



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, dieciocho (18) de diciembre de dos mil quince (2015).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho

Radicado: 15001 33 33 004 2014 00128 00

Demandante: Luz Omaira Castañeda Bernal

Demandado: Nación – MEN - FNPSM

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- DEMANDANTE: LUZ OMAIRA CASTAÑEDA BERNAL, identificada con C.C. No. 23.605.297 de Tunja.
- DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

OBJETO:

➤ DECLARACIONES Y CONDENAS:

La declaratoria de nulidad parcial de la Resolución No. 01671 de 29 de octubre de 2010, proferida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación a la demandante, solicita también la nulidad de la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe reconocer, liquidar y pagar a la señora LUZ OMAIRA CASTAÑEDA BERNAL, la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios.

Que la condena se cancele en los términos de la Ley 1437 de 2011 y se condene en costas a la demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

La señora Luz Omaira Castañeda Bernal, laboró como docente nacional por más de 20 años, por lo que le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación efectiva a partir del 1 de diciembre de 2009, pensión que se paga a través de la Fiduprevisora. Señala que para liquidar la pensión de la demandante solo se tuvieron en cuenta la Asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones, desconociendo la prima de navidad devengada durante el año status de la docente.

La demandante radicó ante la entidad demandada el 1 de marzo de 2013 solicitud de reliquidación pensional; a su vez, la entidad demandada a través de la Resolución N° 005175 del 10 de septiembre de 2013 niega la reliquidación solicitada, posteriormente, se interpone recurso de reposición contra la citada resolución, recurso que a la fecha no ha sido resuelto, operando el silencio administrativo.

➤ JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

DERECHO A LA PENSIÓN

Frente al derecho a la pensión no existe discrepancia en el entendido que la entidad demandada reconoció que el demandante es beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, aplicando las reglas de las leyes 6 de 1945, ley 71 de 1988 y Ley 812 de 2003.

ENTIDAD OBLIGADA AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN:

Para el presente caso la entidad obligada al reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación es la Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

MONTO DE LA PENSIÓN:

Frente a este aspecto no existe discrepancia como quiera que el monto es el 75%, conforme se dispuso en el acto de reconocimiento pensional.

FACTORES SALARIALES

En este punto existe la discrepancia en el sentido de que la entidad demandada no reconoció la prima de navidad devengada durante el año status de la docente.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Manifiesta, que en la Constitución Política se estableció que el país está organizado como un Estado Social de Derecho que obliga a las autoridades a adelantar sus actuaciones dentro de los términos establecidos en la Constitución y la Ley, que por tanto, la entidad demandada al negar la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante, transgrede dicho precepto normativo, pues los actos administrativos enjuiciados desconocen

sus derechos económicos pues la demandante ha cotizado bajo factores que integran el salario.

Indica, que al aplicar el Decreto 3752 de 2003 en los actos demandados se desconoció la Ley 4 de 1992, artículo 2 literal a) y los mandatos de la Constitución Política contemplados en el artículo 53, por cuanto desmejoró la situación laboral y prestacional de la demandante, menoscabando el derecho de los docentes al determinar que el ingreso base de cotización y liquidación de su pensión de jubilación es el que se cause con posterioridad a la Ley 812 de 2003, y desconociendo el Ingreso Base Liquidación de su pensión hecho con anterioridad a la vigencia de la Ley 812, evidenciándose de la misma manera que se vulneró la condición más favorable o beneficiosa al trabajador, consagrada en el artículo 53 de la Constitución.

Afirma, que también se desconoció lo dispuesto en la Ley 812 de 2003, por cuanto en su artículo 81 se determinó que el régimen pensional de los docentes nacionales como es el caso de la demandante es "el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad", a la entrada en vigencia del Plan Nacional de Desarrollo, por cual, tanto el Decreto 3752/03 como las resoluciones demandadas contrariaron el espíritu de la norma, al desconocer el régimen prestacional de los docentes consagrados en normas anteriores, conforme al régimen de cada entidad territorial como establece el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Sostiene, que con la expedición de los actos administrativos enjuiciados se violó la Ley 91 de 1989, que es una norma de carácter especial dirigida exclusivamente a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, principio de interpretación, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado en la Ley 57 de 1887 artículo 5 al señalar "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general"

Que conforme a la sentencia del Consejo de Estado del 16 de abril de 2009, Consejero Ponente: Luis Rafael Vargas Quintero, se señaló que el artículo 4 de la Ley de 1966 reglamentado por el Decreto 1743 de 1966 estableció que las pensiones de jubilación o de invalidez a que tenga derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho se liquidaran y pagaran tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios durante el último año de servicios, que de igual manera la referida Corporación así lo ha resuelto en la sentencia de unificación del año 2010, y que en el caso que nos ocupa se puede colegir que la demandante tiene derecho que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de los devengados salariales que para la fecha de estatus pensional se le venía reconociendo.

Finalmente, resalta que la demandante por haber ingresado a laborar antes del 27 de junio de 2003 se le debió expedir la resolución de pensión de jubilación con todos los factores salariales tal como lo estableció el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, cuyos efectos serían respetar el régimen de transición establecido en el acto legislativo 01 de 2005, respetando el régimen anterior es decir el régimen especial,

que el régimen general solamente se aplicara a los docentes del servicio público educativo que se vinculen a partir del 27 de junio de 2003.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 75 a 85) presentó contestación a la demanda manifestando:

Como respuesta del sujeto pasivo de la acción se encuentra lo siguiente:

- RESPUESTA A LAS PRETENSIONES: la apoderada de la la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a todas y cada una de las pretensiones deprecadas.
- RESPUESTA A LOS HECHOS: frente al 1 y 3 a 6 manifestó que son ciertos; respecto al hecho 2 señaló que es parcialmente cierto y frente al hecho 8 señaló que no era un hecho.
- EXCEPCIONES: propuso la denominada “prescripción” y la “excepción genérica”.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fl. 115)

La apoderada de la parte demandante reafirmó todas y cada uno de los hechos, pretensiones y condenas escritas en la demanda, insistiendo que en el presente caso se debe aplicar la norma más favorable entendida como aquellas que están vigentes antes de la Ley 812 de 2003 y en aplicación a esta última se le debe dar aplicación al artículo 81 que como el Consejo de Estado lo ha pronunciado en su jurisprudencia de agosto de 2010, todas las pensiones se deben liquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales.

Entidad Demandada – Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 116 a 118)

La entidad demandada reitera los argumentos de defensa sustentados en la contestación de la demanda.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto de fecha 27 de junio de 2014 (fls. 38 y 39) se inadmitió la demanda, posteriormente con auto fechado 4 de agosto de 2014 se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada; por lo anterior, a partir del 20 de febrero de 2015 y hasta el 27 de marzo de 2015, la copia de la demanda y de sus anexos permaneció en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días (fl. 66), una vez cumplido el término anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la ley

1437 de 2011, término que empezó a correr desde el 6 de abril de 2015 al 19 de mayo de 2015, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término; luego se procedió a realizar la audiencia inicial, audiencia de pruebas, se recibieron los alegatos de las partes por escrito y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

El problema jurídico consiste en determinar si la señora LUZ OMAIRA CASTAÑEDA BERNAL, tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquide su pensión vitalicia de jubilación, se aplique el régimen de transición de la ley 100 de 1993, es decir, se liquide la pensión con las reglas de las leyes 6 de 1945, ley 71 de 1988 y Ley 812 de 2003, además, se incluyan todos los factores salariales devengados durante el año que adquirió el status pensional en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, o por el contrario, si se debe aplicar en su integralidad la ley 100 de 1993 en lo concerniente a edad, monto, tiempo, IBL y factores frente a los cuales se aportó al sistema.

Tesis de la parte demandante: Sostiene el apoderado demandante que se debe reliquidar la pensión de la señora LUZ OMAIRA CASTAÑEDA BERNAL, aplicando el régimen de transición de la ley 100 de 1993, es decir, que se liquide la pensión con base en las reglas de las leyes 6 de 1945, ley 71 de 1988 y Ley 812 de 2003, además, se incluyen todos los factores salariales devengados durante el año que adquirió el status pensional en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Tesis de la parte demandada: Solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que la pensión que en derecho corresponde debe calcularse teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la Ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, que por tanto, no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que la pensión se debió liquidar sobre todos los factores salariales devengados sin estar consagrados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Manifestó, que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidaran sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema.

Indicó, que frente al Decreto 3752 de 2003 se modificó el IBL de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes para pensiones (jubilación, invalidez, retiro por vejez, pensiones post portem) sujetándolos a los factores previsto para cotización. En consecuencia, el fondo no puede realizar la inclusión en liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la mencionada norma, factores diferentes a los previstos para la cotización.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Luz Omaira Castañeda Bernal

Demandado: Nación – MEN - FNPSM

Radicación: 2014-128

Señaló que el “Juzgador” tiene la facultad de privilegiar la interpretación que este más acorde con el marco Constitucional (artículo 4 de la Constitución Política), que es la de la taxatividad de los factores salariales a tener en cuenta para determinar la base pensional, lo cual, ha sido plasmado por la Corte Constitucional en Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, finalmente, concluyó que las sentencias de unificación de la Corte Constitucional tienen preeminencia sobre las emitidas por el Consejo de Estado de conformidad con lo expuesto y reiterado por la Corte Constitucional en Sentencia C-588 de 2012, que por lo anteriormente expuesto, se deben denegar las pretensiones de la demanda.

El despacho sostendrá que se debe liquidar nuevamente la pensión de jubilación de la demandante, bajo las reglas de las Leyes 33 y 62 de 1985, en un monto del 75%, con la inclusión de los conceptos devengados en el año anterior a la consolidación del status de pensionada, cuya naturaleza sea remuneratoria, atendiendo a que la actora no goza de un régimen especial en materia de pensiones, y por tanto le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985 las cuales no contemplan todos los factores por ella devengados debidamente certificados, sin embargo, siguiendo la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, dichas normas simplemente tienen un carácter enunciativo y por ello corresponde al juez determinar la naturaleza jurídica de cada factor salarial. Y en lo que toca a los factores que se ordene incluir en la nueva liquidación de la pensión, pero sobre los cuales no se hicieron aportes al Sistema General de Pensiones, debe acudirse a la solución planteada en la Jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, descontando de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión, los aportes respectivos.

4.-DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

5.-PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Frente a la única excepción planteada por la Nación, Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, denominada prescripción, el estudio de este medio exceptivo solo es procedente hasta tanto este Despacho determine si la demandante tiene o tuvo derecho a la inclusión de todos los factores salariales, razón por la cual en caso de que resulte probado en el proceso que la demandante tiene derecho al reconocimiento de dichos factores, se realizará el estudio del mismo.

5.2 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Luz Omaira Castañeda Bernal

Demandado: Nación – MEN - FNPSM

Radicación: 2014-128

- Copia del expediente administrativo pensional (fls. 10 a 27)
- Copia Resolución N° 735 de 25 de junio de 2010, por la que se le reconoce la pensión vitalicia de jubilación a la demandante (fls. 13 a 15)
- Copia Resolución N° 005175 de 10 de septiembre de 2013, por la que se resuelve una solicitud de ajuste de pensión (fls. 28 y 29)
- Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado el 12 de febrero de 2014 (fls. 30 a 32)
- Constancia de agotamiento requisito de conciliación (fls. 33 y 34)
- Copia del Expediente Administrativo Pensional de la señora Luz Omaira Castañeda Bernal, identificada con la cédula de ciudadanía N° 23.605.297. (Cuaderno anexo 1 con 343 folios)

5.3- ARGUMENTOS JURÍDICOS**Los modos de integración en el sistema de seguridad social.**

La Ley 100 de 1993 y estableció tanto principios como reglas para que todos los habitantes del territorio nacional quedaran cobijados por el sistema de seguridad social. Utilizó tres fórmulas para resolver el problema de la pertenencia al sistema:

Inclusión. Esta fórmula establece un principio general que consiste en que al Sistema de Seguridad Social pertenecen todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11 Ley 100/93)¹. Este principio general se desarrolla a partir de dos postulados: El primero es que la Ley 100 se aplica a todos los que se vinculen en adelante al sistema; el segundo, a pesar de pertenecer al sistema no a todos se les aplica las normas de la Ley 100 porque están excluidos o pertenecen al régimen de transición. La inclusión voluntaria y plena al sistema de quienes tienen el derecho de estar dentro del régimen de transición, conforme lo establece el inciso 3º y 4º del artículo 36 de la Ley 100/93.

Exclusión. Esta fórmula lo que realiza es un principio esencial, el respeto a los derechos adquiridos o el tratamiento especial o diferencial del sistema.

i) Derechos adquiridos. Están excluidas las personas ya pensionadas o las que hayan adquirido el derecho antes de entrar en vigencia la ley. El artículo 11 reza: "... para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

¹ARTÍCULO 11. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Luz Omaira Castañeda Bernal

Demandado: Nación – MEN - FNPSM

Radicación: 2014-128

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

El inciso 6° del artículo 36: "Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos."

ii) **Trato diferente.** Están excluidos el grupo de personas que expresamente la norma les creó un régimen especial o se los permitió. El artículo 279 de la ley 100/93² señala a los miembros de la Fuerza Pública, **a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, como es el caso de la demandante, a los trabajadores de Ecopetrol, entre otros.

Transición. Esta fórmula es la que resulta más controvertida porque lo que se busca es conciliar los intereses de quienes en razón a la edad o al tiempo de trabajo deban ser sometidos a las nuevas reglas y deban, al mismo tiempo, respetársele algunos derechos, con el fin de garantizar la igualdad y la justicia, puesto que es sano que se establezca como política pública ciertos puentes normativos que permitan ese tránsito a las nuevas condiciones laborales sin desconocer las realidades y circunstancias anteriores.

En conclusión, la primera premisa para que alguien reclame un trato diferente al establecido con la Ley 100 de 1993, es que se encuentre en cualquiera de las premisas o subreglas sobre la pertenencia al sistema con reglas distintas o especiales.

²ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARÁGRAFO 1o. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARÁGRAFO 2o. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO 3o. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO 4o. <Adicionado por el artículo 1o. de la Ley 238 de 1995, el nuevo texto es el siguiente:> Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

➤ Régimen legal de la pensión de jubilación de los docentes

- Los docentes no tienen un régimen especial de pensiones. Es importante empezar aclarando que los docentes no tienen un régimen especial en cuanto a pensiones se refiere, sino que tienen una pensión especial, la gracia, distinta a la pensión de vejez ordinaria o general, por lo tanto, no es posible que con fundamento en la normatividad que establece la pensión especial gracia pueda reclamarse un régimen normativo especial para la pensión de jubilación ordinaria.³

Debe decirse que los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios, cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los docentes quienes gozan de un régimen especial de pensiones pero únicamente sobre el tema de la pensión gracia.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" en sentencia de 23 de febrero de 2006, con ponencia del Consejero Doctor Jesús María Lemos Bustamante, dentro del proceso radicado con el número 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04), luego de señalar las normas que han regido el sistema pensional (literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 1º de la Ley 33 de 1985 llegó a dicha conclusión.

Los docentes a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones, por lo tanto se les aplica el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993 debido a que por expresa disposición del inciso 2º del artículo 279 así lo estipuló:

"(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)"

En consecuencia, el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

³ Para un estudio sobre la normatividad ver: Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, expediente 2002-0081. MP. Luisa Mariana Sandoval Mesa. "El Decreto Ley No. 2277 de 1979, denominado el estatuto docente, indudablemente comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación - derecho de los mismos ... Este Decreto Ley, régimen especial conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, su especialidad no resulta aplicable en el campo pensional. (...). Pues bien, como ya se vio, en materia de PENSIÓN DE JUBILACIÓN - ORDINARIA O DERECHO, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen "especial"; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 (ley 115/94) que se intitula "Régimen Especial de los Educadores Estatales", dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación - derecho de los docentes. (...) En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de PENSIÓN DE VEJEZ -ORDINARIA (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las PENSIONES DE JUBILACIÓN - DERECHO E INVALIDEZ DE LOS DOCENTES, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente."

Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, por lo tanto, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, sancionada el 29 de enero de 1985 y su publicación se hizo en el Diario Oficial No. 36.856 del 13 de febrero de 1985.

• **Normas que han regulado el derecho a la pensión ordinaria de jubilación para el sector oficial docente-**.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia del 21 de mayo de 2005, Consejero Ponente: Tarcisio Cáceres Toro, hace un estudio histórico y analítico de la normatividad que ha venido rigiendo para el sector oficial docente, en materia pensional. La conclusión a la que llega el Máximo Tribunal es que los docentes no gozan de ningún régimen normativo especial, sino que les es aplicable la Ley 33 de 1985 y que no le es aplicable lo previsto en la Ley 812 de 2003 a aquellos que ingresaron con anterioridad a su expedición.

Esta misma norma dispone en su artículo 81 lo siguiente:

"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. (...)".

Por su parte 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..."

Como se observa, las previsiones de la Ley 812 de 2003 se aplican únicamente a los docentes vinculados con posterioridad a su expedición y el régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad se rige por normas anteriores; además debe recordarse que la precisión contenida en el artículo 3º del D.R. 3752 de 2003 señalada para determinar la base de cotización, fue derogada por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 que previó:

"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 parágrafo del artículo 4º 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°."

Con respecto al Acto legislativo N° 01 de 2005, basta citar la previsión contenida en el párrafo 1° que señala:

"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".

En conclusión, siempre que el docente no se encuentre dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, quedará sometido a ésta, pues la Ley 812/03 sólo se aplica para quienes se hayan vinculado a partir de entrar en vigencia esta última, por lo tanto, la liquidación de los docentes se hará conforme al artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que señaló los factores base de liquidación para los aportes, así: 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. Esta disposición no complementó ni adicionó normas anteriores, sencillamente, definió los factores aplicables para la liquidación de las pensiones de quienes adquirieran el derecho a partir de su vigencia y no se encontraran en el régimen de transición allí previsto; aún más, en su artículo 25 derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y todas las normas que fueran contrarias.

Teniendo en cuenta que los docentes para su pensión no tienen un régimen especial, entonces, la primera premisa es que se les aplica el régimen general anterior a la Ley 100 de 1993, es decir, la Ley 33 de 1985; la segunda premisa es que ésta ley estableció un régimen de transición para que continuara aplicándose el régimen normativo anterior a la vigencia de la misma y la aplicación plena del régimen normativo a quienes no estén en dicho régimen de transición.

La Ley 33 expedida en el año de 1985⁴ estableció "algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público",

⁴ Artículo 1° "...El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o 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.

Par. 2° 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.

exceptuando de su aplicación cuatro supuestos, que conforman un régimen de transición a saber:

- 1) Los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la Ley haya determinado expresamente, y aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- 2) Los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la Ley.
- 3) Los empleados oficiales que con veinte (20) años de labor continua o discontinua, se hallaran retirados del servicio, quienes tendrían derecho cuando cumplieran cincuenta (50) años de edad, si eran mujeres, o cincuenta y cinco (55) si eran varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.
- 4) Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la Ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella.

Por lo tanto, la otra subregla es establecer si el docente que reclama la pensión se encuentra cobijado con el régimen de transición de la Ley 33 de 1985, si se le aplica de manera plena la ley 33 o se le aplica la Ley 812 de 2003.

• **Los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de los docentes.**

Cuando se ha llegado a la conclusión de que los docentes no gozan de ningún régimen normativo especial para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicio y, especialmente, la cuantía del monto de la pensión, es decir, por vía de la excepción al régimen de la Ley 100 se le aplica de manera plena la Ley 33 y 62 de 1985, entonces, se avoca al problema jurídico planteado consistente en saber si sólo se tienen en cuenta los factores taxativamente señalados en la ley (Art. 1 L 62/85⁵) o se pueden incluir otros distintos.

Sentencia de Unificación: La Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 (Rad. 25000232500020060750901), definió la manera como se ha de reliquidar la pensión de jubilación, en cuanto a los factores de salario del último año de servicios. Para ello, dicha Corporación precisó que para los "empleados oficiales" con régimen de

Par. 3º 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."

⁵ 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 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." "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."

transición, una de las normas aplicables era la ley 33 y la ley 62, ambas de 1985 (edad, monto y tiempo de servicios).

Como el problema jurídico se contraía a definir con qué factores de salario se constituía el Ingreso Base de Liquidación Pensional, esa Corporación previamente citó los criterios que manejaban cada una de las subsecciones (de la sección segunda), las cuales se resumen así:

- a. En el IBL, se debía incluir todos los factores salariales percibidos por el trabajador.
- b. En el IBL, solo podían incluirse aquellos sobre los cuales se realizaron aportes.
- c. En el IBL, se incluían aquellos que estaban taxativamente enlistados en la norma.

Por lo que el Consejo de Estado en aplicación principios constitucionales en especial el de favorabilidad laboral, determinó que la Ley 33 de 1985 no indica de manera taxativa los factores de salario que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos son enunciativos, siendo posible incluir otros emolumentos que haya percibido el trabajador en el último año de servicios y que tenga el carácter de habitualidad y de retribución directa del servicio⁶.

- **Aportes al sistema de seguridad social.**

Si bien hasta el momento actual este Despacho acogía en este punto la doctrina de del Consejo de Estado conforme a la cual la omisión por parte de la administración en el descuento y la consignación de aportes no impide el reconocimiento de factores salariales para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad **de las mesadas adeudadas** cuando se haga el reconocimiento prestacional, en garantía de la sostenibilidad del sistema de seguridad social, es imperativo hacer una nueva reflexión sobre el punto, atendiendo la problemática que pueden suscitar las fórmulas hasta ahora aplicadas, pues es posible que no se logre que *“los mencionados descuentos deben 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 dependan económicamente, afectando su mínimo vital”* como sostiene el Consejo de Estado en Sentencias de la Sección Segunda – Subsección “A” con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren con fecha 5 de junio de 2014 y radicaciones 25000-23-25-000-2012-00762-01 (0623-2013) siendo actor Carlos Eduardo Pulido Roa y 25000232500020110135001 (1453-2013) siendo actora Elvira Cuervo de Jaramillo.

⁶ Tomado de la sentencia en cita: “...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 enfrentando.”

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Luz Omaira Castañeda Bernal

Demandado: Nación – MEN - FNPSM

Radicación: 2014-128

Es necesario establecer cómo han de distribuirse las cargas que surgen a raíz del cambio jurisprudencial. Desde nuestra perspectiva debe realizarse una ponderación de principios e intereses, con el objeto de saber qué trato se le debe dar a cada una de las partes involucradas y armonizar todos los derechos. No se puede desconocer el papel que cumple cada una de las partes en el problema que nos ocupa: una cosa es la entidad demandada como patrono y como estado, y otra cosa es el demandante como empleado público y particular. Entonces se debe considerar: (i) que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del estado y éste debe asegurar su prestación eficiente y mantener la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. (Art. 365 CP) (ii) La seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable (SU-062/2010) y un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado.(Art. 48 CP) (iii)el particular como empleado público y titular del derecho fundamental a la seguridad social, debe cumplir la Constitución y la ley (Art. 95 CP) y tiene derecho a que el Estado y sus autoridades públicas le garanticen la efectividad de sus derechos y le aseguren el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. (Art. 2 CP). De lo anterior se evidencia que en la relación jurídica administrativa entre empleador y empleado existe una desigualdad que solamente se equilibra a partir de los derechos y las garantías con que cuenta el ciudadano, y a su vez, la empresa administradora de las pensiones está sometida a unos principios y reglas en el manejo de los recursos que determinan su actuar.

En suma, la carga que surge con el cambio jurisprudencial es el pago de la cotización sobre los nuevos factores que fueron incluidos en la reliquidación de la pensión, proporcionalmente a cargo tanto del empleador (entidad pública) como del trabajador (empleado público), el cual debe ser *"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)"*, según dijo el Consejo de Estado, en las sentencias ya referenciadas. No obstante, el rol de cada parte es distinto y debe ponderarse así: a) El pago de los valores por concepto de cotización sobre los nuevos factores salariales debidamente actualizados, según el porcentaje correspondiente a la entidad pública, tendrá que hacerse de manera íntegra y no está sujeta a ninguna prescripción debido a la naturaleza jurídica del derecho pues ella actúa no sólo como empleadora sino como estado; c) Los aportes del demandante están sujetos a la prescripción trienal porque el cumplimiento de la obligación de pagar la cotización no dependía directamente de su actuar sino que estaba sujeto a la retención correspondiente, por lo tanto, el cumplimiento de la legalidad y del principio de confianza legítima se vulneran cuando su actuar está sujeto a procedimientos ajenos a su voluntad; d) El demandante sólo puede ser deudor hasta el monto de lo que recibe sin que se afecte su pensión, porque se vulneran los principios de favorabilidad laboral y la prohibición de reducirse la pensión. (Art. 48 CP)

En cuanto a los descuentos por salud, deberá aplicarse las mismas reglas.

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

En el presente caso se demandaron la nulidad parcial de la Resolución No. 01671 de 29 de octubre de 2010 y la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013, expedidas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así como también solicita la declaratoria de existencia del acto ficto derivado de la falta de respuesta al recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013 y su correspondiente nulidad.

Como se indicó, si bien los docentes gozan de un régimen especial en materia de ingreso, ascenso y retiro del servicio, también lo es que en materia de pensión de jubilación no han venido gozando de un régimen especial, por el contrario se les ha aplicado las normas generales reguladoras de esta prestación. En este sentido, el marco legal estudiado en líneas precedentes permite concluir que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, al tenor de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 91 de 1989 para efectos prestacionales, mantendrán el régimen que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Así como también que las previsiones de la Ley 812 de 2003 se aplican únicamente a los docentes vinculados con posterioridad a su expedición y el régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad se rige por normas anteriores, por tanto, en el sublite es la Ley 33 de 1985, salvo los casos excluidos de su aplicación contemplados dentro de su artículo 1º.

Teniendo en cuenta que la docente LUZ OMAIRA CASTAÑEDA BERNAL no se encontraba inmersa dentro de las excepciones contempladas en el mencionado artículo, pues como se dijo no está cobijada por un régimen especial de pensiones, no llevaba 20 ni 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985⁷ y menos aún había cumplido la totalidad de requisitos para que le fuesen respetados derechos adquiridos, se reitera, en materia pensional, se encuentra cobijada por la Ley 33 de 1985, modificada en materia de factores salariales a tener en cuenta dentro de la base de liquidación de la mesada pensional por la Ley 62 de 1985, agregando todos aquellos factores que constituyen salario.

Ahora bien, el Despacho debe establecer cuáles de los elementos salariales percibidos por la demandante constituyen una retribución directamente relacionada con la prestación personal del servicio y no están dirigidos a asumir riesgos inherentes a la labor, sin perjuicio de la facultad del Juez para establecer la procedencia del reconocimiento del factor salarial reclamado bajo el principio de legalidad.

Observa en este sentido el Despacho que de acuerdo al certificado de devengados obrante a folios 18 y 19 del expediente, los pagos salariales devengados por la docente LUZ OMAIRA CASTAÑEDA BERNAL durante el año que

⁷ La ley 33 de 1985 fue sancionada el 29 de enero de 1985 y publicada en el Diario Oficial No. 36856 del 13 de febrero de 1985.

adquirió su status pensional (1 de diciembre de 2008 al 30 de noviembre de 2009) fueron los siguientes:

- Asignación básica
- Prima de Alimentación
- Prima de Vacaciones
- Prima de Navidad

Respecto al factor discutido como la **prima de navidad**, debe estarse lo dispuesto en la ya referida sentencia de unificación del Consejo de Estado, que sostiene lo siguiente:

"sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales – a las cuales el mismo legislador 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 caso 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 prima como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional"

Por consiguiente, aunque es regla de exclusión de factores salariales en la base de liquidación de las pensiones la establecida en la sentencia de unificación en comento con respecto a las "sumas que cubran riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver afectado", la misma no se aplica a aquellas prestaciones que pese a tener dicha connotación sea el propio legislador el que las haya incluido como factor salarial, como por ejemplo ocurre con la prima de navidad y vacaciones.

Conclusión

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad de los actos administrativos, pues fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 01671 de 29 de octubre de 2010, la nulidad de la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013, expedidas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así como también se declarará la existencia del acto ficto derivado de la falta de respuesta al recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013 y su correspondiente nulidad.

Se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 75% del promedio de todo lo devengado en el periodo comprendido entre

el 1 de diciembre de 2008 al 30 de noviembre de 2009. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante.

Y cuanto a la prescripción trienal, en el presente caso no hay lugar a la aplicación de sus consecuencias, como quiera que el reconocimiento pensional se realizó el 25 de junio de 2010, posteriormente se petitionó por vía administrativa la reliquidación de la pensión el 6 de marzo de 2013, obteniendo la expedición de la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013, ante la cual la peticionaria interpuso recurso de apelación frente al cual la administración no ha dado respuesta, configurándose el silencio administrativo acto definitivo por lo que no hay lugar a la aplicación de la prescripción trienal de las mesadas pensionales.

El pago de los valores a que se refiere la presente providencia, se ajustará al valor, de conformidad con los artículos 187 y 192 del CPACA, desde que fueron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

Respuesta a los argumentos de las partes.

Considera el Despacho que la postura argumentativa frente a la contestación de la demanda presentada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la taxatividad de los factores salariales en la base de la liquidación de la pensión dentro de la Ley 62 de 1985, desconoce la sentencia de unificación de Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila con Radicación No. 250002325000200607509.

Frente al caso en concreto, es claro que la entidad demandada desconoce lo preceptuado en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto las autoridades deben tener en cuenta no solo la aplicación de las normas sino tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, con el objeto del reconocimiento de un derecho o a los sujetos quienes solicitan y acreditan el mismo supuesto fáctico y jurídico.

El objeto del medio de control de la referencia es solicitar la reliquidación pensional vitalicia de jubilación en favor de la señora LUZ OMAIRA CASTAÑEDA BERNAL, sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre ellos, la prima de navidad que no se contempló, situación que vulnera el derecho a la igualdad formal y material (art.13 C.N.), específicamente el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto el ciudadano puede exigir a la administración que se le otorgue un trato igual en casos de régimen docente similares al momento de acceder a la liquidación de la pensión vitalicia jubilación por medio de la aplicación de precedentes judiciales que respalden y resuelven casos similares como el presente.

Con respecto a la aplicación del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, este Despacho considera que no es aplicable para el régimen de los docentes, puesto que el artículo 160 de la ley 1151 de 2007, derogó dicha disposición. Sobre el particular, en sentencia del 06 de abril de 2011 el Consejo de Estado – Sala de lo

Contencioso Administrativo – Sección Segunda, precisó que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, que fue la base esencial para el ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales, no se aplica a los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de la expedición de la ley 812 de 2003, lo cual significa que si bien no se decretó la nulidad del precepto, aclaró que la disposición debe entenderse que mientras estuvo en vigencia, se refirió únicamente a los docentes que se vincularon con posterioridad al 27 de junio de 2003, sentando de esa manera que no se vulnera los derechos adquiridos a los docentes que venían vinculados antes de la vigencia de la ley 812 de 2003, ni se afecta el principio de favorabilidad⁸.

De igual manera, a través de concepto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con fecha de diez (10) de agosto de dos mil once (2011), Consejero Ponente: Luis Álvarez Jaramillo, sostuvo:

“El FNPSM no reconoció los factores salariales para los maestros que se pensionaron entre los años 2003 y 2007 año cuando la ley 1151 de 2007(Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), promulgada el 27 de junio, derogo expresamente el decreto 3752 de 2003, cabiendo anotar que este no se aplica a este grupo de docentes cuando en sus consideraciones jurídicas señala “Para la sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento pleno y oportuno de su prestación...”. Igualmente señaló de manera clara y categórica que “el artículo 3º del decreto 3752 de 2003 debe entenderse, mientras estuvo vigente, referido únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003””

Siendo ello así es claro lo expresado por el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo no se hace necesario inaplicar el decreto en cuestión 3752 de 2003 por vía de excepción de inconstitucionalidad, pues la interpretación del Consejo de cuando fue sometido al estudio de legalidad dicho decreto aunque no decretó su nulidad, aclaró que este decreto solo regía para los docentes que se vinculaban a partir del 27 de junio de 2003, además que así lo establecía la Ley 812 que reglamentaba ese decreto.

Por último, en cuanto a la aplicación de la Sentencia C-258 de 2013 basta para negar esta petición acudir al texto mismo de la sentencia, en la cual la Corte indicó:

“ (...) 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 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

⁸Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Sentencia de 06 de abril de 2011. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicado: 1100103250002004 0022001.

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 otros⁹. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados (...)"

Y en lo que toca a la Sentencia SU-230 de 2015, la misma versa sobre un asunto de control concreto de constitucionalidad en torno a la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que se refiere al régimen de transición de esta norma del cual son beneficiarios quienes a su entrada en vigencia se encontraran próximos a consolidar su situación pensional, sin embargo los docentes, como lo es la demandante, en principio están excluidos de la aplicación de esta norma en virtud de lo dispuesto en su artículo 279 que les dispensa, como se indicó, un trato diferente.

De las costas

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del C.G.P.

El artículo 365 del C. G. P. es aplicable en el procedimiento contencioso en virtud de la remisión normativa autorizada mediante el artículo 306 del C. P. A. C. A.

Es pertinente en torno al tópico de las costas considerar los siguientes argumentos del órgano de cierre de la Jurisdicción:

"El criterio de aplicación de las normas sobre condena en costas en desistimiento de la demanda, debe atender al carácter del conflicto suscitado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues tal y como lo planteó el recurrente, la filosofía de esta figura en el derecho civil es diferente a la ventilada en asuntos como el de la referencia por el carácter público de una de las parte en conflicto, que entre otras cosas, ha justificado en Colombia la existencia de una jurisdicción especializada e independiente de la ordinaria.

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia¹⁰, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.¹¹

⁹ 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.

¹⁰ Sentencia T-342 de 2008: "Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc.¹⁰. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3º del artículo 393 del C.P.C.¹⁰, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado."

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

Es decir que en materia de costas habrá que considerar: (i) la naturaleza de los conflictos que se resuelven en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no tienen un contenido puramente económico, sino que está involucrado el interés público y el reclamo de derechos de los ciudadanos ante la administración, ámbito distinto al de la jurisdicción civil, así como las circunstancias particulares del caso. (ii) el fundamento de las costas procesales es sancionar el abuso del derecho o **el desgaste judicial innecesario**, por ello cabe el análisis de la conducta de las partes en el debate, las costas no pueden ser impuestas atendiendo simplemente el razonamiento objetivo de ser vencido en juicio.

Considera el Despacho que en esta caso no hay lugar a la condena en costas porque la postura de la entidad demandada se fundamenta en la existencia de diversas sentencias de los órganos de cierre con posturas diversas sobre el tema pensional, no en el desconocimiento de su deber como administradora de pensiones.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. Se declara la nulidad parcial de la Resolución No. 01671 de 29 de octubre de 2010, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. Se declara la nulidad de la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013, expedida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TERCERO. Se declara la existencia del acto ficto derivado de la falta de respuesta al recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013, radicado en la entidad demandada el 12 de febrero de 2014, por la señora Luz Omaira Castañeda Bernal a través de su apoderada.

CUARTO. Se declara la nulidad del acto ficto derivado de la falta de respuesta al recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la Resolución No. 005175 del 10 de septiembre de 2013, radicado en la entidad demandada el 12 de febrero de 2014, por la señora Luz Omaira Castañeda Bernal a través de su apoderada.

QUINTO. Se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

SEXTO. Como consecuencia de la anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar en debida forma, reconocer y pagar a la señora LUZ OMAIRA CASTAÑEDA BERNAL, identificada con cédula de ciudadanía N°

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Luz Omaira Castañeda Bernal

Demandado: Nación - MEN - FNPSM

Radicación: 2014-128

23.605.297 de Tunja, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de servicios, esto es desde el 1 de diciembre de 2008 al 30 de noviembre de 2009. Es decir los factores salariales a incluir en el ingreso base de liquidación son: Asignación Básica, Prima de Alimentación, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, sin que haya lugar a la aplicación de la prescripción de mesadas, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.

Al momento de hacer la liquidación para pagar los valores resultantes de lo aquí dispuesto, se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado y recibido mediante el valor anteriormente reconocido.

Igualmente, se harán los descuentos que por aportes se deban realizar, conforme a la parte motiva de la sentencia, valores que serán actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario de manera que se pueda determinar una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y a la actora pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión de la segunda.

Los descuentos deben ser congruentes con las circunstancias y condiciones económicas de la demandante, dada la cuantía de su pensión, para no afectar su mínimo vital y el de aquellos que puedan depender económicamente de ella.

En cuanto a los descuentos por salud, deberán aplicarse las mismas reglas.

SÉPTIMO. El pago de los valores a que se refiere la presente providencia, se ajustará al valor, de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

OCTAVO. Se ordena dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

NOVENO. Negar las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO. Se niega la condena en costas a la parte vencida en juicio.

DÉCIMO PRIMERO. Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ