



*República de Colombia*  
*Rama Judicial del Poder Público*  
*Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja*

Tunja, diecinueve (19) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**Demandante: Guillermo Sandoval Ruiz**  
**Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**  
**Radicación : 150013333011201500114-00**  
**Medio : Nulidad y restablecimiento del derecho**

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Guillermo Sandoval Ruiz, 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 Guillermo Sandoval Ruiz, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 004970 del 02 de septiembre de 2013, 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 solicita que se ordene la reliquidación y pago de la pensión, en donde se incluyan todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, con efectos fiscales a partir del 15 de septiembre de 2012.

Finalmente, pide que se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de las diferencias pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de adquisición del status de pensionado; que se ordene el pago de intereses de moratorios y el cumplimiento de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 192 del CPACA. Así mismo, que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

## **2. Hechos**

El apoderado de la parte actora refiere que el demandante nació el 14 de septiembre de 1957 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. 004970 del 02 de septiembre de 2013, le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, a partir del 15 de septiembre de 2012, en cuantía de dos millones veintiún mil ciento noventa y ocho pesos (\$2.021.198) m/cte y que la misma fue liquidada solamente con la asignación básica, horas extras y prima de vacaciones, excluyendo 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 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; artículo 15 numeral 1° inciso 1° y artículo 2° numeral 5° de la Ley 91 de 1989; artículo 7° del Decreto 2563 de 1990; artículo 3° del Decreto Ley 2277 de 1979; literal a) de artículo 2° y artículo 12 de la Ley 4ª de 1992; artículo 1° del Decreto Reglamentario 1440 de 1992; artículos 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; Ley 65 de 1946; artículo 4° de la Ley 4 de 1966; artículo 5° del Decreto 1743 de 1966; artículo 1° parágrafo 2° de la Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6 de 1945; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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

Sostiene que la Entidad demandada desconoció principios de la dignidad humana y del Estado Social del Derecho al no incluir en la pensión todos los factores salariales, desconociendo además el mínimo vital y móvil, como la situación más favorable para el trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Expone que el acto acusado incurre en falsa motivación porque se apoya de manera equivocada en el Decreto 3752 de 2003, el cual solo es aplicable a quienes se vincularon con anterioridad a la Ley 812 de 2003 y además niega de forma injustificada la inclusión de todos los factores salariales desconociendo el régimen especial de los docentes.

Finalmente trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado para referir que conforme a los principios de progresividad, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formalidades, la pensión de jubilación se debe reliquidar incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio y que no hayan sido reconocidos por la Entidad accionada.

#### **4. Contestación de la demanda**

La apoderada judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (fl. 31 s.):

Señala que como quiera que el demandante se vinculó como docente, de conformidad con el inciso 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, 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.

Manifiesta que la pensión que en derecho le corresponde al actor se debe calcular teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, por lo que no le asiste razón a la parte demandante cuando alega que debió incluirse todos los factores devengados aun sin estar consagrados en la referida norma.

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. 32). Agrega que la Entidad no puede reconocer, motu proprio, factores distintos a los establecidos en las precitadas normas y que el Decreto 3752 de 2003 modificó el ingreso base de liquidación de las prestaciones, sujetándolos a los factores previstos para cotización, razón por la cual el Fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a dicho Decreto, factores diferentes a los cotizados, pues la medida adoptada por la precitada normatividad constituye una medida de equilibrio que busca proteger las reservas del Fondo y garantizar la continuidad del sistema.

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.

Añade que de conformidad con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional para establecer el monto pensional, solo se deben tener en cuenta los conceptos que han servido de base para el pago de aportes a seguridad social como establece la Ley 100 de 1993

Por último, formula la excepción de “*prescripción*”, sustentada en que se debe declarar dicho fenómeno en caso de una eventual condena, en los términos de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

## **5. Alegatos de conclusión**

Corrido el traslado para alegar (fl. 76), **las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.**

### **III. CONSIDERACIONES**

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

#### **1. Problema jurídico**

La controversia se contrae a determinar, si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de lo devengado en el último año de servicio, con la inclusión de todos los factores que constituyen salario.

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 el Decreto 2277 de 1979, por medio del cual se adoptaron las normas para el ejercicio de la profesión docente, no hizo ninguna previsión en torno a la pensión ordinaria de jubilación; fue la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, la que determinó en su artículo 15 que el régimen aplicable a los docentes sería el de los pensionados del sector público nacional.

Posteriormente la Ley 60 de 1993 dispuso en su artículo 6º que los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales quedarían sometidos, en cuanto a la pensión de jubilación ordinaria, a lo previsto en la Ley 91 de 1989, previsión que se reiteró en la Ley 115 de 1994.

En razón a las regulaciones así expuestas el Consejo de Estado en pronunciamiento de 24 de noviembre de 2005 expediente 2000-00030-01 Actor Eusebio Leal Muñoz, concluyó que los docentes tienen un régimen pensional especial sólo en lo que tiene que ver con la pensión gracia, pero

no en lo atinente a la pensión ordinaria, la cual era susceptible de ser reconocida según el régimen general de pensiones vigente, **hasta antes de la expedición de la Ley 100 de 1993**. Así pues, a fin de obtener el derecho a la pensión los docentes, se han sometido a los regímenes pensionales ordinarios previstos en las siguientes normas:

- **Ley 6ª de 1945** precepto que establecía como requisito para tener derecho a la pensión, sin distingo de sexo, llegar a la edad de 50 años y haber laborado 20 años de servicio continuo o discontinuo para el Estado;
- **Ley 33 de 1985**: que fijó la edad de reconocimiento en 55 años sin distingo de sexo;
- **Ley 71 de 1988**: determinó en 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, la edad para obtener el estatus pensional, **para el caso de pensiones por aportes**;
- **Ley 812 de 2003**: en su artículo 81 dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados a la fecha en que ésta fue expedida sería el establecido en las disposiciones vigentes; y que los docentes vinculados con posterioridad a su expedición tendrían “...*los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres...*”.

Es del caso anotar que la Ley 100 de 1993, no rigió en forma directa las pensiones de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, dado que los exceptuó de su aplicación por expresa previsión de su artículo 279.

Así las cosas, se concluye que la pensión de jubilación de **los docentes vinculados hasta antes del 27 de junio de 2003**, se encuentran sometidos al régimen previsto en 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.

### 3. De los factores de liquidación

El Despacho advierte que si bien es cierto la Ley 62 de 1985, estableció un listado de factores con los cuales deben ser liquidadas las pensiones y algunas sentencias adoptaron la tesis según la cual los factores enlistados eran los únicos que podían ser tenidos en cuenta en la base de liquidación, la posición dominante y actual línea jurisprudencial, depurada en la sentencia de 4 de agosto de 2010, radicación interna: (0112-09), actor: Luis Mario Velandia, concluyó que *“...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...”*.

Seguidamente agregó el Alto Tribunal 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...”*, advirtiendo que tal conclusión obedece al carácter de salario diferido que tiene la pensión y en atención a los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral.

Así mismo precisó el Consejo de Estado, que las finanzas públicas no pueden convertirse en una limitante al acceso a las prestaciones sociales o en justificación a la disminución de sus garantías, fundamentos que por ser

compartidos por este Despacho, serán acogidos en su totalidad, de manera que todos aquellos emolumentos que tengan el carácter de factor salarial, como quiera que son devengados periódicamente por el trabajador en razón a la prestación del servicio y que no constituyan sumas tendientes a cubrir los riesgos que deba asumir el trabajador, se concluye que deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión.

En lo que respecta al argumento expuesto por la Entidad demanda referido a que la sentencia de 4 de agosto de 2010, no tiene la condición de sentencia de unificación, dado que no cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 171 del CPACA, ha de señalarse en primera medida, que para la fecha en que se profirió dicha sentencia no se encontraba vigente el citado precepto.

En segundo lugar, dirá el Despacho que la discusión planteada por la parte demandada se encuentra superada, habida cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil en pronunciamiento de 16 de febrero de 2012, radicado 11001-03-06-000-2011-00049-00 (2069), luego de analizar el contenido del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, señaló que *“...a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993 (art.36) se les aplica la ley 33 de 1985...”* y que como se transcribió en precedencia, *“...frente a esta pluralidad de enfoques, la sentencia analizada resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición...”*, con lo cual concluyó que la sentencia de 4 de agosto de 2010 objeto de debate, tiene la fuerza vinculante de un precedente de unificación.

En lo que refiere al planteamiento de la demandada respecto de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, en el sentido de que solo se deben tener en cuenta los conceptos que han servido de base para el pago de aporte a seguridad social como establece la Ley 100 de 1993.

Considera este Despacho que no es posible afirmar que los precitados fallos contengan la única interpretación constitucionalmente admisible del artículo

36 de la Ley 100 de 1993, dado que en los mismos no se debatió la constitucionalidad de las normas que integran la Ley 33 de 1985 y tampoco se efectuó un estudio de exequibilidad frente al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, no se puede concluir que constituyen un precedente obligatorio para casos como el presente, aunado a lo anterior el Honorable Consejo de Estado en sentencia de tutela de fecha 12 de noviembre de 2015, radicado No. 11001-03-15-000-2015-02747-00 señaló que el acatamiento al fallo SU-230 de 2015 en casos como el que aquí se debaten, implicaba el desconocimiento del precedente judicial sentado por esa Corporación en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, el cual no ha variado y por tanto debe aplicarse.

Así mismo, dicha Corporación puso fin a dicha controversia en sentencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, referencia 4683-2013, Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón, en el aclaró que: *“En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, dado que dentro de sus competencias, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, y que a su interior se aplican no uno sino múltiples regímenes normativos especiales de pensiones, en virtud del régimen de transición pensional, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013.”* Y reiteró que *“... el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la*

*referida sentencia de control constitucional, “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”.*

En razón de lo expuesto, es necesario concluir entonces, que en aquellos casos que el trabajador es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es preciso liquidar la pensión atendiendo a lo dispuesto en el régimen anterior, que para el presente caso es la Ley 33 de 1985, la cual señala como base para la liquidación el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) incluyendo todos los factores que constituyen salario, devengados durante el último año de servicios.

#### **4. Del caso concreto**

Según se observa, al momento del reconocimiento de la pensión del demandante, se tuvieron en cuenta los siguientes factores en la Resolución 004970 del 02 de septiembre de 2013 (fl. 16):

- Asignación básica,
- Prima de alimentación,
- Horas extras y
- Prima de vacaciones.

Sin embargo, según se desprende del certificado de salarios expedido la Secretaría de Educación de Boyacá (fl. 59-61), para las vigencias 2011 y 2012, que corresponden al último año de servicios del demandante, además de los factores que se le tuvieron en cuenta en la liquidación, devengó la prima de navidad, de manera que teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, se debe concluir entonces, que el accionante tiene derecho a la reliquidación de la pensión, para que se incluya el citado factor de liquidación omitido en el acto enjuiciado.

En consecuencia, se declarará la nulidad de la Resolución enjuiciada y se ordenará la reliquidación de la pensión para que se incluya, además de los factores reconocidos, **la prima de navidad.**

## **5. De los aportes**

El Despacho advierte que el hecho que al funcionario no se le hayan hecho los descuentos correspondientes sobre todos los conceptos salariales, no afecta el reconocimiento de ellos dentro de la liquidación de la mesada pensional, como quiera que la omisión en los descuentos correspondientes por parte del empleador no tiene por qué afectar el derecho pensional.

Frente al tema, el Consejo de Estado en la sentencia de 25 de marzo de 2004, radicado interno 0890-03, señaló que *“...cuando se trate de una pensión de régimen especial, al empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, sino se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1º de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad de este inciso...”*.

Así las cosas, se ordenará a la Entidad accionada que efectúe las deducciones a que haya lugar si el demandante no cotizó respecto del factor salarial que aquí se ordena incluir como base de liquidación.

## **6. De la excepción de prescripción**

Se observa que la liquidación de la pensión del actor fue reconocida a través de la Resolución No. 004970 del 02 de septiembre de 2013, efectiva a partir del 15 de septiembre de 2012 (fl. 16), interrumpiéndose la prescripción con la presentación de la demanda el 28 de mayo de 2015 (fl. 18), razón por la cual se concluye que la prescripción no operó en el caso de autos.

## **7. De las costas**

Se condenará en costas 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 CGP.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLARASE no probada** la excepción de **Prescripción**, formulada por la Entidad accionada.

**SEGUNDO: DECLARASE** la nulidad de la Resolución No. 004970 del 02 de septiembre de 2013, proferida por el Secretario de Educación de Boyacá, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor Guillermo Sandoval Ruiz, sobre el ingreso base de liquidación del 75% de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo además de los factores ya reconocidos, **la prima de navidad**. Se advierte a la Entidad demandada, que si el accionante no cotizó sobre dicho factor salarial, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dineros a reconocer.

Las sumas que resulten en favor de la 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).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse cada pago.

**CUARTO:** Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del CPACA.

**QUINTO:** Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con lo previsto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

**SEXTO:** 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 expresa del artículo 306 del CPACA.

**SEPTIMO:** 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.

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

  
**PATRICIA SALAMANCA GALLO**  
Juez