugar a la prescripción del derecho a percibir las. En lo pertinente el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

Como quiera que la actora adquirió el reconocimiento de su pensión de jubilación con efectividad a partir del 20 de octubre de 2001, a través de la Resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001, acto administrativo que le fue notificado personalmente el mismo día, visto a folio 20 vuelto del expediente y, como quiera que entre ésta fecha y la de la presentación del referido medio de control lo cual ocurrió el día 6 de abril del año en curso, conforme se coligue del acta individual de reparto obrante a folio 28 de las diligencias, se observa que operó el fenómeno de la prescripción trienal de las mesadas.



De tal manera, que la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación de la demandante se hará entonces con retroactividad al 6 de abril de 2014, atendiendo a la fecha de presentación de la demanda obrante a folio 27 del expediente, en el entendido que ha operado el fenómeno en mención de las mesadas causadas con anterioridad, prevista en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, toda vez que ya habían transcurrido más de tres (3) años contados a partir de la notificación del acto administrativo mediante el cual se reconoció la prestación del actor. Ello conforme al lineamiento expuesto por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia proferida dentro del proceso radicado bajo el No. 5001333100820060355-01, siendo Magistrada Ponente la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

Descuentos por concepto de aportes al Sistema General de Salud y Pensiones

Igualmente en este punto, acota el despacho que siendo un deber funcional de este estrado judicial sujetarse al precedente vertical conformado por los pronunciamientos de las Corporaciones jerárquicamente Superiores dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y que se concreta en una interpretación más favorable y progresiva en relación a las garantías de los derechos salariales, es así que atendiendo los reiterados pronunciamientos proferidos por el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁹, se dispondrá que la demandada en el presente caso, realice los descuentos que no se hubieren efectuado sobre los factores que se incluyen en virtud de esta sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos cinco años de la vida laboral por prescripción extintiva, en el porcentaje que correspondía al entonces empleado.

La posición asumida y reiterada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, sobreviene en torno a la postura sostenida por el Consejo de Estado en relación con los descuentos por aportes al Sistema de Seguridad Social, en sentencia del 19 de febrero de 2016, dentro del Expediente 2014096-01 M.P. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, en cuanto a la obligación de carácter parafiscal de las cotizaciones y cuyo pago es de carácter obligatorio.

Así mismo ha de referirse que el servidor debe aportar a seguridad social sobre todos los factores devengados, debe estar sujeta a un término de prescripción, como lo están todas las obligaciones, por lo que, dada su naturaleza de contribuciones parafiscales, debe acudir para el efecto al artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece un término de prescripción de la acción de cobro de cinco (5) años contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles (Ver entre otras providencia de 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz).

Por lo anterior, se ordenará a la entidad accionada que efectúe las deducciones por concepto de aportes para pensión sobre los factores que aquí se ordena incluir en la base de liquidación, respecto de los últimos cinco (5) años de la vida laboral de quien demanda. Estos descuentos deberán ser actualizados conforme al IPC y no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor quien demanda, y

¹⁹ Radicado 15001 2333 000 2015 0263-00 de 08 de marzo de 2016, demandante: Silvia Dolores Castro. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros; Radicado: 152383333001 2014- 00121-01 de 08 de marzo de 2016, demandante: Luz Marina Castañeda de Moreno. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros; Radicado: 15001 2333 003 2014 00002-02 de 08 de marzo de 2016, demandante: Ana Beatriz Reyes de Soracá. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros; 15001 3333 005 2014 00005-01 de 08 de marzo de 2016, demandante: Mariana Jimenez de Perez. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros.



Como agencias en derecho causadas dentro del presente litigio se fija el 4% del valor de las pretensiones, de conformidad con el numeral 3.1.2 del Acuerdo PSAA 16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, procede adoptar la siguiente sentencia:

FALLA

PRIMERO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la **resolución No. 2034 del 21 de diciembre de 2001** por medio de la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó una pensión de vejez a la señora MARLENY ROJAS DE CANO identificada con cédula de ciudadanía No. 33.368.421, en cuanto no se incluyeron todos los factores salariales devengados por el beneficiario del derecho pensional durante el año inmediatamente anterior a su consolidación.

TERCERO: Ordenar a la Nación- Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que a título de restablecimiento del derecho, reliquide la pensión reconocida a la demandante, tomando en cuenta para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, además de la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, lo devengado por concepto de **prima de navidad**, percibida durante el año inmediatamente anterior a la consolidación del derecho pensional.

CUARTO: Ordenar a la Nación- Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague al demandante las diferencias que resulten entre las mesadas **efectivamente devengadas** y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación ordenada en esta providencia. Este reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir del **6 de abril de 2014**, de acuerdo con los parámetros expuestos en la parte motiva de esta providencia, con los reajustes anuales de ley.

QUINTO: Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización:

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

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la mesada pensional decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se debió hacer el pago

de ser superiores, solamente se podrá descontar hasta la cuantía de éstas últimas. Lo anterior, según pauta fijada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, sobre el siguiente razonamiento: *“si quien concurre a la administración de justicia en calidad de demandante, al finalizar el proceso y sin haber sido demandado en reconvencción, culmina con una deuda a su cargo, parece ser que, atendiendo, como se ha explicado, a su condición de persona de especial protección, resultaría contradictorio y podría poner en riesgo su estabilidad económica y su vida digna”* (Ver entre otras providencias del Tribunal Administrativo de Boyacá de 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz).

Costas y agencias en derecho

Al respecto, el Consejo de Estado²⁰ estableció las reglas para la procedencia de la condena en costas y agencias en derecho al señalar:

“(…) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (…)”* (Negrilla y subrayado fuera del texto)."

En consideración a las reglas establecidas por la jurisprudencia el Despacho condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, en la medida que en el expediente se probó su causación, toda vez que la parte actora sufragó los gastos de notificación (fl. 33) y designó apoderado para obtener la reliquidación de pensión de jubilación. Las costas serán liquidadas por Secretaría y para el efecto debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda,– Subsección “A” C.P: William Hernández Gómez. Fecha siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01 No. Interno 1291-2014.

²¹ “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...)”



respectivo. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada mesada pensional.

SEXTO: Ordenar a la Nación- Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en caso de que por concepto del factor cuya inclusión se ordena, **esto es, la prima de navidad**, no se haya efectuado los descuentos respectivos para aportes pensionales, la entidad podrá descontarlos del valor resultante de la condena, debiendo dar aplicación al criterio fijado.

SEPTIMO: Ordenar a la Nación- Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

NOVENO: En los términos del artículo 5 del Acuerdo PSAA 16-10554 de AGOSTO 5 de 2016 y para efectos cumplir lo ordenado en el numeral anterior fíjese como agencias en derecho la suma del 4% del valor de las pretensiones.

DÉCIMO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el art. 114 y 115 del C.G.P, y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA.

UNDÉCIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI **y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.**

Las partes quedan notificadas en estrados, informándoles que de conformidad con el artículo 243 de la ley 1437 de 2011, contra la presente providencia procede el recurso de apelación, el cual lo podrán interponer y sustentar en ésta audiencia o dentro de los 10 días siguientes a su finalización.

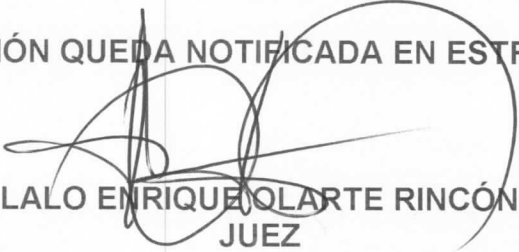
Se le concede el uso de la **palabra al apoderado de la parte demandada:** (Min 01:38

Se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandada: 01:38:29

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, siendo las 4:12 pm, y se firma por quienes intervinieron en ella, una vez verificada la correcta grabación en medio audiovisual.



LA ANTERIOR DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.


LALO ENRIQUE OLARTE RINCÓN
JUEZ

DEICY VIVIANA CUCHIA BAUTISTA
Apoderada Demandante

CESAR FERNANDO CEPEDA BERNAL
Apoderada Demandada


DAVID ANDRÉS BUSTAMANTE MERCADO
Secretario Ad hoc