TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 No. 8-90 PISO 2 INTERIOR 2
TELÉFONO 6359097 FAX 6356688

Yopal, Casanare, primero (1) de agosto de dos mil trece (2013)

Referencia:	**Radicación No. 85001 2331 001 2012 00232 00**
Medio de Control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL**
Demandante:	**ROGELIO ANTONIO RINCÓN**
Demandado:	**NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Asunto:	Pensión ordinaria docentes Ley 33 de 1985: ingreso base de cotización (IBC) e ingreso base de liquidación (IBL). Régimen de transición Ley 33 de 1985: enumeración enunciativa. La pensión de jubilación debe liquidarse sobre todos los factores constitutivos de salario. La sentencia C-258 de 2013 no aplica al caso.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

I.- OBJETO

Surtidas las dos primeras etapas contempladas en el artículo 179 del CPACA y desarrollada en debida forma la audiencia inicial prevista en el artículo 180 ibídem, procede el Tribunal en Sala de decisión a proferir sentencia dentro del ordinario de restablecimiento de la referencia.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES Y EL MINISTERIO PÚBLICO

De la revisión de la actuación adelantada hasta el momento se establece que:

1). LA DEMANDA

En el libelo demandatorio se solicitaron como **pretensiones** las siguientes:

1.1.- Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a. Resolución No. 109 del 5 de agosto de 2004, por medio de la cual el Ministerio de Educación Nacional, a través del FNPSM, reconoció al ciudadano **ROGELIO ANTONIO RINCÓN** su pensión de jubilación teniendo como IBL la asignación básica.

b. Resolución No. 152 del 11 de octubre de 2004, a través de la cual el mismo órgano resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo.

c. Oficio OPS-1902 del 4 de mayo de 2009, en el cual el FNPSM/ Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio de Casanare, negó la revisión de la pensión del demandante en respuesta al derecho de petición efectuado el 13 de abril de 2009.

d. Oficio 2121 del 11 de agosto de 2010 por el cual el FNPSM/ Dirección Administrativa de la Gobernación de Casanare, negó la revisión de la pensión de jubilación del accionante en respuesta al derecho de petición radicado el 10 de agosto de 2010.

1. 2.- Consecuencialmente a la declaración anterior y para restablecer el derecho solicitó que se ordene:

a. Reliquidar la pensión de jubilación del demandante incluyendo para ello todos los factores salariales pagados y certificados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus, esto es, sobresueldo, prima de clima, prima de grado, prima de escalafón, movilización, prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores que por ley le deban ser pagados a partir del 1 de febrero de 2004.

b. Reajustar sobre las mesadas pagadas el IPC con base en el artículo 178 del C.C.A.

c. Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A., y si no ello no se da se paguen intereses comerciales e intereses moratorios después de ese término conforme al artículo 177 del C.C.A.

Las anteriores peticiones se sustentaron básicamente en los **hechos** que se indican a continuación:

1.- El docente Rogelio Antonio Chaparro Rincón prestó sus servicios como docente del nivel territorial al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Casanare por más de 20 años.

2.- El accionante en la actualidad tiene más de 55 años de edad.

3.- En la Resolución No. 109 del 5 de agosto de 2004 se le reconoció al accionante su pensión de jubilación pero para su liquidación solo se tuvo en cuenta la asignación básica desconociendo los siguientes factores salariales devengados por el docente en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus y que están debidamente certificados: sobresueldo, prima de clima, prima de grado, prima de escalafón, movilización, prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores que por ley le deban ser pagados.

4.- Contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de reposición el cual fue desatado desfavorablemente mediante Resolución 152 del 11 de octubre de 2004.

5.- Teniendo en cuenta la negativa del FNPSM- MEN, el accionante ha solicitado a esa entidad la reliquidación de su pensión de jubilación a través de dos derechos de petición en las siguientes fechas y con los resultados que se indican a continuación:

a. Petición del 13 de abril de 2009, la cual fue resuelta mediante Oficios OPS-192 del 4 de mayo de 2009 negando la solicitud.

b. Petición del 10 de agosto de 2010, contestada con Oficio 2121 del 11 de agosto de ese año también negando la petición.

2) LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte pasiva se pronunció en escrito que reposa en folios 66 a 68 en síntesis así:

a. Se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho, pues la pensión de jubilación del demandante fue reconocida con base en las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989, 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Decreto 1158 de 1998 según los cuales solo pueden incluirse como factores salariales para efectos de la liquidación aquellos que sirvieron de base para efectuar aportes a salud (sic).

b. Se refirió a los hechos y propuso excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción; de igual forma planteó como excepción de mérito la inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.

c. Como argumentos de defensa se refirió a los artículos 1° y 15 de la Ley 91 de 1989, 1° de la Ley 33 de 1985, 17 de la Ley 100 de 1993, 81 de la Ley 812 de 2003, 2 y 3° del Decreto 3752 de 2003 y 4° Ley 797 de 2003.

3). EL LITIGIO

Para su delimitación, en la audiencia inicial, primero se resolvieron las excepciones propuestas por la parte demandada así:

a. Se negó la prosperidad de la falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FNPSM, teniendo en cuenta que, acorde con los artículos 2 numeral 5[1], 3[2], 9[3] de la Ley 91 de 1989, 56 de la Ley 962 de 2005 y 3 a 5 del Decreto 2831 del mismo año[4], quien debe pagar las prestaciones sociales a los docentes es la Nación-Ministerio de Educación Nacional con los dineros que se asignan para el efecto al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que es una cuenta especial, sin personería jurídica y administrada directamente por dicho ministerio; y porque aunque las Secretarías de Educación intervienen en el trámite recibiendo las solicitudes con sus respectivos anexos y emitiendo el correspondiente acto administrativo de reconocimiento, no lo hacen en nombre de la entidad territorial Departamento sino de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FNPSM-.

b. Se declaró la prosperidad parcial de la prescripción sobre las diferencias en las mesadas anteriores al 10 de agosto de 2007, teniendo en cuenta el Decreto 3135/68 en su artículo 41 y el Decreto 1848/69 en su artículo 102

---

[1] Dispuso taxativamente que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de esa ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Reiterado por el artículo 5 numeral 1 de la Ley 91 de 1989.
[2] Creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Dispuso además, que, para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de esa ley que la celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.
[3] Estableció que las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice por las entidades territoriales.
[4] Reglamentan el trámite para el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de dicho Fondo, 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 acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

establecen una prescripción de tres años para los emolumentos laborales, contados desde que la obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito del servidor público ante la autoridad competente sobre un derecho o una prestación determinada interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual.

Notificadas en estrados las anteriores decisiones y en consideración a que no se interpuso recuso alguno se determinó que el objeto de prueba, de debate y de decisión es establecer si la parte accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia en las mesadas pensionales con base en la totalidad de factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus y a partir del 10 de agosto de 2007.

4). ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1.- **La parte actora**, en resumen, reiteró sus argumentos de hecho y de derecho planteados en la demanda.

4.2.- **La parte demandada** adujo que, de conformidad con lo ordenado en el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, la base de liquidación de las prestaciones sociales causadas solo se hará teniendo en cuenta la base de cotización sobre la cual se hayan efectuado aportes, y como en el caso en particular, solamente se realizaron aportes sobre la asignación básica mensual no hay lugar a reliquidación y pago de las diferencias reclamadas.

4.3.- **El agente del Ministerio Público** indicó en síntesis lo siguiente:

a) El accionante pertenece a aquellos servidores cobijados por el régimen de transición el cual lo ubica dentro del régimen legal anterior, es decir, el regulado por la Ley 33 de 1985 y la Ley 91 de 1989. Por lo tanto, deben incluirse dentro de la liquidación pensional todos los factores salariales devengados. Para sustentar su argumento trajo a colación la sentencia del Consejo de Estado SU 250023250002006-07-509-1 de agosto de 2010 sobre el tema.

b) Señaló que el asunto a dilucidar radica en el reconocimiento de la prima de clima como factor salarial y a su vez advierte que está demostrado que este factor le fue cancelado al actor, razón por la cual habría lugar a su inclusión como factor de liquidación.

c) Discrepa de la posición de la accionada en cuanto afirma que solo deben incluirse como factores salariales aquellos sobre los que se efectuaron los descuentos de ley, toda vez que esto compete a las entidades oficiales.

Y de lo anterior concluye que no hay impedimento para que se reliquide la pensión de jubilación incluyendo todos los factores devengados y para que se ordene realizar los descuentos que no se hicieron en su momento sobre los mismos.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue radicada el 5 de septiembre de 2012 y repartida inicialmente al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal, despacho que por auto del 14 de septiembre del mismo año se declaró incompetente para conocer de la actuación en razón de la cuantía.

Remitido el proceso al Tribunal, fue recibido el 28 del mismo mes y año, repartido el 1 de octubre del 2012 e ingresó al despacho del magistrado sustanciador el 2 de

octubre siguiente (fls.1, 30 a 36) y por auto del 5 de ese mes y año se avocó por competencia el conocimiento del presente asunto y se inadmitió la demanda para que se aclararan algunos hechos y se allegaran algunos documentos (fls. 37 y 37 vuelto). Subsanadas las irregularidades (fls.39 a 55) se admitió el medio de control de la referencia mediante proveído del 2 de noviembre de 2012 y se ordenó darle el curso que legalmente le corresponde (fl. 57).

Integrado en debida forma el litis consorcio (fl.62) pues la Nación- Ministerio de Educación Nacional contestó la demanda oportunamente a través de apoderado debidamente constituido, situación que quedó registrada en auto del 18 de marzo de 2013, se citó a las partes a la audiencia prevista en el artículo 180 del CPACA (fls.73 y 73 vuelto).

La audiencia inicial se llevó a cabo el 15 de mayo de 2013 con los resultados que atrás quedaron plasmados en el acápite fijación del litigio[5] y teniendo en cuenta que las pruebas decretadas eran documentales se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos el 26 de junio del año en curso a las 8:30 a.m., la cual se efectuó en esa data.

IV. EL ACERVO PROBATORIO

Durante la audiencia inicial se abrió el proceso a pruebas acorde con el artículo 180 numeral 10 del CPACA y se ordenó incorporar las aportadas con la demanda y su respuesta. De igual manera se decretaron otras pruebas.

Así las cosas, se aportaron, decretaron e incorporaron al expediente en forma regular y oportuna las pruebas relevantes que se indican a continuación:

a. Registro de nacimiento del señor Rogelio Antonio Chaparro Rincón, en el cual consta que nació el 1 de febrero de 1949 (fl.19 c.2).

b. Decreto N° 031 de 7 de abril de 1978 mediante el cual fue nombrado como docente.

c. Certificación expedida por la Secretaría de Educación en la que consta que se posesionó el 19 de abril de 1978 como profesor de la Escuela Rural San Vicente del municipio de Trinidad. Posteriormente fue trasladado a otros cargos y otros lugares, siendo el último el de coordinador del Instituto Educativo El Paraíso del municipio de Yopal en el año 2004.

d. Certificación de servicios prestados por el señor Rogelio Antonio Chaparro Rincón desde 1978 a 2004 suscrita por la directora administrativa de la Secretaría de Educación Departamental de Casanare (fls.230 a 231 y 232 C. Pruebas).

e. Certificado de historia laboral emitido por el FNPSM (fls.236 a 238 y 239 a 241 C. Pruebas).

f. Resolución 0030 de 2005 mediante la cual se acepta la renuncia al señor Rogelio Antonio Chaparro Rincón en el cargo de docente de la I.E. El Paraíso del municipio de Yopal a partir del 31 de diciembre de 2004 (fls. 129 a 128 C. Pruebas)

[5] Ello fue recogido en el acta que reposa en folios 78 a 83 y en medio magnético (fl.86).

g. Resolución No. 109 del 5 de agosto de 2004, por medio de la cual el Ministerio de Educación Nacional, a través del FNPSM reconoció al ciudadano **ROGELIO ANTONIO RINCÓN** su pensión de jubilación teniendo como factor salarial únicamente la asignación básica (fls. 21 a 23 y 302 a 304 C. Pruebas).

h. Escrito contentivo del recurso de reposición interpuesto por el demandante contra la anterior resolución radicado el 9 de noviembre de 2010 ante la Secretaría de Educación del Departamento de Casanare (fls.42 a 43 c.1, 26 a 27 c.p).

i. Resolución No. 152 del 11 de octubre de 2004 por medio de la cual el Ministerio de Educación Nacional, a través del FNPSM, resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 109 del 5 de agosto de 2004 confirmándola en todos sus aspectos (fls. 5 7 c1, 28 a 30 y 263 a 265 C. Pruebas).

j. Certificación en la que consta que el señor Rogelio Antonio Chaparro Rincón devengó de enero a diciembre del año 2004 los siguientes factores salariales (fl. 228 y 229 C. Pruebas)

- Salario básico $1.749.753
- Sobresueldo coordinador: $349.950.
- Prima de Clima $524.926.
- Prima de grado $300
  Total: $2.624.929
- Prima de navidad $2.589.186.
- Prima de vacaciones $1.251.613

k. Petición del 13 de abril de 2009, a través del cual el accionante solicita la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios (fl.8 c.1).

l. Oficio OPS-192 del 4 de mayo de 2009, en el cual el FNPSM/ Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio de Casanare negó la revisión de la pensión del demandante en respuesta al derecho de petición efectuado el 13 de abril de 2009 (fls.9 c1, 257 y 259 C. Pruebas).

m. Petición del 10 de agosto de 2010, a través del cual el accionante solicita la revisión y reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios (fls.10 a 13 c.1).

n. Oficio 2121 del 11 de agosto de 2010 por el cual el FNPSM/ Dirección Administrativa de la Gobernación de Casanare negó la revisión de la pensión de jubilación del accionante en respuesta al derecho de petición radicado el 10 de agosto de 2010 (fls. 16 c.1, 242 y 258 C. Pruebas).

o. Certificaciones de lo devengado por el señor Rogelio Antonio Chaparro Rincón para los años 2003 y 2004 (fl. 249 a 250 y 255 a 256 C. Pruebas)

p. Certificados de nómina donde constan los factores salariales devengados y los aportes efectuados para pensión del demandante para los años 2002 y 2003 (fls.296 a 300 C. pruebas). Su revisión permite constatar que los aportes descontados son del 5% sobre el salario básico y el 1% sobre la misma suma para el Fondo de Solidaridad.

q. Certificados de nómina donde constan los factores salariales devengados y los aportes efectuados para pensión del demandante para los años 1978, 1991, 1992, 1993, 2000 y otros más sin distinguir (fls.334 a 369 C. pruebas). Su revisión permite constatar que los aportes descontados son del 5% sobre el salario básico y el 1% sobre la misma suma para el Fondo de Solidaridad.

V. CONSIDERACIONES

1.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE NULIDADES y PRESUPUESTOS PROCESALES

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se encuentra cumplido el procedimiento previsto en los artículos 159, siguientes y concordantes del CPACA, es decir, se agotó el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

De otra parte, están reunidos los presupuestos procesales. En efecto:

- Este Tribunal es competente para conocer del presente medio de control por la naturaleza del asunto, el territorio donde ocurrieron los hechos y la cuantía, acorde con las previsiones de los artículos 152 numeral 2, 156 numeral 2 y 157 del CPACA.

- Está probada la existencia del accionante, que es una persona natural y que por lo mismo tiene legitimidad para comparecer como demandante.

- Está probado que el Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio son entidades de creación legal y tienen competencia para comparecer al proceso como parte pasiva.

- Las partes intervinieron por intermedio de apoderados legalmente constituidos, con lo cual se complementa la capacidad procesal necesaria para su intervención en juicio.

- Y existe demanda en forma, según lo señalado desde la admisión de la demanda.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como quedó expresado en la audiencia inicial, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Tiene o no derecho la parte accionante al reconocimiento y pago de la diferencia en las mesadas pensionales a partir del 10 de agosto de 2007, con base en la totalidad de factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus, es decir, desde el 1 al 31 de diciembre de 2004?

Para resolverlo se hace necesario considerar las situaciones fácticas y jurídicas que se indican a continuación:

2.1.- Líneas sobre salario base de liquidación

Esta Corporación, con anterioridad al 2 de diciembre de 2010, con base en las disposiciones contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985 y haciendo una

interpretación numerus clausus de los factores salariales allí señalados venía sosteniendo que la base de liquidación de los aportes y liquidación de la pensión eran los contenidos en los artículos 3 de la primera y 1 de la segunda norma citada, que son del siguiente tenor:

> *"ARTICULO 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
>
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio".*
>
> *"ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*
>
> *Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo 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".*

A partir del 2 de diciembre de 2010, teniendo en cuenta una nueva línea jurisprudencial emanada del Consejo de Estado[6] y en consideración al respeto por los precedentes verticales[7], este Tribunal debió variar sus precedentes horizontales para acoger los nuevos planteamientos hechos por su superior funcional. Para ello consideró lo siguiente:

> *"(...)*
>
> *PROBLEMA JURÍDICO DE FONDO*
>
> *Se trata de dilucidar si la pensión ordinaria de jubilación de la docente demandante debió liquidarse con los factores salariales previstos expresamente en el art. 3° de la Ley 33 de 1985, subrogado por el art. 1° de la Ley 62 de 1985, o si es factible incluir otros emolumentos laborales devengados en el último año de servicios que precedió a la causación del derecho, según la perspectiva de la recurrente.*
>
> ***Línea que había seguido esta Corporación***

[6] C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 28 de enero de 2010, B. L. Ramírez de Páez, expediente 2500023250002000-05448 -01 No. INTERNO: 6458-2005; **C.E, Pleno de Sección 2ª, sentencia del 4 de agosto de 2010**, V. H. Alvarado, radicado 25000232500020060750 9-01 (interno 0112-2009); se trató de la *reliquidación* de una pensión acorde con el art. 10 del Decreto 1160 de 1989. Salvó voto el consejero G. Arenas.

[7] Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001.

Hasta ahora el Tribunal ha seguido la senda más frecuentemente trazada por el Consejo de Estado y determinado que si se trata de una pensión ordinaria de docentes, ha de aplicarse el mismo régimen general de las pensiones nacionales; esto es, que debe liquidarse con los factores enumerados taxativamente en el art. 1°, inciso 2, de la Ley 62 de 1985, que subrogó al art. 3° de la Ley 33 del mismo año.

Así, previo examen de la evolución normativa (desde el Decreto 2277 de 1979 hasta la Ley 115 de 1994) relacionada con las pensiones de los docentes para las cuales el titular deba cotizar (salvedad hecha de lo que corresponda a la de gracia que no está sujeta a esa condición), la Sala había decantado su posición en los siguientes términos:

> *El círculo normativo se cierra, como consecuencia de los múltiples reenvíos al régimen anterior ya reseñados, con la Ley 33 de 1985, que se ocupó directamente de una modificación estructural del régimen de pensiones, pues afectó tanto la edad mínima requerida para adquirir el estatus, como el ingreso base de liquidación (IBL) asociado al ingreso base de cotización de los aportes (IBC); por ello se anunció al introducir este capítulo, conforme al rumbo conocido de la jurisprudencia del órgano límite de esta jurisdicción, que en últimas la pensión de los docentes nacionalizados que ingresaron al servicio entre 1975 y el 31 de diciembre de 1989, es el previsto en dicha Ley[8]. [...]*
>
> *Pensión ordinaria docente: ingreso base de liquidación*
>
> *En este segundo espectro del debate, el a-quo estimó que la enumeración del art. 1° de la Ley 62 de 1985 es de numerus apertus o simplemente enunciativa, deducción que hizo, sin más explicaciones, de la equivalencia que deberá existir entre el IBC y el IBL.*
>
> *Esa lectura implicaría que se pueda variar, por voluntad de la Administración, la base para deducir los aportes por pensión, para que los factores que el empleador suprima o introduzca en el IBC, se conviertan a su vez en punto de partida para determinar la pensión; en otras palabras, la cláusula legislada que indicó a partir de 1985 cuáles debían ser los emolumentos a tener en cuenta para efectuar aportes que financian la pensión, que a su vez condicionan los del ingreso base de liquidación, habrían quedado a merced de los administradores de la nómina, para aumentarlos o disminuirlos discrecionalmente[9].*
>
> *Esa inferencia no es aceptable, pues contraviene la tradición constitucional, que desde el A.L. # 1 de 1957 ha reservado a la Ley la fijación de las prestaciones sociales de los empleados públicos, con específico celo en cuanto concierne a pensiones; si bien el Consejo de Estado tiende a una moderación del rigor de la tesis, cuando media una decisión administrativa convalidada expresamente por la Ley[10], no se ha permitido hasta ahora que la cláusula del art. 1° de la Ley 62 de 1985 se convierta en maleable, mediante el simple artificio de alterar el IBC con el ánimo de afectar el IBL: unas veces podría serlo para incrementar irregularmente la pensión y otras, para menoscabar derechos de los empleados públicos, docentes para la ocasión. Ni lo uno ni lo otro resulta compatible con el sistema de fuentes[11].*

---

[8] Una de las sentencias que recopila sistemáticamente el desarrollo del sistema de fuentes en esta materia, lo es la del 23 de febrero de 2006, Sección Segunda, Subsección B, T. Cáceres, expediente 190012331000-2002-00594-01(5198-04); sirvió de apoyo al fallo de primer grado.

[9] Si se comparan los preceptos de 1985 con los del Decreto Ley 1045 de 1978, se encuentran diferencias significativas: la tendencia legislativa ha sido reducir el IBL, acompasado con la financiación de las pensiones con aportes completos y oportunos; a la base de esa orientación normativa hay una larga y compleja disputa de política macro económica, cuyas referencias exceden con creces los cometidos del fallo.

[10] La Sala no ignora reciente decisión del Consejo de Estado que rectificó algunos aspectos de este aserto, que estaba sólidamente decantado, para reconocer ahora plenos efectos de convalidación y fuente de derechos adquiridos al amparo de *normas administrativas*, conforme al Art. 146 de la Ley 100 de 1993, que pasó el examen de constitucionalidad en la Corte (Sentencia de 17 de abril de 2008, Exp. 2004-05344 (2309-06), M.P. JAIME MORENO GARCÍA, Boletín de Relatoría # 23. mayo de 2008); no obstante, no sería aplicable la nueva posición al caso, pues el actor no reclama un IBL de origen administrativo territorial.

[11] TAC, sentencia del 26 de junio de 2008, radicado 850012331001-2006-00055-01; en ese mismo sentido recayeron las del 19 de marzo de 2009 (expediente 850013331002-2006-00390-01); del 19 de noviembre de 2009 (expediente 850013331002-2007-00032-01) y del 2 de diciembre de 2009 (radicado 850013331002-2007-00142-01), con ponencias del magistrado Néstor Trujillo G. Esa línea fue reiterada en fallo más reciente, del 11 de febrero de 2010, ponente J. A. Figueroa Burbano, expediente 8500133310002-2008-00086-01.

A partir de esas premisas, identificó la simetría entre estas pensiones ordinarias de los docentes y las demás que se reconocen a empleados nacionales de régimen ordinario; y como consecuencia, dedujo la vigencia de la condición de haberse cotizado (o debido cotizar) respecto de los factores que conforman tanto el IBL como el IBC, los que deben ser idénticos, sin que pueda variarlos artificiosamente la administración ni el beneficiario de la prestación social[12].

También se ocupó de algunas precisiones más recientes que ofreció el Consejo de Estado en las sentencias del 28 de enero de 2010 de la Subsección B (B.L. Ramírez de Páez)[13], *que se refirió a una pensión post mortem, regulada por una disposición especial (Decreto 224 de 1972, art. 7º)*[14], *y del 18 de febrero de 2010 (Subsección A, G. Gómez Aranguren)*[15], *que incorporó otras premisas al marco abstracto en torno a la pluralidad de opciones que ofrece el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y a la escindibilidad del régimen de transición en virtud del principio de favorabilidad, las que este Tribunal ya acogió hace poco, en un asunto estructuralmente similar al presente*[16]. *No se avanza en esa dirección pues la actora optó por la aplicación integral del sistema de la Ley 33 de 1985 y encontrará respuesta más favorable en la nueva posición jurisprudencial que se adoptará.*

Rectificación de línea

En el caso concreto la demandante pretendió que se le aplicara el sistema de la Ley 33, pero mejorado con la inclusión de factores que ella no mencionó expresamente para la pensión ordinaria de jubilación (modificada por la Ley 62 de 1985); no invocó ni probó que hubiera lugar a escindir el sistema de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, luego el debate se centrará en fijar los alcances de la enumeración que contiene el art. 3º de la Ley 33 de 1985, subrogado por el art. 1º de la Ley 62 de 1985. Deberá dilucidarse, entonces, si esa estipulación legal ¿es numerus clausus, como lo había aplicado el Tribunal hasta la fecha; o numerus apertus, como lo pretende la actora?

Esta Sala ha conocido más recientemente la sentencia del 4 de agosto de 2010 en la cual el pleno de la Sección Segunda del Consejo de Estado rectificó y unificó su jurisprudencia[17]*; en ella se resolvieron las tensiones entre las dos subsecciones, así:*

> *De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de*

---

[12] Se invocaron los lineamientos de las siguientes decisiones del Superior: CE, 2ª-B, sentencia del 7 de junio de 2007, A. Ordóñez, expediente *76001-23-31-000-2002-01420-01(5852-05)*, Guerrero Vs. Cajanal. Se trató de un servidor del INPEC, beneficiado por el régimen de transición (Ley 100, Art. 36), al que le correspondían los factores del IBL señalados en el Art. 3º de la Ley 33 de 1985, subrogado por el Art. 1º de la Ley 62 del mismo año. No prosperaron las pretensiones de reliquidación *con todos los devengados*.

En igual sentido y del mismo ponente, ver sentencia del 23 de febrero de 2006, expediente *25000-23-25-000-2000-01230-01(6137-03);* se trató de un empleado del Ministerio de Hacienda, quien pretendió volver al listado ampliado del Art. 45 del D.L. 1045 de 1978.

[13] C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 28 de enero de 2010, B. L. Ramírez de Páez, expediente 2500023250002000-05448 -01 No. INTERNO: 6458-2005

[14] "En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años."

[15] C.E., Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de febrero de 2010, G. Gómez Aranguren, expediente 250002325000200404269 01 (1020-08).

[16] TAC, sentencia del 7 de octubre de 2010, ponente Néstor Trujillo G., radicado 850013331002-2007-00540-01 (interno 2010-349); fallos del 14 de octubre de 2010, ponente Néstor Trujillo G., expedientes 850013331001-2008-00110-01 (interno 2010-330) y 850013331001-2008-00193-01 (interno 2010-342).

[17] **C.E, Pleno de Sección 2ª, sentencia del 4 de agosto de 2010**, V. H. Alvarado, radicado 25000232500020060750 9-01 (interno 0112-2009). Se trató de la *reliquidación* de una pensión acorde con el art. 10 del Decreto 1160 de 1989. Salvó voto el consejero G. Arenas.

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.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó[18]*:*

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo 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[19]*".*

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

(...) Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla (sic) enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los

---

[18] 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.

[19] La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

"(...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...).

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...)

Como la demandante laboró para la Registraduría Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)"

ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

a) Del principio de favorabilidad en materia laboral

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo (sic) los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios[20].

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.

(...) En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta 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 enfrentado.*

[20] Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

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

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional[21].

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación.

Las ponderadas razones que finalmente han conciliado las tensiones entre tres líneas de juzgamiento acerca del mismo problema jurídico persuaden a esta Sala respecto de la necesidad de rectificar igualmente su posición; ciertamente la realización del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones no puede lograrse a costa de los derechos subjetivos de los servidores públicos, ni con desmedro de otros institutos constitucionales de mayor valía, como lo es, para el caso, el de la condición más favorable al trabajador cuando agotados los medios hermenéuticos ordinarios subsiste una antinomia de fuentes o la pluralidad de opciones interpretativas entre las cuales deberá prevalecer la que satisfaga integralmente la protección de derechos sociales.

El juez tiene el deber de realizar la justicia material, el que se sobrepone a supuestas obligaciones judiciales de salvaguardar el interés institucional del Tesoro, pues en la realización de lo justo al servicio de la persona humana que se proclama como un valor y un fin constitucionalmente deseado a partir de la Carta Política de 1991 (Preámbulo, artículos 1°, 2°, 5°, 228 y 230), cuando se contrapongan lo uno a lo otro deberá optar por la solución que atienda a este último postulado; luego ha de rectificarse desde ahora su postura tradicional, tanto porque la nueva orientación unificada del superior funcional se aviene mejor a ellos, como porque el propio legislador ha dado realce y connotaciones relativamente vinculantes a las sentencias de unificación que adopten los órganos de cierre en cada jurisdicción (Ley 1395 de 2010, artículos 114 y 115).

Ofende al sentido de justicia que, conocida una solución de rectificación más favorable al trabajador, como aquí ya ocurrió, quien por suerte somete su caso al conocimiento de los tribunales y jueces tenga que esperar a que se divulguen otros cuatro fallos en la misma senda, para alcanzar sus beneficios. Se exhorta, entonces, a la parte pasiva para que en sus propios procesos decisorios impulse correctivos institucionales sin esperar centenares de sentencias adversas para corregir su sistemática renuencia a reconocer derechos subjetivos en materia de pensiones; se trata de contribuir desde la Administración a lograr el ideario de lo constitucionalmente justo y a descongestionar el sistema judicial. No está de más recordar y reprochar la contumacia frente a líneas tan consolidadas como la de pensión gracia y el régimen especial de la Rama Judicial; ha de esperarse que no ocurra lo mismo con la novedad que finalmente acogió por absoluta mayoría el superior funcional tras varios años de incertidumbre en su jurisprudencia.

Para cerrar este aparte dogmático es pertinente precisar que la variación de rumbo no se apoya en el art. 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, cuya vigencia expiró a partir de la Ley 33 de 1985, sino en una lectura extensiva y en la reinterpretación judicial de los textos citados de las Leyes 33 y 62 de 1985; el Consejo de Estado ofreció como sustento normativo de esa nueva línea, más favorable al trabajador, conceptos tomados del bloque de constitucionalidad, acorde con los cuales tanto el salario en sentido restringido – según el Derecho Interno – como las prestaciones sociales, son todas formas de remunerar el trabajo humano, unos emolumentos como salario directo y otros como salario diferido y para el caso de las pensiones, como un "ahorro forzoso" para cubrir sus necesidades cuando se retira de la actividad productiva que les dio lugar[22]*. En esa*

---

[21] Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

[22] Citó la sentencia C-546 de 1992, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el fallo C-038 de 2004, que desarrolla el principio de progresividad en materia laboral;

misma dirección, se retomaron los fundamentos que ofreció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002[23].

Pueden agregarse también como fuentes que amplían el espectro gravitacional de los textos nacionales, los Convenios 95 y 100 de la Organización Internacional del Trabajo que vinculan a Colombia, ratificados mediante la Ley 54 de 1962. En ellos, desde hace décadas, se propende porque los estados reconozcan como salario e incorporen a la liquidación de los diversos emolumentos de servicio, todo lo que retribuya el trabajo humano, cualquiera que sea su periodicidad o su denominación. Así:

> *Artículo 1 Convenio 95: A efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.*
>
> *Artículo 1 literal a) del Convenio 100: El término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último.*

En concordancia con ellos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al cual adhirió Colombia mediante firma realizada el 21 de diciembre de 1966 y ratificada el 29 de octubre de 1969, se encuentran las siguientes disposiciones:

> *Artículo 2, numeral 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga,* ***para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos****. (La negrilla es del Tribunal).*
>
> *Artículo 5 numeral 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*
>
> *Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que les aseguren en especial:*
>
> *a.- Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:*
>
> *i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;*
> *ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente pacto;*
>
> *(...)*
>
> *Artículo 11 numeral 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados,* ***y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho****, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. (Las negrillas son del Tribunal).*

Entonces, si en los términos de la Ley 33 de 1985, tal como fue modificada por la Ley 62 del mismo año, la pensión de jubilación equivale a un porcentaje de salario; si el salario es todo lo que recibe el trabajador como contraprestación de su labor, pues está prohibido a todos los estamentos del Estado hacer donativos graciosos a particulares

---

[23] Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

(art. 355 de la Constitución); si en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, Colombia debe ***por todos los medios apropiados, inclusive y en particular a través de la adopción de medidas legislativas, adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos,*** *no hay razón para mantener interpretaciones judiciales regresivas, entre ellas las de excluir como factor de liquidación algunos rubros que conforman el salario, pues ello también viola el Bloque de Constitucionalidad, si se tiene en cuenta que los tres instrumentos internacionales a los cuales se ha hecho referencia en esta sentencia, hacen parte del mismo en virtud de lo establecido en los artículos 53 y 94 de la Constitución.*
(...)"[24]

2.2.- La sentencia C-258 de 2013

La Corte Constitucional en la sentencia referida resolvió una demanda de inexequibilidad contra el artículo 17 de la Ley 4 de 1992. Allí resolvió también lo relacionado con las pensiones de los congresistas.

Con relación a los demás regímenes de pensiones expresamente señaló que:

"(...)

4.1.1. Alcance del control constitucional rogado de las leyes

La Constitución confirió a la Corte Constitucional muy amplios poderes en orden a preservar la supremacía y la integridad del ordenamiento superior. Sin embargo, como elemento de garantía del sistema y de preservación del principio de separación de poderes, cuando la Corporación conoce de una demanda ordinaria de inconstitucionalidad, no puede ejercer un control oficioso sobre la constitucionalidad de todo el precepto u otras disposiciones, sino que su análisis debe circunscribirse a la norma acusada y a los cargos propuestos por el demandante.

En este caso, los demandantes solicitan a la Corte declarar que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992 es contrario al derecho a la igualdad y al Acto Legislativo 01 de 2005. La disposición acusada, prevista inicialmente para los Congresistas, es aplicable igualmente a otros servidores públicos en virtud de distintas normas; entre ellos se encuentran los Magistrados de Altas Cortes -artículo 28 del Decreto 104 de 1994- y ciertos funcionarios de la Rama Judicial, el Ministerio Público y órganos de control, como el Procurador General de la Nación –artículo 25 del Decreto 65 de 1998-, el Fiscal General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, y los Delegados ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado –artículo 25 del Decreto 682 del 10 de abril de 2002-.

En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, ***en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes***

[24] Tribunal Administrativo de Casanare. Sentencias del 2 de diciembre de 2010. M.P. Dr. Néstor Trujillo González. Radicaciones: 850013331001-2008-00118-01 (2010-388), Demandante: ROSA MARÍA ESTUPIÑÁN DE MARTÍNEZ, Demandada: NACIÓN (FPSM) y 850013331001-2006-00332-01 (2010-435), Demandante: CUSTODIA VARGAS DE RIAÑO, Demandada: NACIÓN (FPSM). En el mismo sentido sentencias del 24 de marzo de 2011, dentro del radicado 2008-00268 y del 12 de mayo de 2011, dentro de los radicados 2008-00063, 2008-00064, M.P. José Antonio Figueroa Burbano, entre otras.

pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, *como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros*[25]*. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados.*

La anterior aclaración se soporta en varias razones: En primer lugar y como indicó la Sala, la acción pública tiene un carácter rogado, por tanto, sería contrario a la configuración constitucional de la acción que este Tribunal extendiera su análisis a otros regímenes dispuestos por disposiciones distintas al artículo 17 de la Ley 4 de 1992. En segundo lugar, cada régimen especial cuenta con una filosofía, naturaleza y características específicas, sin que sea posible extender de forma general lo aquí analizado en relación con el régimen especial de Congresistas. En efecto, todos los regímenes especiales, precisamente al ser especiales, son distintos entre sí y por tanto, ameritan cada uno un análisis diverso.

Por estas mismas razones, no es procedente la integración normativa con disposiciones legales que establecen o regulan otros regímenes especiales, ni con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que consagra el régimen de transición. Cabe señalar frente a este último, que la demanda de inconstitucionalidad propuesta por los ciudadanos no tiene por objeto atacar la existencia misma del régimen de transición, sino del régimen especial dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992."

2.3.- Lo probado

Las pruebas fueron regular y oportunamente allegadas al proceso, todas ellas son pertinentes, pues existe relación directa entre el objeto de la presente acción y los medios de prueba aportados; todas resultan conducentes, si se tiene en cuenta que estamos en presencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde no hay reserva probatoria especial para demostrar los hechos, por una parte y por otra, porque los documentos fueron incorporados en forma lícita; y finalmente, todas ellas son eficaces, si se tiene en cuenta que son útiles para llevar al convencimiento del juzgador los hechos que se pretenden demostrar; resta observar que, además, la mayoría de las pruebas tienen el carácter de documento público no tachado de falso y por lo mismo, plena prueba.

Hecha esta precisión y teniendo en cuenta lo consignado en la audiencia inicial tenemos:

a).- Está acreditado que el accionante nació el 1 de febrero de 1949, lo que permite inferir que al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía más de 45 años. Por ende, en virtud de lo establecido en el artículo 36 inciso segundo de esa normativa, el régimen aplicable era el anterior en cuanto a monto de

[25] Estos se encuentran, entre otras disposiciones, en la Ley 32 de 1961, el Decreto 69 de 1973, los decretos 1282 y 1302 de 1994, la Ley 33 de 1985, el Decreto 1045 de 1975, el Decreto Ley 2661 de 1960, la Ley 6 de 1945, la Ley 22 de 1942, el Decreto 902 de 1969, el Decreto 546 de 1971 y el Decreto 1660 de 1978.

la pensión y edad, es decir, el establecido en la Ley 33 de 1985 con las modificaciones hechas por la Ley 62 del mismo año.

b).- El actor adquirió el estatus de pensionado el 1 de febrero de 2004 es decir, al momento de la expedición del Acto Legislativo 001 de 2005 (25 de julio de 2005) el accionante ya había adquirido el estatus de pensionado (1 de febrero de 2004) razón por la cual no puede dársele aplicación a dicha norma de orden superior.

Además, la sentencia C-258 de 2013 no es aplicable al caso por las razones anotadas en precedencia.

c).- De conformidad con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de esta Corporación que en precedencia se citó ampliamente, los factores salariales contemplados en las Leyes 33 y 62 de 1985 son meramente enunciativos y no taxativos. En consecuencia, para la liquidación de la pensión deben tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados por el docente en su último año de servicios.

d).- El ciudadano Rogelio Antonio Chaparro Rincón, según lo probado, además de su sueldo básico, devengó otros factores salariales, como se observa en el siguiente cuadro:

FACTORES	**Desde 01/01/04 hasta 31/12/04**
Asignación básica	$1.749.753
Sobresueldo coordinación	349.951
Prima Clima	524.926
Prima Grado Escalafón	300
Movilización	17.496
Prima de Navidad ($2.589.186)	215.765
Prima de Vacaciones ($1.251.613)	104.301
Total IBL	2.962.492

e).- Sin embargo, en las resoluciones de pensión (fls.2 a 4 c.1; 21 a 23, 263 a 265 y 302 a 304 C. Pruebas) solo se le tuvo en cuenta para su liquidación el salario básico, lo cual implica que hubo violación de las normas superiores señaladas en las consideraciones, motivo por el cual debe decretarse la nulidad de los actos acusados debido a que no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado, esto es, del 1° de enero de 2004 al 31 de diciembre del mismo año; consecuencialmente se ordenará el correspondiente restablecimiento del derecho, liquidándola con el 75% de la totalidad de factores salariales devengados y a pagarse a partir del 10 de agosto de 2007 teniendo en cuenta que como se estableció en audiencia inicial, operó la prescripción sobre las diferencias en las mesadas anteriores a la citada fecha, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto Ley 3135 de 1968 y 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, según el cual dichos emolumentos prescriben en tres años desde que la obligación se haya hecho exigible, y puesto que la solicitud de dicho reconocimiento solo interrumpe la prescripción por un tiempo igual.

f).- Así las cosas, el monto de la pensión de jubilación **a partir del 1 de enero de 2005 asciende a $2.221.869**, por una parte, y por otra las excepciones de mérito propuestas por la entidad accionada (inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, la pretensión del demandante de adicionar factores salariales no autorizados por la ley no constituye en sí una obligación a cargo de la demandada ni tampoco compone derecho del demandante), no

están llamadas a prosperar porque, se reitera, los actos demandados desconocen nomas de carácter superior tal como quedó explicado ampliamente en precedencia.

g).- La pensión así reliquidada ($2.221.869) deberá reajustarse anualmente a partir del 1 de enero de 2006, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100/93 y normas que la reglamenten o modifiquen.

h).- Del monto de la pensión así reliquidada deberá descontarse:

i. Lo pagado por concepto de pensión al demandante.
ii. Los valores prescritos, es decir, los anteriores al 10 de agosto de 2007.
iii. Y los aportes a la seguridad social en pensiones a cargo del servidor público respecto de los factores del IBL a los que no se aplicaron en su oportunidad.

i).- Las diferencias resultantes deberán actualizarse a valor presente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, mes por mes, teniendo en cuenta la variación del IPC, conforme a la ecuación *Ra = Vh*If/Ii*, donde el índice final será el mes de ejecutoria y el inicial, el que corresponda a la época en que debió pagarse cada instalamento periódico.

j).- El monto de la pensión deberá cancelarse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.

k).- A partir de la ejecutoria del fallo se causarán intereses de mora acorde con las previsiones del artículo 192 del CPACA, en concordancia con la sentencia C-188 de 1999.

3. COSTAS

Esta materia se encuentra regulada actualmente en el artículo 188 del CPACA, que remite al C.P.C., estatuto que fija las reglas sobre el asunto en su artículo 392. Con anterioridad a la Ley 1437 de 2011, este aspecto se encontraba reglado en artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del C.C.A.

Pareciera que la primera norma mencionada en el párrafo anterior varió la concepción que traía el último artículo citado (el cual limitaba la condena en costas a aquellos casos en que ameritara imponerlas teniendo en cuenta la conducta de las partes), por la de que quien pierde la instancia u otro acto procesal, inexorablemente debe asumir la condena al pago de costas.

En un Estado de Derecho como el que prevé nuestra Constitución (artículo 1 C.P.), esa concepción absolutista va en contra de varios principios superiores, especialmente los de acceso a la administración de justicia y gratuidad. Por tal motivo, a juicio de la Sala, siguiendo los criterios finalista y sistemático de interpretación de las normas jurídicas, resulta más razonable ponderar en cada caso la actividad de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condena en costas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la conducta temeraria, el fundamento mismo de los actos procesales, o si la actuación resulta dilatoria en la interposición de un recurso, la proposición o trámite de un incidente, ya que algunos se salen de todo contexto jurídico serio o son caprichosos, arbitrarios o algo similar.

Esa interpretación resulta congruente también con el criterio gramatical puesto que la acepción "disponer" que utiliza el artículo 188 no conlleva a una imperiosa condena en costas en caso de pérdida del proceso, incidente u otro acto procesal, sino a un análisis fáctico - jurídico y de valores que conlleve a la justicia, la cual al fin de cuentas es el objetivo último del derecho y de las decisiones judiciales.

Bajo estos presupuestos, para el caso que se analiza no resulta procedente la condena en costas, pues las pretensiones prosperaron solo parcialmente. En forma similar se pronunció esta Corporación en providencias recientes[26].

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **DECLARAR** imprósperas las excepciones de mérito propuestas por la entidad accionada, por las razones anotadas en la parte considerativa.

SEGUNDO: **DECLARAR** la nulidad parcial de las Resoluciones 109 del 5 de agosto de 2004 y 152 del 11 de octubre de 2004 y de los oficios OPS-1902 del 4 de mayo de 2009 y 2121 del 11 de agosto de 2010, en cuanto no tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión del actor la totalidad de factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro.

TERCERO: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a reliquidar la pensión del señor ROGELIO ANTONIO CHAPARRO RINCÓN con la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus y que han sido indicados en la parte considerativa y a pagar las diferencias en las mesadas pensionales **a partir del 1 de enero de 2005**, de acuerdo con los siguientes lineamientos:

1. El monto de la pensión a partir del 1 de enero de 2005 es la suma de **$2.221.869**.

2. Dicha prestación deberá reajustarse anualmente a partir del 1 de enero de 2006, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100/93 y normas que la reglamenten o modifiquen.

3. Del monto de la pensión así reliquidada deberá descontarse:

   a) Lo pagado por concepto de pensión al demandante hasta la fecha.
   b) Los valores prescritos, es decir, los anteriores al 10 de agosto de 2007, según lo decidido en la audiencia inicial.
   c) Y los aportes a la seguridad social en pensiones a cargo del servidor público respecto de los factores del IBL a los que no se aplicaron en su oportunidad.

4. Las diferencias resultantes deberán actualizarse a valor presente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, mes por mes, teniendo en cuenta la variación del IPC, conforme a la ecuación *Ra = Vh*If/Ii*, donde el índice final será el mes de ejecutoria y el inicial, el que corresponda a la época en que debió pagarse cada instalamento periódico.

5. El monto de la pensión deberá cancelarse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.

---

[26] En similar sentido se pronunció la Corporación en dos providencias de la fecha y del mismo ponente, radicaciones 85001 3333 001 2012 00025 01, 85001 3333 001 2012-00027 01 y 85001 3333 001 2012 00025 01. Igualmente, en general en lo que atañe a los problemas jurídicos estudiados en este auto, en similar sentido se profirieron dos autos del 21 de marzo de 2013, ponente Néstor Trujillo González, radicados 850013333001-2012-00030-01 (interno 2013-00180-01) y 850013333001-2012-00026-01 (interno 2013-00176-01).

6. A partir de la ejecutoria del fallo se causarán intereses de mora acorde con las previsiones del artículo 192 del CPACA, en concordancia con la sentencia C-188 de 1999.

CUARTO: No **CONDENAR** en costas.

QUINTO: **ORDENAR** remitir copia auténtica del presente fallo con constancia de notificación y ejecutoria a las entidades accionadas, acorde con las previsiones del artículo 192 del CPACA.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, **ORDENAR** devolver al interesado el remanente de la suma que se ordenó cancelar para gastos ordinarios del proceso si la hubiere; dejar las constancias a que haya lugar y archivar el expediente.

Aprobado en sesión de la fecha, según acta N°

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado

NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado

HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado