



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 5
MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 08 MAR 2016

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LUZ MARINA CASTAÑEDA DE MORENO
DEMANDADO:	NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO
RADICADO:	152383333001 2014- 00121-01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 28 de abril de 2015 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora **LUZ MARINA CASTAÑEDA DE MORENO** contra la **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA: Por conducto de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora LUZ MARINA CASTAÑEDA DE MORENO solicitó ante ésta jurisdicción que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0135 de 20 de abril de 2012 expedida por el Secretario de Educación y Cultura de Duitama en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación. Y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene a la entidad demandada a reliquidar la mencionada pensión con la inclusión de todos los factores salariales que devengó en el año anterior al que adquirió el status pensional, que lo fue del 28 de noviembre de 2010 al 28 de noviembre de 2011.

Como fundamento de sus pretensiones, la actora dijo que ingreso a laborar al servicio del Estado el 8º de marzo de 1976 adquiriendo el status jurídico para la pensión de jubilación el 28 de noviembre de 2011, la que le fue reconocida por la entidad demandada mediante Resolución No. 0135 del 20 de abril de 2012 pero sin incluir todos los factores que

devengó durante el año anterior al que adquirió el status pensional, específicamente el sobresueldo 20% (fls. 2 a 7).

2.2.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA. Se trata de la sentencia proferida el 28 de abril de 2015 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, la Juez a quo señaló que lo que hizo la Ley 812 fue incluir a los docentes en el régimen de la Ley 100 de 1993 de la cual fueron excluidos por mandato del artículo 279, pero ello en relación con quienes se vincularon con posterioridad a su expedición, por lo que al haberse vinculado la actora con anterioridad, el régimen pensional que lo cobija es el regulado en las normas preexistentes, esto es, en la Ley 33 de 1985. En virtud de ello, adujo que teniendo en cuenta que el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de 04 de agosto de 2010, Radicado interno No. (0112-08), precisó 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"*, concluyó que el demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, incluyendo además de los factores salariales ya contenidos en el ingreso base de liquidación de la pensión reconocida, también el sobresueldo del 20%, el cual devengó durante el año anterior al que adquirió el status pensional. Adicionalmente, dispuso que se deberá descontar del factor salarial cuya inclusión se ordena, los aportes correspondientes, siempre que sobre el mismo no se haya efectuado deducción legal (fls. 57 a 60).

2.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la entidad demandada la impugnó oportunamente señalando que la Ley 91 de 1989 dispuso que en materia pensional los docentes se regirán por el régimen vigente que tenía cada entidad territorial, es decir, el contenido en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 3º fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en el sentido de indicar que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en ésta última Ley. Además, expresó que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo de Prestaciones, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente, razón por la que aduce que el Fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones causados con posterioridad a dicha norma, factores diferentes a los previstos para la cotización (fls. 69 a 71).

2.4 ALEGATOS DE CONCLUSION. La apoderada de la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y, adicionalmente, indicó que acudiendo a los principios de interpretación jurídica, la interpretación correcta en el tema de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones, es la taxatividad, conforme lo expresó el Magistrado Gerardo Arenas Monsalve en el salvamento de voto que hizo a la sentencia de 04 de agosto de 2010 proferida por el Consejo de Estado, así como lo dijo la Corte Constitucional en las

sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, y lo establece el inciso 12 del artículo 48 de la C.N, razón por la que solicita se revoque la sentencia de primera instancia (fls. 93 a 98).

La parte actora y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio (fl. 183).

III. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

En ésta oportunidad la Sala entrará a determinar si el demandante tiene o no derecho a que se reliquide su pensión de jubilación tomando en cuenta para ello el promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior al que adquirió el status pensional, o si por el contrario, debe liquidarse tal prestación tomando en cuenta sólo los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales realizó sus aportes a pensión, tal y como lo sostiene la entidad demandada en su escrito de apelación.

3.1 El régimen jurídico de la pensión de jubilación aplicable al demandante

El Decreto 2277 de 1979 o estatuto docente, consagró un régimen especial para quienes desempeñan la profesión docente definiéndolos así como empleados oficiales de régimen especial; no obstante, la norma en comento no hizo ninguna previsión en torno al régimen pensional de los docentes, por lo que no disfrutaban de ninguna regulación especial sobre tal aspecto, y en consecuencia, les es aplicable el régimen de la pensión ordinaria.¹

Luego de la Nacionalización de la educación dispuesta mediante la ley 43 de 1975 se expidió la ley 91 de 1989², norma que en su artículo 15 numeral 2º, dispone que **para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados**, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y **gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional**. El régimen al que alude el artículo 15 *ibidem* resulta ser el previsto en la ley 33 de 1985, aplicable a los trabajadores del sector oficial, el cual en su artículo 1º consagra como regla general, que tendrán derecho al reconocimiento y pago mensual de una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, el empleado que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años.

Por su parte, la ley 100 de 1993 en su artículo 279 exceptúa de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

¹ Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda- Sub sección B. Sentencia del 5 de febrero de 2004. Expediente No. 25000-23-25-000-2001 -05755-01. C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

² Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"

Sociales del Magisterio; de otro lado, la ley 812 de 2003³, en su artículo 81, dispuso que **los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales en materia de prestaciones sociales se regirían por las normas vigentes antes de la promulgación de esta ley (27 de junio de 2003)**, en tanto que los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, serían afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio y 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 sería de 57 años para hombres y mujeres.

Decantado el anterior marco normativo y aplicándolo al caso concreto, tenemos que en razón a que la señora LUZ MARINA CASTAÑEDA DE MORENO **se vinculó el 08 de marzo de 1976** como docente al servicio del colegio Nacionalizado la Presentación del Municipio de Duitama (fl. 8), es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, le son aplicables a efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación las previsiones de la **ley 33 de 1985**.

3.2 Factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del personal docente.

El artículo 3° de la ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985, estableció que 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.

No obstante, el órgano vértice de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia unificadora⁴ proferida el 4 de agosto de 2010, adoptó la postura – aún vigente- en virtud de la cual, **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**; tesis que se encuentra cimentada por el carácter de salario diferido que tiene la pensión, en el principio de progresividad, en el principio de favorabilidad en materia laboral y en el hecho de 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.

Acatando la tesis expuesta por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación, resulta claro afirmar que, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la pensión

³ Por la cual se aprueba el plan nacional de desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario"

⁴ Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 25000-2325-000-2006-07509-01 (0112-2009), C.P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO.

de jubilación de los docentes, se deberán tener en cuenta **todos los factores salariales** percibidos **durante el último año de servicios** y no sólo aquellos que se encuentran enunciados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, sobre los cuales se efectuaron los aportes para pensión.

3.3 De los descuentos para aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones:

En este punto, surge para la Sala una inconformidad frente a la sentencia apelada, en materia de los aportes que debe girarse a la entidad que está actualmente a cargo de la pensión. Para tales efectos la Sala hace un estudio de la línea jurisprudencial que sobre este tema ha consignado el Consejo de Estado en diversas providencias, así:

En la sentencia proferida el **22 de noviembre de 2012**, por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero, expediente con Radicación No. 76001-23-31-000-2009-00241-01(1079-11), se expuso que con fundamento en el principio de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, de la suma que se ordene reconocer por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de la pensión de vejez, se debe ordenar hacer los descuentos sobre los factores respecto de los cuales no se hicieron aportes al Sistema, ello por cuanto la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

En igual sentido se pronunció la Subsección "B", en sentencia de **31 de enero de 2013** con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado bajo el No. 68001-23-31-000-2008-00516-01(0343-12), en la que sin abordar de forma exacta el asunto que convoca el presente estudio⁵, expuso que en el Sistema de Pensiones en Colombia, las cotizaciones constituyen fuente de financiamiento de las prestaciones económicas que reconoce y al ser consecuencia del pago mensual, debe **efectuarse a lo largo de la vida laboral** como un porcentaje de los ingresos respectivos. A su turno, en sentencia de **24 de enero de 2013** con ponencia del mismo Consejero, dentro del proceso radicado bajo el No. 25000-23-25-000-2009-00515-01(0305-12), se dejó dicho que si no fueron cancelados los aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos

⁵ El problema jurídico que fijó en esa oportunidad el Consejo de Estado, consistió:

1. *Determinar si la entidad demandada se encuentra en la obligación de seguir pagando el 100% del monto de la pensión de jubilación que le reconoció al señor Hernando Acuña Alfaro, aún cuando se realizó el reconocimiento del derecho pensional de vejez por parte del ISS al cumplir los requisitos previstos para el efecto en la Ley 100 de 1993.*

2. Deben reintegrarse a la entidad pública que asumió la pensión de jubilación y que siguió pagando al servidor la mesada correspondiente hasta cuando el ISS reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez, los dineros pagados de más y este reintegro es posible ordenarlo en el acto que declaró la pérdida de fuerza ejecutoria del reconocimiento de la pensión de jubilación.

3. La entidad pública esta facultada realizó un descuento doble del salario mensual del servidor, para que dicho rubro se consigne a título de cotización pensional.

pertinentes¹. Seguidamente, en sentencia de **10 de octubre 2013**, la **Subsección "A"**, C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00960-01(1866-12), al decidir sobre qué factores debían hacerse los aportes por parte de la Contraloría General de la República, entidad cuyo régimen especial deprecaba el demandante, precisó que la entidad referida se encuentra obligada a "realizar los aportes dejados de pagar únicamente por el tiempo que el señor Jesús Marino Ramírez Ospina laboró en dicha entidad y no durante la totalidad del tiempo exigido por el artículo 7 del Decreto 929 de 1976 para el reconocimiento pensional."

Posteriormente, en el año 2014, la misma Subsección en **sentencia del 9 de abril de 2014** con ponencia del doctor Gustavo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado bajo el No. 25000-23-25-000-2010-00014-01(1849-13), luego de reiterar que la falta de descuentos no puede afectar el derecho pensional y que el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Carta prohíbe liquidar pensiones sobre factores en relación con los cuales no se ha cotizado, todo ello en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que *"resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática."* (Resaltado fuera del texto).

El **5 de junio de 2014**, la misma Subsección dentro del proceso radicado bajo el No: 25000-23-25-000-2011-01350-01 (1453-2013) Actor: ELVIRA CUERVO DE JARAMILLO Demandado: UGPP, reiteró los argumentos expuestos en la providencia que se acabó de citar y precisó que tales aportes deben comprender los factores **de toda la vida laboral, debidamente actualizados, y que la obligación de cotizar cesa únicamente, "...cuando el empleado ha completado el tiempo mínimo de cotización, (...) independientemente de que continúe el vínculo laboral, hecho que constituye un corte de cuentas para el cálculo de la base de liquidación pensional (...)**. Ello porque así *"...debe interpretarse en armonía con el criterio de proporcionalidad entre cotización y pensión que la norma prohíja al disponer que el ingreso base de liquidación se determina por el salario promedio que sirvió de base para efectuar aportes al sistema."* (Resaltado de la Sala).

Seguidamente, en sentencia de **19 de febrero de 2015** proferida dentro del proceso N° **25000-23-25-000-2011-00102-01(2076-13)**, promovido por Guillermo Antonio Vanegas Sierra contra CAJANAL EICE en Liquidación, la Subsección "A", con ponencia del doctor Gustavo Gómez Aranguren, ratificó que las sumas que se reconozcan como factores para liquidar la pensión de vejez deberán ser objeto de deducción legal en el porcentaje que concierna al trabajador, con el objeto de hacer efectivo el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional dispuesto en el Acto Legislativo N° 1 de 2005, principio que se traduce en que ningún pago pensional puede efectuarse sin que esté asegurado su financiamiento con los aportes realizados por el empleado, de manera que la cotización adquiere el carácter necesario para asegurar el valor de la mesada como se lee en sentencias posteriores del mismo ponente proferidas el **6 de mayo de 2015** dentro del proceso promovido por Betty Lizcano de Carvajalino contra el

Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, expediente N° Expediente No. 25000-23-25-000-2011-00574-01 (0768-2014) y el **24 Junio de 2015** en el proceso número 25000-23-25-000-2011-00709-01(2060-13), promovido por Abelardo Ramírez Gasca contra CAJANAL EICE en Liquidación.

En síntesis la postura del Consejo de Estado se ha consolidado con el objeto de proteger el erario público y los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social, en el sentido de **ordenar los descuentos sobre el retroactivo durante toda la vida laboral.**

Ahora, es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una **obligación de carácter parafiscal**, en tanto son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible⁶.

En efecto, el artículo 54 de la Ley 383 de 1997 *"Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones"*, estableció que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, son aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a nómina del sector privado así como el público. Allí, se incluyen los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Es así como el artículo 817 del E.T., establece que la acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles. Es importante resaltar que respecto a la figura de la prescripción extintiva, el máximo órgano de cierre en materia constitucional, ha considerado que no riñe con los derechos al **trabajo y la seguridad social**⁷, en consecuencia, con fundamento en la referida norma se puede colegir que, transcurridos cinco (5) años a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, esta prescribe y su pago, no puede ser exigido.

Ahora, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 (artículos 20, 22, 161 [2], 204), el empleador está obligado a efectuar sus aportes y los de sus trabajadores. Si no lo hace, la entidad administradora del sistema puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

Siguiese de ello que sobre la prescripción del cobro de los aportes patronales, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia de 26 de marzo de 2009 con ponencia de la doctora Ligia López Díaz⁸, manifestó

⁶ sí lo ha considerado Corte Constitucional; en la sentencia C- 711 de 2001, con ponencia del doctor Jaime Araujo Rentería, "(...)Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aportes para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuanto sujetos pasivos, a empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal. (...)"

⁷ Corte Constitucional C-895 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸ En similar sentido se pronunció la misma Sección con ponencia de la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, en sentencia de 2 de diciembre de 2010, al señalar lo siguiente:

que "la prescripción para el cobro de los aportes patronales opera en 5 años y como los valores u obligaciones fueron determinadas en la Liquidación Certificada de la Deuda, título ejecutivo, se analizará el siguiente cargo sobre su validez, para establecer cuándo fue su ejecutoria y el inicio del término de prescripción."

Así las cosas, si bien es cierto que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe. Entonces, el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales. Sobre este particular, destacará la Sala que no hay obligaciones imprescriptibles y atentaría contra los principios fundantes del Estado Social de Derecho, ordenar su cumplimiento, cuando **por el simple paso del tiempo, se extinguieron.**

De otra parte, es importante señalar que, cuando se trata de una prestación social, como la pensión de vejez, que por regla general está dirigida a sujetos de especial protección, es decir las personas de la tercera edad -aquellas que cuentan con 60 años de edad o más⁹- que naturalmente sufren una disminución considerable en su capacidad laboral, y aquella -la pensión- se constituye en la única opción real de afrontar su condición económica, exige de la administración de justicia un esfuerzo hermenéutico que busque preservar el goce de sus derechos fundamentales y sus condiciones materiales de existencia¹⁰.

Entonces, a través de medidas como la que adoptará el Tribunal en esta providencia, se hará efectivo el mandato de protección especial de los adultos mayores, para lograr así, la vigencia de sus derechos ante su estado de vulnerabilidad.

Como corolario de lo expuesto, la Sala reconoce que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, lo **es durante toda la bien laboral**, ésta -la obligación- se extingue por el simple paso del tiempo, y no es susceptible de ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores

"(...)Las obligaciones por aportes parafiscales, se hacen exigibles cuando vence el plazo establecido en las normas para declararlos y pagarlos.

De acuerdo con el artículo 818 ibídem, dicho lapso se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, el otorgamiento de facilidades de pago, la admisión de la solicitud de concordato y la declaratoria oficial de liquidación forzosa administrativa. Una vez interrumpida la prescripción, el término empieza a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, la terminación del concordato o la terminación de la liquidación forzosa administrativa, según el caso. (...)"

⁹ El literal d) del artículo 7º de la Ley 1276 de 2009, establece: Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen;

¹⁰ Esta obligación forma parte del bloque de constitucionalidad (Art. 93 CP). El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (Adherido por Colombia el 23 de diciembre de 1997), contempló en su artículo 17, que toda persona tiene derecho a **protección especial durante su ancianidad**. A su vez, el artículo 1.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, prescribe que todos los Estados partes deben comprometerse a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.

De igual forma, la **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**¹⁰, aunque no ha sido ratificada por Colombia, constituye un precedente sobre el amparo normativo de estas personas. Consagra que, durante la vejez, el Estado debe garantizar el derecho efectivo a vivir con dignidad en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.

salariales. Otra será la discusión si no se realizó ninguna clase de aportes, en tanto, el derecho surge por el cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas vulnerabilidad¹¹.

En conclusión, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo **durante los últimos cinco (5) años laborados**, por prescripción extintiva de la obligación, cumpliendo con la carga argumentativa exigida en el artículo 103 del CPACA¹².

Se precisa que, a juicio de esta Sala, en este aspecto la sentencia es constitutiva de la obligación en tanto, antes de que el Consejo de Estado se pronunciara en su sentencia de unificación, ni el Estado, ni el empleado estaban obligados a aportes por factores distintos a los taxativamente contemplados en la Ley 33 de 1985, en consecuencia, sólo cuando el demandante – pensionado – pide la reliquidación pensional con todos los factores y el juez accede a ello, nace la obligación tributaria tanto para el empleado como para el empleador.

IV. CASO CONCRETO

A folios 8 y 9 del plenario obra la Resolución No. 0135 de 20 de abril de 2012, mediante la cual la el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la docente LUZ MARINA CASTAÑEDA DE MORENO. De éste acto administrativo se puede extraer que el demandante laboró de manera interrumpida durante 20 años, en el periodo comprendido del 08 de marzo de 1976 al 27 de noviembre de 2011; que adquirió el status pensional en ésta última fecha, y que su pensión fue liquidada con los siguientes factores salariales: **Asignación Básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad.**

De otra parte, a través del proceso ejecutivo laboral adelantado contra el Departamento de Boyacá, visible a folios 10 y 11 del expediente, observa la Sala que durante el año anterior a aquel en que la actora adquirió el status pensional, esto es, del **28 de noviembre de 2010 al 28 de noviembre de 2011**, devengó los siguientes factores salariales: **Asignación Básica, prima de vacaciones, prima de navidad y el sobresueldo del 20%.**

Así las cosas, tomando en consideración el problema jurídico planteado, el recuento normativo y jurisprudencial expuesto y los presupuestos fácticos atrás descritos, debe indicar la Sala de manera inicial que, contrario a lo señalado por la entidad demandada en el recurso de apelación, el Decreto 3752 de 2003 no gobernaba la situación pensional del demandante, pues aun cuando éste se encontraba vigente a la fecha en la cual la demandante adquirió su status pensional, lo cierto es que fue derogado por el artículo 160 de la ley 1151 de 2007, y además el mencionado decreto reglamentaba la ley 812 de 2003, norma que no le era aplicable a la actora al haberse vinculado con anterioridad a su

¹¹ En este sentido se pronunció éste Tribunal, dentro del expediente No.: 15238 3331 703 2014 00096 01, con ponencia de la Magistrada CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

¹² "Artículo 103. (...) En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga. (...)"

entrada en vigencia, tal y como se concluyó en el acápite anterior de ésta providencia.

De otra parte, es importante precisar que tampoco resultan aplicables al *sub examine* lo previsto por la Corte Constitucional en las Sentencias C-258 de 2013 y SU 230 del 29 de abril de 2015, toda vez que, en la primera, el análisis de constitucionalidad realizado se limitó al régimen pensional especial previsto en el artículo 17 de la Ley 4º de 1992, aplicable a los Congresistas, y se precisó que dicho estudio “*no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados*”, como es el caso del régimen previsto para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por el carácter rogado de la acción pública de constitucionalidad y por las características y naturaleza propias de cada régimen especial. Por su parte, en la segunda sentencia, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela con efectos inter partes, que se refiere a la aplicación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del magisterio exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones consagrado en dicha ley por disposición de su artículo 279, de donde se concluye que a los docentes oficiales no se les aplica el régimen de transición consagrado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto dichas sentencias no pueden ser tomadas como precedente, por lo que se continuará aplicando en su integridad la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010 emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debido a que constituye precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción y tiene carácter vinculante para los Jueces y Tribunales Administrativos¹³.

Bajo este contexto, colige la Sala que la pensión de jubilación del accionante **NO** fue liquidada en debida forma, pues dentro de la misma no se incluyeron la totalidad de los factores salariales por él devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, específicamente, **el sobresuelo del 20%**.

Ahora, teniendo en cuenta que mediante Resolución No. 0135 de 20 de abril de 2012 le fue reconocida pensión de jubilación a la actora¹⁴ y se encuentra en firme por no haberse interpuesto recurso de reposición en su contra, entiende la Sala que fue con la demanda presentada dentro del proceso de la referencia el día **11 de marzo de 2014 (fl. 1 a 27)**, que se interrumpió el término de prescripción, sin que entre una y otra fecha haya transcurrido los tres (3) años a que hace referencia el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁵, y 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁶, por lo que fluye concluir que no operó el fenómeno prescriptivo.

¹³ En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 19 de junio de 2015, Magistrado Ponente Dr. Fabio Iván Afanador García, radicado No. 152383333752**201400159-01**.

¹⁴ Fls. 8 y 9.

¹⁵ "Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

¹⁶**Artículo 102º.-** Prescripción de acciones.

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

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

En este orden de ideas, concluye la Sala que con fundamento en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 04 de agosto de 2010, el **sobresueldo del 20%** que devengó la actora en el año anterior a la adquisición del status pensional, debe ser incluida en el ingreso base de liquidación de su pensión de jubilación, con efectos fiscales a partir del 29 de noviembre de 2011, día siguiente al que adquirió el status pensional.

4.1 Descuento por aportes al empleado y al empleador:

Como fue reseñado anteriormente, se modificará el inciso final, literal "B" del numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia apelada, ara precisar que el Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá realizar los descuentos **que no se hubieran efectuado** al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la actora, por prescripción extintiva en el porcentaje que le correspondía.**

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, el Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En el caso del demandante – entonces empleado – en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena atendiendo a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, el fallo impugnado en el que se accedió a las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmado, pero se modificará el inciso final, literal B del numeral Tercero de la parte resolutive, en lo relacionado a los aportes al Sistema General de Salud y Pensiones durante los últimos cinco (5) años de la vida laboral de la actora, por prescripción extintiva **en el porcentaje que le correspondía.**

V. COSTAS

Teniendo en cuenta que no se evidenció actuación alguna por la parte actora en ésta segunda instancia y que tampoco obra prueba que demuestre que se causaron costas en esta misma instancia procesal, la Sala se abstendrá de condenar en costas de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 366 del C.G.P.

