

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**

Tunja, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante : **CARLOS ERNESTO SORIANO VARGAS**
Demandado : **NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**
Expediente : **1500133330012014-0231-00**
Tema: : **RELIQUIDACIÓN PENSIÓN JUBILACIÓN - DOCENTE**

I. ASUNTO

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor CARLOS ERNESTO SORIANO VARGAS en contra de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹.

II. LA DEMANDA

1.- PRETENSIONES²

Que se declare que es parcialmente nulo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 001813 del 27 de marzo de 2014 emitida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se le reconoció al señor CARLOS ERNESTO SORIANO VARGAS una pensión vitalicia de jubilación por asignación de cuotas partes.

A título de restablecimiento del derecho pide ordenar a la entidad demandada a expedir el acto administrativo, mediante el cual se reliquide la pensión de

¹ Folio 2 del expediente.

² Folio 2.

jubilación del actor, con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales que devengó durante el año anterior a la adquisición del *status* pensional, es decir, desde el 03 de octubre de 2011 al 02 de octubre de 2012 y que se paguen las diferencias de las mesadas pensionales desde la fecha en que cumplió con los requisitos de la pensión jubilación.

Así mismo, a la indexación de las sumas adeudadas; a que dé estricto cumplimiento a la sentencia y a las costas y agencias en derecho.

2.- HECHOS³

Los hechos que sustentan las pretensiones se pueden resumir de la siguiente manera:

Manifiesta que el actor ingresó al servicio público de la educación el 03 de febrero de 1988 y que adquirió el estatus jurídico para la pensión vitalicia de jubilación el 02 de octubre de 2012.

Señala que elevó a la entidad demandada solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de la pensión vitalicia de jubilación, anexando la documentación requerida para ello.

Que de conformidad con lo anterior, la entidad demandada emitió la Resolución No. 1813 de 27 de marzo de 2014, reconociendo y ordenando el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del actor, efectiva a partir del 03 de octubre de 2012.

Aduce que para establecer el ingreso base de liquidación pensional, la entidad demandada tuvo en cuenta la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones, dejando de lado entre otros factores la prima de navidad.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO⁴

Constitucionales: Preámbulo, Artículos 2, 4 y 25.

³ Folios 2 y 3.

⁴ Folios 4 a 8. .

Legales: Artículos 2, 3, 137 y 138 del CPACA; 2 de la Ley 4 de 1992; 5 del Decreto 1919 de 2002; 4 de la Ley 4 de 1966; 27 del Decreto 3135 de 1968; 45 del Decreto 1045 de 1978 y Ley 812 de 2003.

Alega que el acto administrativo demandado vulnera los derechos fundamentales al trabajo, la justicia y la igualdad, porque existiendo una relación entre el demandante y la administración, ésta le negó la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, colocándolo en una situación de desigualdad respecto de los pensionados, a quienes se les ha tenido en cuenta todos los factores.

Luego de citar cronológicamente el marco jurídico para el reconocimiento de la pensión de jubilación para los empleados públicos docentes, indica que el acto acusado se encuentra falsamente motivado, por el desconocimiento de las pruebas aportadas, las cuales fueron expedidas por autoridad judicial.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Presentada la demanda⁵, fue admitida y se ordenó vincular al UGPP, por ser una de las entidades a cargo de quien se encuentra la pensión⁶; y una vez notificada⁷ al extremo pasivo de la *litis*; la **Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, procedió a ejercer su derecho a la defensa⁸, con la argumentación que pasa a resumirse de la siguiente manera:

Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, alegando que el acto acusado se ajusta a derecho.

Manifiesta que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció lo relacionado con el régimen prestacional y salarial del personal docente, el cual depende de la fecha de vinculación del educador al servicio público. Agregó que como el demandante se vinculó de conformidad con el inciso segundo de la norma en mención, le resulta aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de

⁵ Folio 9 Vto.

⁶ Folio 71-72.

⁷ Folio 34.

⁸ Folios 82-88.

1969 y 1045 de 1978, normas que rigen las prestaciones económicas y sociales para los empleados públicos del orden nacional.

Señala que, la pensión a la que tiene derecho el demandante, debe calcularse teniendo en cuenta el 75% de los factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicios. Que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales, se liquidan sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando estos fueran los taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues, el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causaran con posterioridad a su expedición, no pueden ser diferentes a la base de cotización sobre la cual se realizaron los aportes.

Aduce que el Decreto 3752 de 2003 modificó el ingreso base de liquidación de las pensiones, sujetándose por ello, a los factores previstos para cotizar, razón por la cual el Fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones factores diferentes, como medida de equilibrio financiero.

Añade que la interpretación que se hace de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 no es correcta, por cuanto, no cumplió el con el procedimiento establecido en el artículo 171 del CPACA, razón por la cual no tiene la calidad que se le asigna y la correcta interpretación sobre el tema de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones es la taxatividad, conforme el salvamento de voto dentro de la sentencia de unificación y las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015. Finalmente propuso la excepción de prescripción.

Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP⁹, entidad vinculada, igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto por los actos administrativos se encuentran amparados por la presunción de legalidad.

Indica que la pretensión principal versa sobre la reliquidación pensión que corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad de la cual la UGPP no tiene asignada competencia pensional, como tampoco la defensa jurídica.

⁹ Folios 96-99.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, incumplimiento del requisito de procedibilidad frente a la UGPP, Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido y prescripción.

IV. AUDIENCIA INICIAL¹⁰

El día 12 de noviembre de 2015 se evacuó la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA, fijándose el litigio a establecer si el acto acusado se encuentra afectado de nulidad y si al demandante le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales, devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido para presentar alegaciones finales, los apoderados de la **parte demandante**¹¹; y la **entidad vinculada – UGPP**¹² reiteran los argumentos expuestos en el libelo introductorio y en la contestación de la demanda, a la vez que, el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, guardó silencio.

El agente del Ministerio Público no emitido concepto.

VI. CONSIDERACIONES

6.1.- Problema Jurídico

Establecer si al demandante le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales, devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

6.2.- Marco jurídico de la pensión de jubilación de Vejez - Régimen del personal docente

¹⁰ Folio 216 a 219 y medio magnético folio 220.

¹¹ Folios 247-248.

¹² Folio 249.

El estatuto docente establecido en el Decreto Ley 2277 de 1979¹³ en su artículo 3º, dispuso que *“Los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales (...) son empleados oficiales de régimen especial (...)”*; sin embargo, en lo referente a la pensión de jubilación, no se indicó régimen especial alguno.

A su turno fue expedida la Ley 91 de 1989¹⁴, norma que clasificó a los docentes en nacionales, nacionalizados y territoriales, en su artículo 15, se refirió al régimen pensional de los educadores, teniendo en cuenta la fecha de su vinculación al servicio educativo, de la manera como sigue:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.

2. Pensiones:

(...)

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. 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. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (...). (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Se colige de lo anterior, que el personal docente no cuenta con un régimen especial en materia pensional, en razón a que la norma transcrita, no regula de manera expresa condiciones particulares en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, de manera que, para el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez debe aplicarse el régimen vigente para los empleados públicos del orden nacional; esto es, la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

¹³ “Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”.

¹⁴ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

De otra parte, se precisa que con la expedición del régimen de seguridad social integral contenido en la Ley 100 de 1993, no se surtió modificación alguna a la normativa aplicable al personal docente en material pensional, por cuanto de lo señalado en el inciso segundo del artículo 279 *ibídem*, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de su aplicación.

De otro lado, con posterioridad fue expedida la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81 dispuso:

"(...) Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.(...)" Resaltado fuera de texto.

Por su parte el Acto Legislativo No. 01 de 2005 señaló:

"Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada Ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las Leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

A su vez el Decreto 3752 de 2003 reglamentó, entre otros, los "(...) artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones (...)" En su artículo 3º previó:

"INGRESO BASE DE COTIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES. 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 Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8o y 9o del Decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización."

Ahora, el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 precisó:

*"(...) Artículo 160. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el inciso segundo del artículo 63 de la Ley 788 de 2002, así como las demás disposiciones vigentes sobre el monto de la contribución cafetera a que se refiere la misma ley, el párrafo del artículo 4° de la Ley 785 de 2002, el numeral 5 del artículo 2° de la Ley 549 de 1999, **el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003** y el artículo 79 de la Ley 1110 de 2006 y el inciso 3° del artículo 78 de la Ley 1111 de 2006. **Continúan vigentes los artículos 13, 14, 20, 21, 38** reemplazando la expresión "el CNSSS" por "la Comisión de Regulación en Salud", 43, 51, 59, 61, el párrafo del artículo 63, 64, 65 para el servicio de gas natural 69, 71, 75, **81**, 82, 86, 92, 99, 103, 110, 121 y 131, **de la Ley 812 de 2003...**" (Resaltado fuera de texto).*

De manera que, mediante la Ley 812 de 2003, se incluyó a los docentes en el régimen de la Ley 100 de 1993, norma de la que como se dijo, fueron exceptuados por mandato del artículo 279 *ibídem*; empero, solo para quienes se vincularon con posterioridad a la fecha de su expedición.

Así las cosas, se encuentran actualmente vigentes dos regímenes pensionales aplicables al personal docente; el primero, frente a los docentes vinculados con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, que cumplan los presupuestos para hacerse acreedores a la pensión vitalicia de jubilación, a quienes les será aplicable el ordenamiento jurídico anterior (Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes tales como la Ley 4ª de 1966, Decreto 1743 de 1966, Decreto 1045 de 1978, Ley 6 de 1945 y en últimas la Ley 33 de 1985), y para los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003, quienes se rigen por la Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, aspecto que fue clarificado mediante concepto rendido por el Consejo de Estado en el año 2007¹⁵.

6.2.1 Factores Salariales a tener en cuenta en la Base de liquidación de la Pensión de Jubilación antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003

En primera medida, el Decreto 1045 de 1978¹⁶ en su artículo 45, se establecieron de forma general los factores que integran la base de liquidación para el

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 22 de noviembre de 2007, C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 1.857, 11001-03-06-000-2007-00084-00

¹⁶ "por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional."

reconocimiento pensional de empleados públicos y trabajadores oficiales y por lo tanto dentro de éstos del personal docente oficial, al respecto indica la norma:

"ARTÍCULO 45°.-DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968"

Con posterioridad, con la entrada en vigencia de la Ley 33 del 29 de enero de 1985, se consagró el régimen pensional ordinario de todos los empleados oficiales, entre los que se incluye el personal docente, norma que en su artículo 1º, estableció que la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, igualó la edad pensional para hombres y mujeres en 55 años de edad, a la vez que consagró excepciones a sus normas, así:

"Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (Negrilla fuera de texto)

Par. 2º Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando

cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Par. 3° En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley”.

Así las cosas de acuerdo a lo manifestado, es necesario señalar la edad y los factores salariales establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985. Conforme a ello, es preciso anotar que la primera estableció la edad de pensión en 55 años de edad y el monto deberá ser el 75% del promedio salarial devengado en el último año de servicios, y los factores salariales a tener en cuenta fueron consagrados en la Ley 62 de 1985, que para tal efecto expresó:

“Artículo 1°. 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.” (Negritas fuera del texto)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁷, en Sala de Unificación, estableció en consideración a la norma en cita, y luego de referirse a los diferentes criterios dados al alcance del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los factores a tener en cuenta, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en material laboral 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”¹⁸.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP. Victor Hernando Alvarado Ardila, del 4 de agosto de 2010, radicado No. 25000232500020067509-01 (0112-2009)

¹⁸ “PENSIÓN DE JUBILACIÓN – Liquidación con base en todos los factores salariales/ SALARIO – Concepto 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

Entonces, se colige que, ha de tenerse en cuenta además de los señalados en la Ley 62 de 1985, todos los factores que constituyen salario, entre otros, la 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 de antigüedad, quinquenios, prima de navidad y vacaciones, éstas dos últimas a pesar de ser prestaciones sociales, tienen la connotación de factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, según el Decreto Ley 1045 de 1978. Así entonces, quedando excluidas aquellas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado; la indemnización de vacaciones, como quiera que no es ni salario ni prestación, sino corresponde a un descanso remunerado; y por último, la bonificación por recreación pues no constituye factor salarial para efectos prestacionales.

Así las cosas, en materia de liquidación pensional para aquellos servidores que quedaron amparados por las Leyes 33 y 62 de 1985, se tendrán en cuenta los factores devengados y debidamente certificados en el último año de servicio.

Por otra parte y respecto al deber de dar aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia el artículo 10º de la Ley 1437 de 2011, estableció que al momento de resolver asuntos de su competencia, se debe aplicar las disposiciones constitucionales y legales de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos facticos y jurídicos, es decir, se debe tener en cuenta las providencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, en las que interpreten y apliquen dichas normas.

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

La Corte Constitucional, en sentencia T-446/2013, ha sido enfática en señalar el límite que tiene la autoridades judiciales en el proceso de interpretación y

antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando”.

aplicación del ordenamiento jurídico, en tanto que toda persona tiene derecho a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales “*igualdad de trato, igualdad de aplicación e interpretación de la ley*”. Bajo el entendido que se debe tener un manejo de los precedentes judiciales, sin pasar por encima de tales principios¹⁹.

Así mismo, indico:

“Al respecto, ha explicado qué elementos del precedente son los que vinculan particularmente al juez, para lo cual ha precisado que usualmente, las sentencias judiciales están compuestas por tres partes: la parte resolutive o decismum, que generalmente sólo obliga a las partes en litigio; la ratio decidendi que puede definirse como “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.”; y los obiter dicta o dictum que son “toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.”²⁰ En consecuencia, es la ratio decidendi que es la base jurídica directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares²¹, esto por cuanto ella constituye el conjunto de argumentos jurídicos que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan.²² De manera que la ratio decidendi expresada en el precedente judicial constituye un importante límite a la autonomía judicial que no puede ser desconocido por los jueces.”²³ (Subraya el Despacho).

De manera tal, que si existe un precedente jurisprudencial en que se haya indicado las normas aplicables a un determinado caso, como lo es la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, resulta aplicable.

De otro lado, el despacho precisa, que a fin de propender por la sostenibilidad financiera del sistema pensional, entre otras, en la Sentencia del 09 de abril de

¹⁹ La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues un primer límite se encuentra en el derecho de toda persona a recibir el mismo tratamiento por parte de las autoridades judiciales. De hecho, en el ámbito judicial, dado que como se dijo, los jueces interpretan la ley y atribuyen consecuencias jurídicas a las partes en conflicto, “la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y la aplicación de la ley.” De manera que la jurisprudencia de la Corte ha advertido que el problema de relevancia constitucional en el manejo de los precedentes judiciales surge cuando, en franco desconocimiento del derecho a la igualdad y tomando como fundamento la autonomía e independencia judicial, los jueces adoptan decisiones disímiles frente a casos semejantes.

²⁰ Sentencia SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

²¹ Sobre el particular, en la sentencias T-766 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se sostuvo: “el precedente judicial vinculante está constituida por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso (sentencia T-049 de 2007).”

²² En relación con el contenido de la ratio decidendi en la sentencia T-117 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández la Corte señaló que “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”. Igualmente consultar T-569 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²³ Sentencia T-918 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

2014, Radicación Número 250002325000201000014 01, con Ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, el Consejo de Estado ha indicado; que respecto a reconocimientos como el que ahora se analiza, en el que se discute la inclusión de factores sobre los cuales inicialmente no se realizaron los correspondientes aportes al sistema de pensiones, que aquellos deberán ser descontados a favor del respectivo Fondo, sobre los factores de salario que se reconozcan, monto que deberá ser deducido al momento de efectuarse la reliquidación pensional, señaló el Alto Tribunal:

“(...) el a quo ordenó a la liquidadora de la Entidad de previsión, ‘reliquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó en esta providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo con la normatividad aplicable para el caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador’. No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal (...)

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad financiera del sistema pensional, señaló que ‘[P]ara la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones’.

Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala 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 de la 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.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado. Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente” (subrayado fuera del texto original).

En virtud de lo anterior, en el evento en que llegasen a prosperar las pretensiones deprecadas, se ordenará realizar los descuentos a los aportes, según las pautas establecidas en la jurisprudencia en cita.

6.3.- Pruebas y hechos acreditados

Quedó probado que el demandante nació el 02 de octubre de 1957, según da cuenta el registro de nacimiento.²⁴

Se acreditó que el demandante ingresó a prestar sus servicios docentes el 03 de febrero de 1988 en la Institución Educativa Nacional de Pitalito – Huila, lugar donde ejerció hasta el 1 de diciembre de 1992, realizando aportes para pensión a CAJANAL²⁵; y del 21 de diciembre de 1992 hasta el 25 de octubre de 2012 fecha de expedición del certificado de historia laboral, su vinculación fue como nacional en propiedad, de forma continua e ininterrumpida, realizando los aportes al Fondo Prestacional del Magisterio²⁶.

Que mediante Resolución No. 001813 del 27 de marzo de 2014 se resolvió reconocer y pagar al demandante una pensión vitalicia de jubilación por valor de \$1.964.071, efectiva a partir del 03 de octubre de 2012, en la cual como factores para determinar la base de liquidación, se tuvo en cuenta la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones devengados durante el periodo comprendido entre el 03 de octubre de 2011 al 02 de octubre de 2012²⁷

Según da cuenta el certificado de salarios y devengados de 14 de julio de 2013, proferido por la Secretaria de Educación de Boyacá, el demandante devengó entre octubre de 2011 a octubre de 2012 los siguientes factores salariales: **Asignación básica, prima de alimentación, Prima de vacaciones y Prima de navidad.**²⁸

6.4. Caso Concreto

Como se indicó en precedencia, en la audiencia inicial celebrada el 12 de noviembre de 2015, al momento de la fijación del litigio, se indicó que el mismo se concretaba a

²⁴ Folio 48.

²⁵ Folio 52-53.

²⁶ Folios 49-51.

²⁷ Folios 10-13.

²⁸ Folios 86-87.

establecer si el acto acusado se encuentra afectada de nulidad y si a al demandante le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año al status de pensionado.

Ahora bien, la negativa de la entidad demandada radica en que, a efectos de establecer la base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante, debe dar aplicación a lo establecido en la Ley 812 de 2003 y su Decreto reglamentario 3752 del mismo año; esto es, que la liquidación solo puede efectuarse sobre los factores salariales que sirvieron de base para calcular los aportes, siempre que los mismos se encuentren expresamente señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Así las cosas, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985, por cuanto la demandante ingresó a la docencia el día 03 de febrero de 1988; esto es, con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha para la cual entró en vigencia la Ley 812 de ese año, de lo cual no se encuentra discusión entre los extremos de la presente *litis*, también lo es que, la interpretación que debe darse a dicha normativa, 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 educador en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional; eso sí, previa deducción de los descuentos por aportes que pudieron dejarse de efectuar; lo anterior, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas.

Por tanto, resulta válido colegir que para efectos de determinar la base de liquidación pensional de los educadores, personal a quien le resulta aplicable el régimen general de pensiones, debe tenerse en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

Descendiendo al caso de autos, según se expuso en el acápite de hechos probados, del plenario se extrae que el demandante nació el 02 de octubre de 1957 e ingresó a la docencia el día 03 de febrero de 1988 y hasta la fecha de adquisición de status; esto es, 03 de octubre de 2012 laboró 8.861 días. De tal

suerte que el año base de liquidación es el comprendido entre el 03 de octubre de 2011 y el 02 de octubre de 2012.

Ahora, según lo indica el certificado de salarios, durante el último año a la adquisición del status pensional, el demandante devengó **Asignación básica, Prima de alimentación, Prima de vacaciones y Prima de navidad** y en el acto administrativo, Resolución 001813 de 27 de marzo de 2014, mediante el cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante, se incluyó como factores salariales a efectos de la liquidación la **Asignación básica, Prima alimentación, Prima de vacaciones**, omitiendo la **Prima de navidad**.

Así las cosas, no cabe duda a este Despacho que a través del acto administrativo acusado, erróneamente la entidad demandada liquidó la pensión reconocida al demandante sobre el 75% de lo devengado en el último año de servicios y tomó en cuenta como factores salariales: la Asignación básica, la prima de alimentación y la Prima de vacaciones pero dejó por fuera la **prima de navidad**, factor que hace parte de los devengados durante el último año a la adquisición del estatus pensional, motivo por el cual se ordenará la reliquidación de la pensión para que éste sea incluido, por cuanto el mismo constituye salario, al haberla percibido de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios y no se encuentra constituido para cubrir riesgos, infortunios o contingencias del trabajador.

Así las cosas, se declarará la nulidad del acto demandado y se ordenará a la entidad demandada, NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a título de restablecimiento del derecho, reliquidar y pagar la pensión vitalicia de jubilación al señor CARLOS ERNESTO SORIANO VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.130.279 de Guateque - Boyacá, con el 75% del promedio de lo devengado durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status; esto es, en el periodo comprendido entre el 03 de octubre de 2011 al 02 de octubre de 2012, con la inclusión de todos los factores salariales devengados como son **Asignación básica, Prima de alimentación, Prima de vacaciones y Prima de navidad**, según certificado obrante a folios 86 a 87, efectiva a partir del 03 de octubre de 2012. De la suma que resulte deberá descontarse las ya pagadas.

En cuanto a la prescripción y de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, el cual prevé que las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescribirán en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, así mismo el simple reclamo por escrito, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación interrumpe el la prescripción, por un lapso igual. Para tal fin se tiene que mediante resolución No. 001813 de 27 de marzo de 2014, se le reconoció la pensión de jubilación al demandante, quien acudió ante esta jurisdicción mediante el presente medio de control el día 15 de diciembre de 2014, motivo por el cual se entiende que no ha operado el fenómeno de la prescripción.

Las sumas que resulten a favor del demandante, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta para el efecto la fórmula establecida por el Consejo de Estado, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará mes a mes, para cada asignación salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, esta fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia, y en adelante se pagaran los intereses establecidos en el numeral 4 del artículo 195 del C.P.C.A. Además de lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

De otro lado, se deberán efectuar de las anteriores sumas, los descuentos sobre el factor que se ordena incluir, esto es, la prima de navidad con destino al Sistema de Seguridad Social en pensiones, en la forma como se indica en la sentencia emitida el 09 de abril de 2014, por el Consejo de Estado, dentro del Radicado No. 250002325000201000014-01, en el evento que no se hubiera realizado.

Finalmente frente a la entidad vinculada al presente asunto, mediante auto admisorio de 12 de marzo de 2015, visto a folio 71 a 72 del expediente, UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP, el despacho denegará las pretensiones de la demanda, como quiera que si bien, ante dicha entidad inicialmente se efectuaron aportes en el periodo comprendido entre el 03 de febrero de 1988 al 1 de diciembre de 1992, la entidad que reconoció la pensión de jubilación del actor es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y; quien en cumplimiento de la presente providencia, elabora el acto administrativo mediante el cual reliquida la pensión y reajusta la cuota parte que le pueda

corresponder a la UGPP, conforme lo establece el artículo 2º de la Ley 33 de 1985²⁹.

6.6.- Condena en costas:

Como es bien sabido, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) dispuso en materia de costas lo siguiente:

“Artículo 188. Condena en costas. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.

El significado de disponer según la real Academia de la Lengua³⁰ no es cosa distinta a: “1. tr. Colocar, poner algo en orden y situación conveniente. U. t. c. prnl. 2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse. (...)”

Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió la demanda que ahora se decide.

²⁹ “**Artículo 2º.** La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del termino de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.”

³⁰ Tomado de <http://dle.rae.es/?id=DxZ9aNj>. Consultado el 25-01-2016

En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que:

“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

Sin embargo, observa el Despacho que en el asunto *sub examine* no hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la entidad demandada, por el hecho de no haber prosperado los argumentos de defensa, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación y en tratándose de este tipo de procesos en los que interviene una entidad pública se encuentra de por medio del interés general y el patrimonio público, cuya protección se impone como interés público.

En consonancia con lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA:

Primero: DECLÁRESE la nulidad parcial del acto administrativo Resolución No. 001813 del 27 de marzo de 2014, proferida por la Secretaria de Educación de Boyacá, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación del señor CARLOS ERNESTO SORIANO VARGAS, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho, se ordena a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidar la pensión de jubilación del señor CARLOS ERNESTO SORIANO VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.130.279 de Guateque - Boyacá, con el 75% del promedio de lo devengado durante el año anterior a la adquisición de status pensional; esto es, del 03 de octubre de 2011 al 02 de octubre de 2012, con la inclusión de todos los factores salariales devengados como son: Asignación Básica, Prima de alimentación, Prima de Vacaciones y **Prima de navidad**, según certificado obrante a folios 86 a 87, emanado de la Secretaria de Educación de Boyacá, efectiva a partir del 03 de octubre de 2012.

Tercero: CONDENAR a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a favor del demandante, la indexación de las sumas adeudadas, conforme al artículo 192 incisos 2 y 3 de la ley 1437 de 2011, cifras que serán indexadas mes a mes, con fundamento en la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

De las sumas que resulten deberán descontarse las ya canceladas e igualmente de no haberse efectuado los descuentos de aportes a la entidad de Previsión sobre los factores a tener en cuenta, ellos se deducirán, conforme a lo indicado en la sentencia emitida el 09 de abril de 2014, por el Consejo de Estado, dentro del Radicado No. 250002325000201000014-01.

Cuarto: Se niegan las demás pretensiones de la demanda en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Quinto: Negar las pretensiones de la demanda frente a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Sexto: El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Séptimo: NO HAY LUGAR A CONDENA EN COSTAS a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

Octavo: En firme ésta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes, en la forma y términos previstos en el artículo 196 y 203 del C.P.A.C.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez