

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, 06 MAR 2017

DEMANDANTE: JULIO ALFONSO ROA PINEDA
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 15001 3333 011 2016 00039-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por JULIO ALFONSO ROA PINEDA contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

I. ANTECEDENTES:

1.- Pretensiones:

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor JULIO ALFONSO ROA PINEDA, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 2308 del 28 de diciembre de 2006, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, que corresponden a asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad.

Finalmente, pide que de la mesada que resulte se realicen los reajustes de ley, que se hagan los ajustes de valor conforme al índice

de precios al consumidor; que se ordene el pago de intereses moratorios y el cumplimiento de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A. Así mismo, que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.- Hechos:

El apoderado de la parte actora refiere que el demandante JULIO ALFONSO ROA PINEDA nació el 10 de junio de 1951 y que su última afiliación en el sistema de seguridad social en pensiones fue en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Refiere que mediante Resolución No. 2308 del 28 de diciembre de 2006, le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, a partir del 11 de junio de 2006, en cuantía de un millón cuatrocientos quince mil doscientos cincuenta y nueve pesos (\$1'415.259) m/cte y que la misma fue liquidada solamente con la asignación básica, excluyendo la prima de alimentación, prima de grado, doceava de la prima de vacaciones y doceava de la prima de navidad.

3.- Normas Violadas y Concepto de la Violación:

Señala que con la expedición del acto administrativo acusado se desconocieron los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; literal a) de artículo 2º y artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, artículo 81 de la Ley 812 de 2003, artículo 15 numeral 1º inciso 1º y artículo 2º numeral 5º de la Ley 91 de 1989; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; inciso 3 del art. 3 de la Ley 33 de 1985, Ley 812 de 2003; art. 1 de la Ley 62 de 1985.

Afirma que el acto acusado desconoció sin justificación alguna el régimen aplicable al docente, como quiera que no se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Manifiesta que existe acuerdo entre las partes frente al derecho pensional que le asiste al demandante y que por tal motivo se reconoció pensión ordinaria de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la cual corresponde al 75% de lo devengado el año inmediatamente anterior a cumplir el estatus de pensionado.

Señala que existe discrepancia con la entidad demandada en cuanto a los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión,

que según el Fondo solo se tiene en cuenta la asignación básica desconociendo los demás factores salariales.

Expone que la Resolución acusada es ilegal por infracción manifiesta de la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 1 ° y 2 °, literal b) y violación al derecho a la igualdad, al haber omitido en la liquidación de la pensión todos los factores que constituyeron el salario devengado en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus de pensionado, así mismo infiere que se aplicó de manera errónea al caso el art. 81 inciso 1 de la Ley 812 de 2003 y no la contenida en el art. 15 de la Ley 91 de 1989.

4.- Contestación de la demanda:

4.1.- La Nación – Ministerio de Educación Nacional-FNPSM- (fl. 50 al 59.):

Señala que como quiera que el demandante se vinculó como docente, el régimen aplicable es el contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que son las normas que rigen las prestaciones económicas y sociales para los empleados públicos del orden nacional.

Expone que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones se deben liquidar sobre los factores que hayan servido para calcular los aportes, "*...siempre y cuando éstos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema...*" (f. 54).

Indica que no es correcta la interpretación que se da respecto a que en la reliquidación pensional se debe incluir todos los factores que constituyen salario, con fundamento en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, como quiera que dicha providencia no tiene la calidad de sentencia de unificación jurisprudencial, figura que fue introducida con posterioridad por el CPACA.

Por último, formula las excepciones de "integración del contradictorio", "falta de legitimación por pasiva" y "prescripción".

5.- Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar (fl. 123-124) dentro de la audiencia de pruebas realizada el 8 de noviembre de 2016, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES:

- **De la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

Alega la parte demandada que la Nación-Ministerio de Educación no expidió los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales que se discuten en el presente caso, sino que fueron expedidos por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. Afirma que el Ministerio de Educación perdió la facultad de nominador del personal docente oficial, función que pasó a los entes territoriales, a quienes corresponde la administración del personal docente. Señala que los recursos para el pago de las prestaciones del personal docente son manejados mediante contrato de fiducia, y por ello, el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia alguna en los citados recursos ni el trámite de reconocimiento de las prestaciones.

Ahora bien, frente al tema relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2013, señaló:

"...No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las

prestaciones sociales a los docentes oficiales.¹ (Negrilla fuera del texto).²

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de 12 de diciembre de 2014, siguiendo la línea argumentativa del Consejo de Estado, concluyó que la participación de las entidades territoriales en la expedición de los actos administrativos que reconocen y liquidan prestaciones sociales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se enmarca en una labor de simple tramitador, toda vez que actúan como agentes del orden nacional en virtud de la descentralización territorial:

"...Teniendo en cuenta que la obligación de pago y reconocimiento de las prestaciones sociales está a cargo del Fondo, la suscripción del acto administrativo por el Secretario de Educación es una mera formalidad que sólo tiene el alcance de enunciar la perfección del acto administrativo, el cual se expide a nombre y en representación del referido Fondo.

(...) De las normas citadas, la Sala deduce que, a pesar de ser el Departamento de Boyacá quien proyecta los actos administrativos acusados en la presente acción, las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia u autónoma.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia del 08 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

² Lo anterior fue reiterado en pronunciamiento de fecha 08 de febrero de 2016, a través del cual el Máximo Tribunal confirmó una providencia proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Atlántico, en la que se declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva. Se dijo entonces:

"...Reitera el Despacho conforme lo expuesto en la parte considerativa de ésta providencia, que para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas las cesantías, la Secretaría de Educación del Municipio del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria, actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo ésta la encargada de elaborar el proyecto de resolución que reconoce o niega la prestación social, resolución que con posterioridad debe ser aprobada o no por la sociedad fiduciaria, quien administra los recursos del Fondo de Prestaciones.

En efecto, no hay duda de que es a la fiduciaria representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Bajo estos supuestos, (...) si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece la docente peticionaria, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."

Así las cosas, estima el Despacho que debe prosperar la excepción de falta de legitimación por pasiva alegada por el Departamento del Atlántico en razón a que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante...

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia de 18 de diciembre de 2014. Rad.: 68001-23-33-000-2012-00370-01 (2935-13). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve Auto interlocutorio – apelación. Ver también providencia del 08 de febrero de 2016 Subsección B, Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P: Gerardo Arenas Monsalve.

*Es preciso advertir que la descentralización determina el ejercicio de competencias propias, y no de un ente diferente, como es la Nación para el caso concreto. Luego, la Secretaría de Educación-Departamento de Boyacá actúa **como agente del orden nacional.**"³ (Negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, en vista de que la actuación desplegada por las entidades territoriales se enmarca en una simple formalidad, que no obedece a un actuación propia y por tanto no tiene injerencia alguna en el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se concluye entonces que es éste último el llamado a responder por la condena que se llegare a imponer y por ello, atendiendo al precedente fijado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta procedente declarar no probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- **Cuestión previa:**

Previo a abordar el fondo del asunto, precisa el Despacho que la demanda de la referencia está dirigida a obtener la reliquidación pensional con la inclusión de lo devengado en el año anterior a la adquisición del estatus pensional (11 de junio de 2006), sin embargo, en el trámite del proceso se advirtió que el actor se retiró del servicio con posterioridad a dicha fecha, motivo por el cual y tratándose de un asunto de carácter pensional, el Despacho considera debe darse aplicación al principio de favorabilidad en materia laboral, que en lo que interesa al *sub lite* opera cuando "*existe una sola norma que admite varias interpretaciones*"⁴.

Así las cosas, como quiera que la Ley 33 de 1985, disposición a la cual remite la normativa aplicable a los docentes y que invoca la parte actora para sustentar su pretensión de reliquidación, establece que la pensión deberá liquidarse con el "*setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio*"; en la que se advierte que no se especifica si el último año de servicio será al estatus o al retiro; resulta imperioso dar aplicación al aludido principio de favorabilidad, y en tal sentido, el Despacho resolverá el problema jurídico señalado en audiencia Inicial, analizando si existe el derecho a la reliquidación pensional con los factores devengados durante el año anterior al

³ Tribunal Administrativo de Boyacá. Auto de fecha 12 de diciembre de 2014, radicación No. 2012-00062-01. M.P. Fabio Iván Afanador García

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-350 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

retiro del servicio, dado que los montos por concepto de factores salariales que percibió el demandante resultan ser superiores a los percibidos en el año anterior a la fecha de adquisición del estatus, lo que se traduce en el incremento de su mesada pensional, en el evento en que le asista el derecho a la reliquidación pensional.

1.- PROBLEMA JURÍDICO:

La controversia se circunscribe al estudio de legalidad de la Resolución No. 2308 del 28 de diciembre de 2006 proferida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá. Para el efecto se deberá determinar el régimen pensional aplicable al demandante JULIO ALFONSO ROA PINEDA y si tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad que devengó en el año anterior al retiro del servicio, que según lo estableció el Despacho, transcurrió entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2010.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2. Régimen pensional de los docentes:

El Despacho destaca que las normas que rigen el derecho pensional del demandante son las siguientes: el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 señala que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el **establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley**. A renglón seguido señala que *"Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, ..."*.

Es así, que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda, **según la fecha en que se hayan vinculado al servicio, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003**, es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial.

Así, el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados antes del 27 de junio de 2003 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003), **es el establecido en las disposiciones legales vigentes hasta esa fecha**, sin que termine el 31 de julio de 2010; el de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de la Leyes 100 de 1993, 797 de 2003.

En concordancia con lo anterior, es de recordar en primer término que el Decreto 2277 de 1979 "*Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*", nada dispuso respecto al régimen pensional de los docentes, sino que fue la Ley 91 de 1989 "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*" la que se ocupó del tema disponiendo que: **i)** los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes y; **ii)** los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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**. Por su parte, las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 remiten a la Ley 91 de 1989, en lo que refiere a asuntos prestacionales.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior por el Despacho, es pertinente aclarar que: **i)** el Consejo de Estado ha precisado que las normas vigentes a la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989 (29 de diciembre de 1989), no eran otras que las **Leyes 33 y 62 de 1985**, normas generales del sector público que dejaron a salvo los regímenes exceptuados y estableció un régimen de transición remitiendo a las normas anteriores, como los Decretos 3135, 1848 y 1045 citados; **ii)** el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ello, es que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 que resulta aplicable a los docentes oficiales las disposiciones de la Ley 100 de 1993, y por ello, también, la aplicación de las normas anteriores a esta última se hace **en virtud de la remisión que hace la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003, y no del régimen de transición de la Ley 100 de 1993**.

Así, como el demandante ingresó al servicio docente oficial el 21 de febrero de 1978, según se desprende de la Resolución 2308 del 28 de diciembre de 2006, por la cual se reconoció y ordenó el pago de

su pensión de jubilación (fl. 23-24), es evidente que el régimen pensional que lo cobija es el anterior al establecido en la Ley 100 de 1993 (**según remisión que hace la Ley 812 de 2003**), es decir, que tiene derecho a que, para efectos del reconocimiento y liquidación de su pensión de jubilación, se le apliquen las disposiciones de la Ley 33 de 1985. Precisa el Despacho que quien demanda no se encuentra en el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 y que remite a normas anteriores a ésta, por lo cual, el presente caso habrá de analizarse y decidirse a la luz de las leyes 33 y 62 de 1985.

Teniendo en cuenta que en el sub examine nada se discute respecto al monto de la pensión, ni al cumplimiento de las condiciones de edad y tiempo de servicios de quien demanda, el Despacho procederá a referirse especialmente a los factores que deben ser tenidos en cuenta en el ingreso base de liquidación, que ya que en torno a este punto gira la controversia en el asunto de la referencia.

3. Del monto y los factores de liquidación:

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 estableció que el monto de la pensión de jubilación a que tendrían derecho los servidores públicos cobijados por ésta sería equivalente **i)** al setenta y cinco por ciento (75%) **ii)** del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Ahora bien, respecto a los **factores base de liquidación** de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010) unificó el criterio de interpretación, considerando que *"...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, (...), a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión 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**"*⁽⁵⁾ (Negrita fuera de texto). Pronunciamiento que se apoyó en sentencia que consideró lo mismo al interpretar al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 ⁽⁶⁾. En la sentencia de unificación se dejó claro que debía disponerse el descuento de los aportes correspondientes a los

⁵CE 2, Ago. 4 de 2010, e 0112-2009, V. Alvarado.

⁶CE 2, Jul. 9 de 2009, e 0208-2007, B. Ramírez.

factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal alguna.

Así las cosas, quien demanda, como beneficiario del régimen de pensional establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y aplicando la pluricitada sentencia de unificación del Consejo de Estado, tiene derecho a una pensión de jubilación correspondiente al 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios.

Respecto a los factores salariales devengados por anualidades como lo son bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios, el reajuste se realizará sobre una doceava parte de tales factores.⁷

4.- CASO CONCRETO:

Se encuentra acreditado entonces que el accionante adquirió status de pensionado el 10 de junio de 2006 (fls. 23-24) y que durante el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status, devengó según certificación expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá: **asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad** (fls. 28-29).

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la **Resolución No. 2308 del 28 de diciembre de 2006** (fls. 23-24), dispuso reconocer y pagar al docente JULIO ALFONSO ROA PINEDA una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$1.415.259 m/cte., efectiva a partir del 11 de junio de 2006, teniendo en cuenta solamente la **asignación básica**.

Posteriormente mediante **Resolución N° 004277 del 21 de diciembre de 2010**, la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá aceptó la renuncia del señor JULIO ALFONSO ROA PINEDA **a partir del 31 de diciembre de 2010** y conforme al certificado de salarios aportado, el demandante en el último año de servicio, esto es del 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de la misma anualidad, devengó los siguientes factores salariales: **Asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad**. (fls. 137-139).

⁷ Sentencias del Tribunal Administrativo de Boyacá proferidas el 15 de diciembre de 2016, dentro de los procesos 15001 3333 011 **2014 00097-02** y 15001 3333 011 **2014-00210-01** M.P. Dr. Fabio Iván Afanador García.

Por lo tanto, acogiendo el criterio jurisprudencial antedicho, es claro que en el presente caso ha debido liquidarse la pensión de la demandante en cuantía del 75% de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio, teniendo en cuenta los demás factores salariales certificados, es decir, **asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad.**

Por último, el Despacho advierte que al realizar la liquidación de la pensión de jubilación del demandante, sobre los valores percibidos a la fecha de retiro del servicio (2010), resulta ser más beneficioso toda vez que los montos que por concepto de factores salariales que percibió el demandante en esa fecha, resultan ser superiores a los percibidos en el año anterior a la fecha de adquisición del estatus, en consecuencia y tratándose de un asunto de carácter pensional se reitera que en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral se ordenará a la entidad demandada reliquidar la pensión con los factores y valores percibidos a la fecha de retiro del servicio.

4.1. De la prima de navidad:

Respecto a la prima de navidad como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación, señálese que esta se encuentra enunciada en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 como factor de salario "*para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales*". Si bien es cierto que el mencionado decreto no ampara el derecho pensional de quien demanda, pues, como ya se expuso, el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; también lo es, que el Consejo de Estado ha señalado que los factores enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (sin ser taxativos) "*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*"⁸. Por lo que procede la inclusión del mismo dentro del IBL.

4.2.- De la prescripción:

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, a falta de norma expresa, se aplica la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del 1848 de 1969. En aplicación de las anteriores normas, teniendo en cuenta que el

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 8 de agosto de 2011, expediente 1120-09. M.P. Alfonso Vargas Rincón

derecho se hizo exigible a partir de su reconocimiento mediante Resolución No. 2308 del 28 de diciembre de 2006 y como quiera que la parte demandante no acreditó haber presentado reclamo escrito ante la autoridad competente para que se interrumpiera la prescripción por un término igual, se tiene que la prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda.

Así las cosas, como la demanda se presentó el 19 de abril de 2016 (fl. 22), se tiene que el fenómeno prescriptivo afectó la diferencia de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de abril de 2013.

4.3.- De los aportes:

En virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad fiscal, debe existir correspondencia entre los factores sobre los que se calculan los aportes a la seguridad social y los que constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión. En casos como en el presente, en el que no se cotizó respecto de los factores con los que se ordena la reliquidación de la prestación, se impone ordenar a la entidad demandada que al momento de reconocer y pagar las diferencias causadas, efectúe el descuento que corresponda a los aportes sobre aquel factor que no fue objeto de cotización en su momento.

Atendiendo la posición asumida y reiterada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la obligación del servidor de 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 acudirse para el efecto al artículo 817 del Estatuto Tributario, que establece un término de prescripción de la acción de cobro de cinco (5) años⁹.

Por lo anterior, se ordenará a la entidad demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que efectúe las deducciones que correspondan por concepto de aportes para pensión sobre los factores que aquí se ordenan incluir en la base de liquidación, respecto de los cinco (5) años anteriores al retiro del servicio (2006-2010). Estos descuentos deberán ser actualizados conforme al IPC y no deben superar el monto de las diferencias causadas a favor quien demanda, y de ser superiores, solamente se podrá descontar hasta la cuantía de éstas últimas. Lo anterior, según pauta fijada por el

⁹ Ver entre otras providencia la del 9 de marzo de 2016, referencia 2013-0212, Actor: Marina del Carmen Blanco de Muñoz

Tribunal Administrativo de Boyacá, bajo 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"*¹⁰.

4.4.- De las costas y agencias en derecho:

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas, por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el expediente con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió el demandante (gastos de notificación) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que representara los intereses de la demandante en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Así las cosas, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho la suma del 3% del valor de la condena.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 2308 del 28 de diciembre de 2006, proferida por la Nación –

¹⁰ *Ibidem.*

Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo antes expuesto.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reliquide la pensión de jubilación del señor JULIO ALFONSO ROA PINEDA, efectiva a partir del 1º de enero de 2011, teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio como docente, que comprende desde 1 de enero al 31 de diciembre de 2010, estos son, **la asignación básica, la prima de alimentación, prima de grado, 1/12 prima de vacaciones, 1/12 prima de navidad.**

CUARTO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar a favor de la demandante la diferencia entre las mesadas pensionales devengadas y las que resulten de la reliquidación ordenada, desde el **19 de abril de 2013**, por haber operado el fenómeno de prescripción de las diferencias de las mesadas causadas antes de esta fecha. Sumas éstas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE y de las cuales deberán hacerse los descuentos con destino al sistema de seguridad social.

QUINTO: Las sumas que resulten en favor del accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas. Además, se dispondrá que de las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente de las diferencias salariales, deberán hacerse los descuentos con destino a seguridad social en salud.

SEXTO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá descontar de las anteriores sumas los aportes que no se hubieran efectuado para pensión sobre los factores con los que se ordena la reliquidación, correspondiente a los cinco (5) años anteriores al retiro del servicio (2006-2010) del señor Julio Alfonso Roa Pineda por prescripción extintiva, teniendo en cuenta que le fue aceptada renuncia a partir del 31 de diciembre de 2010; sumas que deberán ser actualizadas con el IPC. El monto de máximo de descuento por este concepto no podrá superar el valor de la condena a su favor.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

DÉCIMO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese a cargo de la parte vencida como agencias en derecho la suma del 3% del valor de la condena.

DÉCIMO PRIMERO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

DÉCIMO SEGUNDO: 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.

DÉCIMO TERCERO: NOTIFICAR por Secretaría el contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez