



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: **PEDRO CASTELLANOS ESPINOSA**
DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
RADICACIÓN: 15001333300420140018500

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:** PEDRO CASTELLANOS ESPINOSA, identificado con C.C. No. 6.752.486 de Tunja.
- **DEMANDADO:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

OBJETO:

➤ DECLARACIONES Y CONDENAS:

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora presentó demanda tendiente a:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 083 del 7 de febrero de 2008 expedida por la Nación- Ministerio de Educación Nacional, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión Vitalicia de Jubilación al señor Pedro Castellanos Espinosa, a partir del 12 de mayo de 2007.

Que como consecuencia de lo anterior se declare que el demandante, tiene derecho a que se le reconozca y pague, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del día que cumplió veinte (20) años de servicio y cincuenta y cinco (55) años de edad, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios, con todos sus factores, devengados en el último año de servicio, haciéndola efectiva a partir del 12 de mayo de 2007.

Igualmente, solicita condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas conforme lo dispone el artículo 195 numeral 4 del C.P.A.C.A., modificado por la Ley 1437 de 2011, también que se ordene el cumplimiento del fallo

dentro del término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A., y finalmente que se condene en costas

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El demandante, PEDRO CASTELLANOS ESPINOSA, nació el día 10 de agosto de 1951. (fl.15)

El demandante desarrolló su vida laboral como docente en la ciudad de Tunja, obteniendo el reconocimiento de su pensión a través de la **Resolución No. 0083 del 7 de febrero de 2008**, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaria de Educación de Tunja, ordenándole un pago de una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$983.429 a partir del 12 de mayo de 2007. **(fls. 15-17)**

La Resolución 083 del 07 de febrero de 2008, liquidó la pensión de jubilación únicamente con la asignación básica, desestimando los factores salariales de Prima de vacaciones y Prima de Navidad sin ninguna justificación. **(Objeto de debate)**

Hasta este punto el Despacho delimitó el litigio en la audiencia inicial celebrada el día 11 de agosto de 2015, sin embargo al examinar el expediente administrativo del accionante surgieron otras situaciones de hecho que llamaron la atención del Despacho como por ejemplo:

Si la administración cuestionó la forma en la que fue reconocida la pensión al demandante, pues según se indica en el oficio SE-M-CART-3200 del 22 de diciembre de 2011 (fl. 2 ANEXO 1), MARIA ISABEL OLARTE ALFONSO en su condición de Directora de Prestaciones Económicas de la FIDUPREVISORA sostuvo que la pensión “fue reconocida en forma irregular teniendo en cuenta que la docente no cuenta con los requisitos exigidos de las normas aplicables para el reconocimiento de la pensión por aportes es decir, ley 71 de 1988 Decreto 1160 de 1989 y decreto 2709 de 1994 los cuales establecen como requisito para pensión a los docentes hombres, tener 60 años de edad, y en el presente caso el docente solo cumple con la edad requisito el día 10 de agosto de 2011; razón está que evidencia que a la fecha, el docente no cuenta con este requisito legal para acceder a la pensión por aportes”.

Si la Resolución No. 083 de 07 de febrero de 2008 se hizo efectiva y,

Si la Alcaldía Municipal de Tunja, en respuesta al oficio SE-M-CART del 22 de diciembre de 2011 dio inicio a la acción de lesividad a la que hizo alusión la Directora de Prestaciones Económicas de la Fiduprevisora.

De igual forma fue necesario establecer si el demandante acudió ante el juez laboral en proceso ejecutivo con el objeto de hacer efectivo el pago procedente de la Resolución No. 0083 del 07 de febrero de 2008.

➤ JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 1, 4, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336

NORMAS DE RANGO LEGAL

Ley 91 de 1989
Decreto 2563 de 1990
Decreto ley 2277 de 1979
Ley 4 de 1992
Ley 6ª de 1945
Decreto 1045 de 1978
Ley 812 de 2003

Sustentó su concepto de violación con los siguientes argumentos:

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 de 2003, 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, considera que el acto administrativo acusado incurre en una falsa motivación como quiera que se apoya de manera equivocada en el Decreto 3752 del 2003, por medio del cual se reglamentaron “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”, dándole una interpretación equivocada ya que dicho decreto, solo es aplicable a quienes se vincularon con posterioridad a la ley 812 de 2003.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 40 a 44) presentó contestación a la demanda manifestando:

- **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 1º a 3º manifestó que son ciertos; respecto a los hechos 4º, 5º, 6º y 7º expresó que no son hechos sino una apreciación e interpretación de la parte actora.
- **EXCEPCIONES:** propuso la denominada “prescripción”.

Sostiene que, como quiera que el demandante se vinculó como docente el 01 de abril de 1986, le es aplicable el régimen vigente que tenían en su entidad territorial, es decir, el contenido en la ley 33 de 1985. Respecto a los factores salariales sostiene que los mismo deben ser calculados conforme a la ley 62 de 1985 y devengados durante el último año de servicio, por lo que a primera vista no le asiste razón a la parte actora afirma que se debió reliquidar su pensión 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.

Aunado a lo anterior agrega que, dicha entidad solo puede liquidar la pensión sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes y cuando estos sean de aquellos 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 se causen con posterioridad a la expedición de la ley en comento, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo de Prestaciones, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

1.1.4 ALEGATOS

Corrido el traslado para alegar, las partes y el Ministerio Publico guardaron silencio.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto del 29 de septiembre de 2014 (fls. 24-25) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 4 de junio de 2015, a través del correo electrónico suministrado con la demanda; por lo anterior, a partir del 5 de marzo de 2015 y hasta el 16 de abril 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, 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 17 de abril de 2015 al 1º de junio 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: La controversia se circunscribe a determinar si a la parte actora le asiste el derecho a que la pensión que le fue reconocida con fundamento en la Resolución No 083 del 07 de febrero de 2008, le sea reliquidada en los términos de la Ley 71 de 1988 y si en la liquidación de la prestación se debe incluir como factores salariales la prima de vacaciones y de navidad.

Tesis de la parte demandante: Sostiene el apoderado demandante que se debe reliquidar la pensión del señor PEDRO CASTELLANOS ESPINOSA, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al estatus de pensionada, pues la negativa a reconocerlos deviene de la aplicación incorrecta del Decreto 3752 de 2003.

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.

El Despacho sostendrá que se debe liquidar nuevamente la pensión por aportes del demandante bajo las reglas de la ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994 en un monto del 75%, con la inclusión de los conceptos devengados en el año anterior a la consolidación del status de pensionado, y no conforme a la ley 33 de 1985 como erróneamente lo sostiene la entidad demandada.

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.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Precisiones del caso.

Se trata en este caso de establecer la legalidad parcial de la **Resolución No. 083 del 07 de febrero de 2008**, proferida por la Nación Ministerio de Educación Nacional (Fl. 15-16).

Los motivos de inconformidad planteados por la parte demandante se contraen en síntesis a indicar que: a) el acto administrativo acusado incurre en una falsa motivación como quiera que se apoya de manera equivocada en el Decreto 3752 del 2003, por medio del cual se reglamentaron “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”, dándole una interpretación equivocada ya que dicho decreto, solo es aplicable a quienes se vincularon con posterioridad a la ley 812 de 2003.

El acto administrativo acusado por su parte concluyó que al accionante era aplicable el artículo 1 de la ley la Ley 33 de 1985 y a su vez debía reajustarse con base en lo dispuesto en la ley 71 de 1988.

Procede entonces establecer cuál era el régimen anterior aplicable conforme a las circunstancias fácticas del caso.

6.2.- Del régimen de transición y el régimen aplicable:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 previó:

“...La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.¹

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el

¹ Apartes subrayados y en negrilla de este inciso fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-596-97 del 20 de noviembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Inciso 20. declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168-95 del 20 de abril de 1995, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz. - Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410-94 del 15 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, únicamente en cuanto al cargo formulado, que consideraba infringido el artículo 13 de la Carta.

promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos...”

A 1º de abril de 1994 el demandante tenía 15 años de servicios acumulados en entidades públicas y privadas, y tenía más de 40 años de edad², por consiguiente es incuestionable que se hallaba en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

De igual forma, conforme al expediente administrativo se pudo determinar que el demandante prestó servicios por aproximadamente 28 años a entidades del Estado y privadas y realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales. (fl. 117-118 Anexo 2), es decir, que el actor efectuó aportes en virtud de vinculaciones de carácter público y privado.

Ahora bien, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen que regula la posibilidad de reconocimientos pensionales por acumulación de tiempos tanto en el sector público como en el privado es la Ley 71 de 1988, la cual establece el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes en los siguientes términos:

Artículo 7 .- A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Parágrafo.- INEXEQUIBLE. Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994” Subrayado fuera de texto.

La Ley 71 de 1988 fue reglamentada por el Decreto 2709 de diciembre de 1994, que preceptuó:

“Artículo 1º PENSION DE JUBILACION POR APORTES. La pensión que se refiere el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”

“Artículo 6º: SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACION DE LA PENSION POR APORTES: El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificarlo (sic) pagado por los citados conceptos durante el periodo correspondiente.”

² El demandante, PEDRO CASTELLANOS ESPINOSA, nació el día 10 de agosto de 1951. (fl.15)

“ARTICULO 8o. MONTO DE LA PENSION DE JUBILACION POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75 % del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

De Acuerdo con el marco normativo expuesto para hacerse acreedor a la pensión por aportes el afiliado debe cumplir, con los siguientes requisitos³:

1. Tener como mínimo 60 años de edad si es varón.
2. Acreditar 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos.

En el caso concreto, se encuentra en el expediente la siguiente documentación:

- 1) Reporte de semanas cotizadas expedido por el Instituto de Seguro - vicepresidencia de pensiones en el que se relacionan los siguientes tiempos laborados por el actor: (fl. 117 Anexo 2):

EMPRESA	INGRESO	RETIRO	DÍAS
TIP ENCUADERNACION DISTRIBUIDORA	1967/11/01	1968/07/21	274
CABRERA CABRERA RAFAEL	1969/02/12	1971/04/30	808
TIP ENCUADERNACION DISTRIBUIDORA	1971/05/01	1972/11/15	565
ACERIAS PAZ DEL RIO S.A	1973/05/01	1975/07/31	406
TIPOGRAFIA BOYACENSE	1973/05/01	1975/07/31	822
BANCO DE LA REPUBLICA	1975/08/01	1981/12/30	2.344
CORP UNIV ANTONIO NARIÑO	1993/10/11	1994/12/30	447
TOTAL DÍAS COTIZADOS			5,426

- 2) Adicionalmente se encuentra certificado un tiempo adicional de servicios en la Secretaria de Educación del Municipio de Tunja, con aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 27 de septiembre de 1993 al 12 de mayo de 2005 para un total de **4906 días**. (fl. 83 Anexo 2)

Para un total de 10.332 días laborados (Un poco más de 28 años) término superior a los 7200 días (20 años), requeridos por la ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994 para acceder a la pensión por aportes.

Así las cosas, al acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, la entidad accionada debió haber reconocido la mesada pensional del demandante bajo dicho marco normativo, sin embargo no lo hizo.

6.3.-De los factores y monto de la pensión por aportes

³ Ver providencia del 16 de diciembre de 2015, Magistrada Ponente, Clara Elisa Cifuentes Ortiz, radicado 15001-3333-005-2014-117-01.

El Decreto 2709 de 1994 estableció el salario base para la liquidación de la pensión por aportes y el monto de la misma de la siguiente manera:

“**Artículo 6°.** Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.

(...)

Artículo 8°. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.”

El artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, sin embargo, la norma resulta aplicable al caso sub examine, como quiera que el actor se encontraba en el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y por ello su pensión, se regía **íntegramente** por las normas anteriores aplicables al régimen al cual estuviera afiliado, como en reiteradas ocasiones lo ha sostenido el Consejo de Estado. El Decreto 1474 de 1997 no resulta aplicable por cuanto fue **posterior a la vigencia del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993** y frente al que el demandante tenía un derecho adquirido, así lo ha precisado el Tribunal Administrativo de Boyacá a través de las sentencias de fecha 28 de septiembre de 2011, radicado 15001-31-014-2006-00076-01 y del 16 de diciembre de 2015, radicado 15001333300520140011701 cuya Magistrada Ponente en ambos casos ha sido la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz⁴.

⁴ En efecto, ha dicho el Consejo de Estado que cuando hay lugar al régimen de transición las normas anteriores deben aplicarse en toda su extensión pues, de lo contrario, resultaría desvirtuado no sólo el régimen de transición, sino también el régimen anterior que allí se ordena aplicar. Razonó así la Corporación en Sentencia de septiembre 21 de 2000. Expediente 470 de 1999. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, dijo: “...Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100. Monto, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y monta es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).Advierte la Sala, conforme a la acepción de la palabra “monto” que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión, es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra monto, de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. Por manera que si las personas sometidas al régimen de transición deben jubilarse con la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión gobernados por las normas anteriores a la ley 100, no ve la Sala cuáles son las demás condiciones para acceder al derecho, que según la última regla del inciso 2° en análisis se rigen por dicha ley. De otro lado, la Sala también observa que en el inciso 3° del artículo 36, están previstos un ingreso base y una liquidación aritmética diferente a la que dedujo la Sala de la interpretación del inciso 2°, puesto que del monto que se rige por las normas anteriores se infiere un ingreso base regido igualmente conforme al ordenamiento jurídico anterior, lo cual pone de presente la redacción contradictoria de tales normas, que conduce necesariamente a la duda en su aplicación y, por ende, por mandato del artículo 53 de la Constitución Política a tener en cuenta la mas favorable, o sea la primera regla del inciso 2°.”
Igualmente sobre los alcances del régimen de transición la Sección Segunda – Subsección “B” del Consejo de Estado en sentencia de 8 de junio de 2000, proferida dentro del expediente 2729-99 con ponencia del Consejero Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, sostuvo: “...el régimen de transición es un beneficio que la ley concede al servidor, consistente en que se le aplican las disposiciones legales anteriores para efectos del reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando se cumplan las hipótesis que la misma norma de transición consagra. El régimen previsto en el inciso Décimo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, relativo a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, ampara a quienes al entrar en vigencia el sistema tuviera 35 años o más de edad para mujeres o 40 años o más para hombres, o haber cotizado por 15 o más años (...) Es claro entonces que la pensión se regía por la normatividad anterior. Se agrega a lo anterior que, son de la esencia del régimen de transición, la edad el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio. En el caso presente, al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado por el causante durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen...”

En relación con la situación pensional por aportes de quienes se encontraban en el régimen de transición, el Tribunal Administrativo de Boyacá manifestó que se encuentran posiciones diversas en el Consejo de Estado y para tal efecto estableció la línea jurisprudencial que a continuación se señala:

La Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia de 18 de marzo de 2010, Consejero Ponente: Doctor Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 150012331000200202202 01, señaló:

“(…)El beneficiario del régimen de transición se pensiona, como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo las reglas referentes a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión establecidos en la norma anterior que le resulte aplicable y solamente en esa norma, sin que sea jurídicamente posible acoger lo favorable de las diferentes disposiciones anteriores a la citada Ley 100, en razón del principio de inescindibilidad que rige la interpretación de la ley⁵.

Lo anterior significa que quien se pensiona con las reglas del régimen de transición debe hacerlo en su integridad bajo el régimen pensional en el que cumpla los requisitos de las correspondientes normas, ya sea sector privado, público o de jubilación por aportes. Por tanto, la actora no puede pretender acogerse a las previsiones de la Ley 71 de 1988 y además que se le aplique lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, puesto que, si bien es beneficiaria del régimen de transición, se dio aplicación, en su caso, a las disposiciones de la pensión de jubilación por aportes al no acreditar 20 años de servicios como servidora pública (antes empleada oficial).

(…)

Por otra parte, advierte la Sala que el Tribunal Administrativo (…) invocó equivocadamente como fundamento normativo para el caso sub exámine el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994 para establecer que el ingreso base de liquidación “corresponde al salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios”, norma ésta que, como se advirtió anteriormente, fue derogada de manera expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, **razón por la cual, la nueva regla jurídica para determinar el Ingreso Base de Liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (…)** (Negrilla fuera de texto)

Posición reiterada en sentencia de nueve (9) de junio de dos mil once (2011), Radicación: 250002325000200505520 01 la misma Subsección “B” con ponencia del mismo Consejero señaló:

“(…) Queda por precisar cuál es el salario base de liquidación de la pensión de jubilación por aportes. Al respecto debe señalarse que el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que establecía el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes fue derogado de manera expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

⁵ El Código Civil en su artículo 31 dispone: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.”

Sobre este punto la Sala reitera en esta oportunidad lo que ha señalado esta Sub-Sección en la sentencia del 18 de marzo de 2010⁶, en el sentido de que la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [beneficiarios del régimen de transición] que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Dicha conclusión resulta acorde con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 19 y en el inciso 2º del artículo 22 del Decreto 1474 de 1997 al señalar que los bonos pensionales que haya lugar a expedir por razón de la pensión de jubilación por aportes serán reconocidos y pagados por la entidad competente para expedir dichos bonos en el nivel nacional o territorial y que el ingreso base de liquidación para el bono de los beneficiarios del régimen de transición “se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (...)”. (Negrilla fuera de texto)

Sin embargo, el Consejo de Estado en su **Sección Segunda**, con ponencia de la Consejera Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2004-01406-01(1628-06), Actor: ANTONIO BARBERENA SAAVEDRA, había precisado:

“...El artículo 8 del Decreto 2709 de 1994, reglamentario de la Ley 71, determinó el monto de la pensión de jubilación por aportes con el siguiente tenor literal:

(...)

La norma en mención fue derogada por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, que modificó a su vez el Decreto 1748 de 1995, que reglamenta la emisión, cálculo, y redención de bonos pensionales, que no es aplicable al sub lite por tratarse de una pensión reconocida aplicando los beneficios del régimen de transición, es decir, con base en la norma que regía con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones...” Resaltado fuera de texto.

Y, en ocasión anterior con ponencia de la misma ponente, la Subsección “B” de la Sección Segunda en sentencia de 25 de octubre de 2007, expediente con Radicación número: 25000-23-25-000-2000-00966-01(0966-04) precisó:

“...Pese a que la entidad demandada reconoció la pensión aplicando el régimen contemplado en el La Ley 71 de 1988 que regula la pensión por aportes, la liquidación la hizo con base en lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas cobijadas por la transición que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sent. del 18 de marzo de 2010. Ref.: 150012331000200202202 01Nº (2322-2008) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Por lo anterior el Departamento de Cundinamarca debió incluir en el ingreso base de liquidación no sólo la asignación básica percibida por el actor entre el 1 de enero de 1995 y el 23 de junio de 1996, fecha de retiro del servicio, sino todos los factores sobre los cuales se le descontó para aportes a pensiones.

(...)

Tal sentencia consideró como normatividad aplicable para determinar el régimen de pensión por aportes la Ley 71 de 1988 y los artículos 1º y 6º del Decreto 2709 de 1994, a pesar de la derogatoria del artículo 6º en los términos del Decreto 1474 de 1997, dado el régimen de transición que protegía al demandante, como es el caso que ahora se analiza.”

Para tal efecto el Tribunal Administrativo de Boyacá acogió la postura asumida en los pronunciamientos de 2007 y 2008, “por cuanto uno de ellos es de la Sección Segunda cuya función, conforme al Acuerdo de funcionamiento de esa Corporación es unificadora⁷; adicionalmente porque de no atenderse normas posteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 se desconocería totalmente el régimen de transición lo cual desvirtúa criterio permanente y unificado del Consejo de Estado en su Sección Segunda en cuanto tiene que ver con el carácter de derecho adquirido del mencionado régimen⁸ y lo haría inane para quienes eran titulares del mismo y, por ende, del régimen de pensión por aportes; en tercer lugar de seguirse el criterio expuesto en las sentencias de 2010 y 2011, se haría inútil o inane la existencia del innegable régimen de transición del que es titular el demandante y lo limitaría a quienes perteneciendo a régimen anterior habían laborado sólo para entidades públicas o sólo para privadas lo cual desconocería la existencia de la pensión por aportes establecida en la Ley 71 de 1988, *situación que admite la citada sentencia de 9 de junio de 2011 al señalar que:*

“...Como se observa, la Ley 100 de 1993, al unificar los tiempos de servicio en los sectores público y privado para efectos pensionales, hizo en principio innecesaria la aplicación de la Ley 71 de 1988 para estos efectos. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993, al fijar nuevas reglas y requisitos para el reconocimiento de las pensiones,

⁷ “Acuerdo 58 de 1990: La sección segunda se dividirá en dos (2) subsecciones, que se denominarán A y B, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) consejeros. En caso de retiro de un consejero, quien lo reemplace ocupará su lugar en la respectiva subsección. PAR. 1º—Cada subsección decidirá, los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo, las subsecciones sesionarán conjuntamente: 1. Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, a petición de cualquiera de sus miembros. 2. Para el estudio o decisión de un asunto que por su importancia lo amerite, cuando así lo solicite cualquiera de sus miembros...”

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08), Actor: TERESA ROBLES. “...Debe precisar la Sala respecto al régimen de transición analizado que, por la naturaleza constitucional de los derechos que ampara y por la finalidad inmersa en su previsión legal, quienes configuraron a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los supuestos de hecho establecidos por el Legislador para acceder al mismo gozan de un derecho oponible pues al consolidar la situación jurídica prevista en la Ley se activa a su favor el dispositivo de amparo que ésta consagró y habilitó legítimamente para tal efecto, que corresponde a la protección del sistema pensional que les cobijaba con anterioridad al nuevo sistema. De lo anterior se infiere el contenido jurídico vinculante de los sistemas de transición -particularmente el previsto en la Ley 100 de 1993- y la protección que asiste a las personas inmersas dentro de los mismos, pues la transición se erige entonces como un derecho cierto y no como una simple expectativa modificable por el Legislador, derecho que implica para éstas la habilitación del ordenamiento que cobijaba su derecho pensional antes del cambio Legislativo, en aras de la consolidación y reconocimiento del mismo bajo las reglas allí contenidas en cuanto a la totalidad de elementos que lo componen, es decir, respecto de la edad, el tiempo de servicios, las cotizaciones, el porcentaje y monto pensional, entre otros. No cabe duda alguna para concluir entonces, que todas aquellas personas cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social, por encontrarse dentro de los supuestos establecidos por el Legislador para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su pensión y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de ésta, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada al abrigo del ordenamiento anterior que por tal virtud se les ampara.”

dispuso igualmente un régimen de transición pensional –en su artículo 36- conforme al cual quienes cumplieran determinados requisitos para ser sujetos de dicho régimen, tendrían derecho a que su pensión se reconociera con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto o cuantía de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable.

En virtud del régimen de transición pensional establecido en la Ley 100 de 1993, es posible obtener la pensión de vejez conforme a las reglas del Seguro Social vigentes con anterioridad a la Ley 100, esto es, aplicando el último reglamento pensional del Seguro Social anterior a la mencionada ley, y que se consagró en el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Igualmente, en virtud del régimen de transición, también es posible obtener la pensión de jubilación del sector público, tanto la del régimen general –establecida en la Ley 33 de 1985- como la que corresponda a los regímenes especiales oficiales vigentes con anterioridad a la Ley 100.

En este contexto del régimen de transición, es posible también para quienes no tienen los requisitos del Seguro Social, ni los requisitos de la pensión oficial anteriores a la Ley 100, pero son sujetos del régimen de transición, obtener la pensión de jubilación con la suma del tiempo cotizado al Seguro Social y el tiempo como cotizado servidor público a cajas de previsión. De esta manera, la pensión de jubilación por aportes, creada en la Ley 71 de 1988, pasa a constituir una modalidad de pensión aplicable en virtud del régimen de transición pensional....”

Así, con fundamento en los apartes jurisprudenciales transcritos, y adoptando igual criterio que el Tribunal Administrativo de Boyacá, el Despacho procederá a determinar cuáles son los factores y el período que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión del actor a la luz del inciso 30 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, reiterando que el monto se rige por lo dispuesto en Decreto 2709 de 1994, es decir el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

En un caso similar al que nos ocupa el Tribunal Administrativo de Boyacá señaló que⁹, como el Decreto 2709 de 1994 no indicó los factores de liquidación de la pensión y por ello no es posible en este caso remitirse a los previstos ni para el sector público ni para el sector privado pues ello rompería el principio de inescindibilidad, por lo tanto se acudió a la interpretación que el Consejo de Estado ha dado al parágrafo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 cuyo **texto es similar al contenido en el artículo 6º del Decreto 2709 de 1994**. Dijo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010). Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.- Número Interno: 0112-2009.- Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila:

“...Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002¹⁰, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

“(...) El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...). En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la

⁹ Tribunal Administrativo de Boyaca, veintiocho de septiembre de 2011, proceso nulidad y restablecimiento, radicado 15001-31-33-014-2006-00076-01, demandante Jesús Antonio Camelo López, demandado Caja Nacional de Previsión Social.

¹⁰ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

(...)

Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).”

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas tanto por el Tribunal Administrativo de Boyacá como por el Consejo de Estado, 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.**

Según se halla demostrado en el expediente el actor adquirió el status pensional el **27 de abril de 2007 (fl. 17)** de manera que su pensión de jubilación por aportes debe liquidarse sobre el 75% del salario base de liquidación, entendido este como todo aquello que recibió como retribución por sus servicios.

Según los certificados aportados al plenario se observa lo siguiente: en términos de lo devengado en el último año de servicios fue laborado para la Secretaría de Educación de municipio de Tunja **del 12 de mayo de 2006 al 11 de mayo de 2007** y en el mismo devengó según se certifica a folio 20: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad.

Así las cosas, la entidad demandada reliquidará la pensión por aportes sobre el 75% de todos los factores antes enunciados devengados por el actor durante el último año de servicios, con efectividad a partir del 27 de abril de 2007.

6.4.-De la aplicación de una norma no invocada en la demanda:

Si bien es cierto, la normatividad aludida y que sirve como sustento de esta decisión no fue señalada en el concepto de violación de la parte actora, considera el Despacho que en este caso particular es posible acudir a las normas que de mejor manera contribuyan a dar solución al caso

concreto, es por ello que en este asunto fue necesario encontrar e interpretar la norma aplicable al caso concreto.¹¹

El Consejo de Estado en providencia del 23 de mayo del 2002¹², resaltó la importancia que tiene la observancia de principios como la equidad y el postulado de la justicia como valor supremo en la actividad judicial, así:

“(…) y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “súmmum jus summa injuria” -derecho estricto injusticia suprema- que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas o esclavo de la norma escrita, por ley; debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento constitucional (…)”.

En el mismo sentido la alta Corporación en su Sección Segunda – Subsección B - Consejero ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, en providencia de seis (6) de agosto de dos mil ocho (2008).- Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01918-01(0929-07), indicó:

“(…) La invocación de las normas violadas y la explicación de dicha trasgresión constituyen un presupuesto para que el juez de lo contencioso administrativo proceda a efectuar la confrontación del acto que se acusa frente a las disposiciones y verificar su legalidad en relación con la argumentación que se plantea en la demanda tendiente a desvirtuar la presunción que lo ampara. Constituye el marco que delimita el juicio de valoración que hace el juez administrativo. **De tal manera que, el juez de la legalidad del acto sólo puede ir más allá del planteamiento del actora, sólo en aquellos casos de flagrante violación del debido proceso y del derecho de defensa, esto es, cuando se refiere al quebrantamiento de derechos fundamentales de aplicación inmediata y cuando se trata de la incompatibilidad entre la constitución y el acto acusado de conformidad con el artículo 4º de las Carta.** (Negrilla fuera de texto)

A su vez, la Corte Constitucional¹³, sobre la finalidad perseguida por el principio de congruencia expresó:

1. A través de su jurisprudencia, esta Corte ha establecido que el principio de congruencia de la sentencia debe ser respetado por los jueces. Así, **jueces y magistrados tienen que fallar según lo pedido y de acuerdo con lo probado.**

(…)

Tal protección a la congruencia en las sentencias se justifica en virtud de la conexidad existente entre el debido proceso, manifestado particularmente en el derecho de contradicción, y el ceñimiento de las decisiones judiciales a lo pedido y probado dentro del proceso. De esta manera no se toma por asalto a ninguna de las partes.

(…)

¹¹ La Corte Constitucional en la sentencia C-197 de 1999 declaró EXEQUIBLE el aparte demandado del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución.

¹² Expediente No. 4798-01. Actora Alberto Nery Ríos Zuleta. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-. C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

¹³ Sentencia T-025/02, Referencia: expediente T-506430. Peticionario: José Heriberto Bedoya Bedoya. Accionado: Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. 24 de enero de 2002.

"Sorprende a esta corporación que los falladores de instancia no se hayan pronunciado respecto a esta situación, haciendo caso omiso de ello, pese a que fue expresamente alegado por la entidad accionada, con lo cual **se desconoció que el derecho obedece a un proceso dialéctico de argumentar y contraargumentar y, en ese orden de ideas, los argumentos expuestos por las dos partes de un proceso deben ser tenidos en cuenta al momento de producir la sentencia. Por ende, las decisiones de los administradores de justicia deben estar enmarcadas dentro de los parámetros normativos existentes, respetando el debido proceso de las partes involucradas en el conflicto**, de tal suerte que se pueda garantizar la recta y cumplida administración de justicia..."¹⁴

En esa línea de las Altas Corporaciones tanto de lo Contencioso Administrativo como en materia constitucional, han pregonado el deber de interpretar la demanda, cuando la misma presente cierta carencia u oscuridad en el acápite de normas violadas y concepto de violación, pues ha considerado que si bien esta jurisdicción debe ejercer el control de legalidad ceñido al marco fijado en dicho acápite, para la aptitud formal de la demanda "...es suficiente con que refiera argumentos que permitan establecer los alcances de la impugnación que se plantea..."¹⁵ en aras de la prevalencia del derecho sustancial y de la protección de los principios de equidad y justicia.

Así las cosas, como queda visto que el accionante si estaba en el régimen de transición pero no podía pretender una pensión regida por normas aplicables a quienes completaron el tiempo de servicios únicamente a entidades oficiales, lo razonable a efecto de determinar la correcta liquidación de su prestación a efecto de preservar el derecho fundamental a la seguridad social.

6.5.-De la prescripción y la actualización de los valores.

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41, se determinó que:

"... las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

Teniendo en cuenta la norma mencionada y las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que en el *sublite* opera el fenómeno de la prescripción, toda vez que la normatividad ha determinado que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres años atrás de la solicitud relevante¹⁶. En el presente caso, se considera que la petición relevante es la fecha de presentación de la demanda, en el caso concreto es el **18 de septiembre de 2014 (fl.22)**, por lo tanto, queda claro que los derechos reclamados con anterioridad al **18 de septiembre de 2011**, están prescritos y así se declarará.

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

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia T-656, de fecha Jun. 21/2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵ Sentencia del 29 de abril de 2010. Expediente: 700012331000200700239-02. Actora: Zorobel Jesús Romero Martínez. Demandados: Concejales de Sincelejo.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, SUBSECCION "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09)

providencia dando aplicación a la fórmula que se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

6.6.-Descuentos para los aportes en seguridad social en pensión y salud.

Si bien el Despacho acogía en este punto la doctrina 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 **en su totalidad 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 dependen 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.

En consecuencia, el problema jurídico que debemos avocar ahora se refiere a las consecuencias de ordenar incluir factores salariales en la reliquidación de la pensión cuando en su oportunidad no se realizaron las cotizaciones legales al sistema, si ha de distribuirse esta carga entre las partes, como lo hacen las sentencias mencionadas, y en qué proporción, cuestión que resolveremos al tenor de las siguientes premisas:

i). Los efectos de la sentencia.

Los efectos de la declaración de nulidad que se hacen en la sentencia son *ex tunc*, pues la revisión de la legalidad del acto se hace desde su origen¹⁷. De igual manera, el restablecimiento del derecho: *“implica¹⁸ llevar la situación presente del actor al mismo estado en que debería encontrarse si no se hubiera proferido el acto administrativo que afectó su estatus jurídico, lo cual, debe examinarse atendiendo a las pretensiones y a lo probado en el proceso”*¹⁹, sin embargo, se parte de la premisa que la situación de hecho originaria existe aún o tiene probabilidad jurídica de existencia, para que así se cumpla el postulado conforme al cual la sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho *“aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor”* (Art. 189 inciso 5º del C.P.A.C.A.). Por ello el legislador previó, por ejemplo, que si se ordena en la sentencia el reintegro a un cargo y éste ya no existe, o bien no es posible por otra razón reinstalar a la persona en el mismo, el juez dispondrá a solicitud de parte modificar el restablecimiento por una *“indemnización compensatoria”*. (ib. Inciso 7º)

ii) Los valores, derechos e intereses en tensión.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”. Sentencia de 24 de noviembre de 2014. Radicación número: Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00040-00(35362) Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCON

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 10/09/2014. Ref: Expediente N° 05001233100020000307802. N° Interno. 2223-2010 Autoridades Departamentales. Actor: Fernando Estrada Méndez.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 24 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00196-00(1486-10). Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez

El derecho a la pensión está consagrado en la Carta Política (Art. 48 CP) con características de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad²⁰, estando vigente en el tiempo y extinguiéndose sólo con la muerte del titular o de quienes tienen derecho a suceder en su disfrute conforme a la ley. Se trata entonces de un verdadero estatus jurídico caracterizado por que en su núcleo está un derecho inalienable.

Precisamente, en materia laboral lo que garantiza la primacía de la realidad es ese tipo de derechos, que además de ser mínimos, son irrenunciables e imprescriptibles, por ello no se afectan aunque su titular no los reclame en los términos legales, pues su fuente es la misma Constitución (Art. 53 CP)²¹. Por lo anterior, en aplicación del principio de primacía de la realidad, el Consejo de Estado ha ordenado el reajuste pensional por considerar que es un derecho laboral mínimo²².

La fuente material del derecho laboral consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política lo que persigue es la protección efectiva de los derechos laborales mínimos y entre ellos está la garantía efectiva de la pensión (Art. 46, 48), no obstante, para realizarla se debe asumir el costo del derecho pagando las cotizaciones correspondientes.

No obstante lo anterior, aunada a dicha dimensión intangible del derecho existe otra económica que sí está sujeta al cumplimiento de las cargas y deberes que tiene el titular del derecho. Por eso aunque el restablecimiento “*aprovechará*” al demandante de manera integral desde el momento en que se produjo la vulneración del derecho constitucional, expresándose allí su intangibilidad, los aspectos económicos del derecho se pueden ver afectados por el incumplimiento de ciertas cargas que debe asumir el titular. Esta dimensión económica derivada del derecho a la pensión, sí está sujeta a la prescripción extintiva porque es renunciable y no genera una situación jurídica constitucional o estatus jurídico de la persona. Es decir, son beneficios económicos que tienden a darle a la persona una condición externa de bienestar.²³ Esta situación económica externa, a diferencia de la situación jurídica de la persona pensionada, si corre por cuenta directamente del afectado ya que el derecho a la reclamación lo pudo ejercer durante el tiempo el término de prescripción trienal y no hacerlo le trae las consecuencias jurídicas que la propia norma establece.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia del 02/10/2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08). Consejero ponente: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

²¹ Corte Constitucional sentencia SU-298/15. “La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que en el caso concreto, se había desconocido el precedente jurisprudencial constitucional, según el cual, la solicitud de reajuste pensional para que se calculen nuevos factores salariales puede elevarse en cualquier tiempo, en virtud de los principios de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad y favorabilidad propios del derecho a la seguridad social.” (Boletín de Prensa No. 21-21/05/15)

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de julio de 2007, radicado número 13001-23-31-000-2000-01155-01(6611-05). MP. Jaime Moreno García.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de octubre de 2009, radicado No. 34414. MP. Luis Javier Osorio López. “Entonces, no es la posibilidad de demandar en cualquier tiempo los actos administrativos lo que fatalmente conduce a la imprescriptibilidad de la pensión de jubilación.

La razón de ser de éste fenómeno es distinta (...) “ la pensión de jubilación genera un verdadero estado jurídico, el de jubilado, que la da a la persona el derecho a disfrutar de por vida de una determinada suma mensual de dinero. Por eso ha declarado la imprescriptibilidad del derecho a la pensión de jubilación y por ello la acción que se dirija a reclamar esa prestación puede intentarse en cualquier tiempo, mientras no se extinga la condición de pensionado, que puede suceder por causa de la muerte del beneficiario. ‘Del estado jurídico de jubilado se puede predicar su extinción, mas no su prescripción’, dijo la Corte (Cas. 18 de diciembre de 1954...”).

“Sin que implique cambio de jurisprudencia -- sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí --debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio apareja la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento -- criterio jurisprudencial que se reitera--; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a la muerte del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social amplía a todas ‘las acciones que emanen de las leyes sociales’ del trabajo.

Pues bien, parte de dicha dimensión económica es lo relacionado con las prestaciones sociales de salud y pensiones, y por ello surge el interrogante sobre si hacen parte del restablecimiento del derecho solicitado o el juez debe resolver por otra vía el tema de los aportes al sistema. Como antecedente para resolver este interrogante se tiene que el Consejo de Estado en un caso similar, referente al contrato realidad, señaló que para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales debe considerarse *“quien debe asumirlas (...) se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral”*, dentro del primer tipo están las ordinarias o comunes (primas, cesantías) y en el segundo están la salud, la pensión, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que deben *“ser asumidas y reconocidas por cada sistema”*²⁴:

Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

....

En cuanto a los aportes a las entidades de Seguridad Social, se ordenará el pago, en la debida proporción, de las sumas que por concepto de aportes no fueron cotizados por la entidad demandada, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes con base en la fracción mensual del valor pactado por concepto de honorarios.

La distinción entre estos dos tipos de derechos permite que los derechos fundamentales como la dignidad humana, justicia e igualdad material, imprescriptibilidad e irrenunciabilidad a las condiciones mínimas existenciales que están involucrados en el derecho a la pensión efectivamente se garanticen, y a la vez se respete el término legal de prescripción para los derechos laborales de carácter económico, corriendo el titular con las consecuencias por la inactividad en el ejercicio de sus derechos, en protección de la seguridad jurídica, sin que este valor pese más que el derecho fundamental del trabajador como valor fundante (Art. 1 CP). Dejar la carga de los aportes para la pensión en una sola de las partes en la extinta relación laboral contraría valores fundantes, pues si tiene que pagarlos sólo el trabajador el beneficio es para la entidad pública, cuando el deber superior de promoción, protección y efectiva garantía de los derechos fundamentales radica en ella²⁵, y si tiene que pagarlos solamente el estado se libera de todo deber al ciudadano, cuando tiene deberes correlativos al derecho que reclama. (Art. 2 y 6, 46, 48, 53 CP).

En conclusión, la ponderación y conciliación de los principios y derechos que se ponen en juego en este caso particular llevan a la solución más justa y equitativa: el Estado Social cumple el verdadero papel garantizador de los derechos, se respetan las normas de la legalidad y del Estado de Derecho, y al mismo tiempo se efectivizan los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Consejo de Estado en las sentencias ya citadas, de la Sección Segunda, Subsección “A”, fecha 5 de junio de 2014, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, asumió este debate a partir de cuatro premisas: (i) los descuentos proceden sobre aquellos factores que se ordena incluir en la reliquidación sin que sobre

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Radicación número: Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013). Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

²⁵ El Consejo de Estado ha declarado al responsabilidad patrimonial del estado con base en la teoría de la posición de garante del Estado por omisión en el cumplimiento de sus deberes normativos, para una mirada completa de esta teoría ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente: 200012331000199703529 01, Radicación interna No.: 18.274.MP. Enrique Gil Botero.

los mismos se hayan efectuado las deducciones legales²⁶; (ii) los descuentos proceden al momento del reconocimiento prestacional²⁷; (iii) “resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.”; (iv) “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”. Este descuento, dice la sentencia en cita, no puede causar “traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.”

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 momento a partir de la cual nace la obligación, por el cambio de jurisprudencia, es el 2 de octubre de 2010, día siguiente a la ejecutoria de la mencionada sentencia de unificación²⁸; b) 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, deberán aplicarse las mismas reglas.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11). Actor: Sara Paulina Pretel Mendoza. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013), radicación número: 25000-23-25-000-2009-00515-01(0305-12). Dijo: “Finalmente, en cuanto a los aportes, cabe decir, que en virtud de la estipulación final del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes. Regla general a la que están obligados todos los servidores públicos, aún para los empleados de régimen especial como los de la Contraloría General de la República, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes. Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005¹², en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.”

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11).

7.- OTRAS DECISIONES

PEDRO CASTELLANOS para el día 1º de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con más de 43 años edad, por consiguiente era incuestionable que se hallaba en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Advierte el Despacho que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación **teniendo tan solo 55 años de edad**, los cuales no eran suficientes para acceder al mencionado reconocimiento, pues como se sostuvo por parte del Despacho el demandante estaba cobijado por la ley 71 de 1988 reglamentada por el Decreto 2709 de 1994 cuyos requisitos eran i) tener como mínimo 60 años de edad si es varón y ii) acreditar 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos.

Al verificar las actuaciones surtidas en el trámite administrativo de reconocimiento de la pensión del demandante se pudo verificar que i) la doctora María Isabel Olarte Alfonso a través del oficio 2008EE54187 (fl.2 Anexo 1), manifestó que la pensión del demandante “fue reconocida en forma irregular teniendo en cuenta que la docente no cuenta con los requisitos exigidos de las normas aplicables para el reconocimiento de la pensión por aportes es decir, ley 71 de 1988 Decreto 1160 de 1989 y decreto 2709 de 1994 los cuales establecen como requisito para pensión a los docentes hombres, tener 60 años de edad, y en el presente caso el docente solo cumple con la edad requisito el día 10 de agosto de 2011; razón está que evidencia que a la fecha, el docente no cuenta con este requisito legal para acceder a la pensión por aportes”, ii) según la hoja de liquidación visible a folio 1 del Anexo 2 se dejó la siguiente observación: “INDICAR EN EL A.A QUE LA PENSION A RECONOCER ES PENSION POR APORTES, DADO QUE EL DOCENTE EFECTUÓ COTIZACIONES AL I.S.S, ASI MISMO CONSEGUIR EL NUMERO DE DIAS A CARGO DEL I.S.S CORRESPONDE A 2.294 DIAS, RAZON POR LA QUE ASI MISMO SE DEBE AJUSTAR LOS DIAS A CARGO DEL FONDO, POR LO QUE ASI MISMO SE DEBE AJUSTAR LOS DIAS A CARGO DEL FONDO, POR LO QUE A LA FECHA DEL STATUS DEL DOCENTE CORRESPONDE AL 12 DE MAYO DE 2007, FECHA EN LA QUE EL DOCENTE CUMPLE CON 7200 DIAS ELABORADOS, AJUSTAR TAMEBIN FECHA DE STATUS.”, iii) Por oficio del 30 de agosto de 2007 la Asesora II de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado (fl. 62-65 Anexo 2) informó a la Secretaria de Educación municipal de Tunja la objeción al proyecto de resolución de reconocimiento de pensión del demandante.

A pesar de las advertencias hechas por parte de diferentes funcionarios a la Secretaria del Municipio de Tunja, nada se hizo reconociendo de manera irregular la pensión de jubilación del demandante pues el régimen jurídico aplicable no era la ley 33 de 1985, sino la ley 71 de 1989, es por ello que el Despacho deberá compulsar copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo necesario, examine la conducta de los servidores públicos que intervinieron en la expedición de la **Resolución No. 0083 del 07 de febrero de 2008** proferidas por el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá.

Ahora bien, es imperioso resaltar que el restablecimiento de los derechos únicamente comprenderá el pago de las diferencias causadas sobre la pensión por aportes del demandante y la inclusión los nuevos factores salariales de prima de navidad y prima de vacaciones, ya que el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales adeudadas desde el año 2007 hasta la fecha, fue objeto de varios pronunciamiento por otros Despachos judiciales, así por ejemplo el juzgado Primero Laboral del Circuito de Tunja dentro del proceso 2012-142, ordenó librar mandamiento de pago el día 19 de junio de 2012 por las mesadas causadas desde el 26 de abril de 2007 hasta la fecha en que se hiciera efectivamente el pago, lo cual ocurrió el 30 de septiembre de 2012, obteniendo un reconocimiento de \$145.492.703,00 (fl. 90 del Proceso ejecutivo que obra como anexo dentro del expediente). De igual forma ante el Juzgado Tercero Administrativo Oral se tramitó acción de tutela la cual amparó los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y la dignidad humana del señor Pedro Castellanos Espinosa, y le ordenó a la Fiduprevisora su ingreso al grupo de nómina de pensionados así como el pago de las mesadas pendientes desde octubre de 2012, en

forma indexadas (fls. 113-123). En este orden de ideas es claro que solo habrá lugar al reconocimiento de la diferencia entre las mesadas pensionales y el reajuste solicitado derivado por la inclusión de nuevo factores salariales.

Por último, y sobre las posibilidad de mejorar un derecho adquirido en contra de la ley la Sala de Sección en Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. No. 185-01, Actor Mercedes Aguirre de Castillo, MP Ana Margarita Olaya de Forero, expresó:

“(…) De conformidad con el recuento normativo expuesto en párrafos antecedentes, la actora no tenía derecho a la reliquidación en los términos en que le reconoció la entidad, ya que no podía contarse para efectos del monto de la pensión, el nuevo tiempo de servicios; sin embargo, como la entidad le otorgó tal derecho mediante acto que sólo ha sido cuestionado en esta 22itis en cuanto a los factores salariales, tal previsión deberá mantenerse. No ocurre lo mismo con el monto de dichos factores salariales, pues no es viable jurídicamente mejorar un derecho que fue adquirido contra ley. Es más, de accederse a las súplicas impetradas se desmejoraría el derecho que ya le fue reconocido y que no es objeto de censura en esta 22itis. (...)”.

En principio podría llegar a pensarse que no es posible ordenar la reliquidación de la pensión del demandante, pues como se dijo le fue reconocida cuando tenía 55 años de edad siendo procedente sola hasta que tuviera 60 años, sin embargo al encontrar que el señor Pedro Castellanos Espinosa para época actual cuenta con más de 60 años de edad no podría considerarse que se está mejorando un derecho adquirido en contra de ley pues el demandante ya tiene el derecho que le sea reconocida su pensión por aportes conforme a los dispuesto en la ley 71 de 1988.

Por último observa el Despacho que a folio 139 y siguientes la apoderada de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presenta renuncia al poder, cuya ritualidad cumple con lo establecido por el artículo 76 del CGP.

8.-RESPUESTA A LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.

Con respecto a la aplicación del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 que solicita la entidad demandada, 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 normativa para determinar 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 favorabilidad²⁹.

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

²⁹Consejo 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.

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 cuando estudió la legalidad del Decreto 3752 de 2003: aunque no decretó su nulidad, aclaró que este decreto sólo regía para los docentes que se vincularon a partir del 27 de junio de 2003, además que así lo estableció la Ley 812/03 reglamentada por ese decreto.

9.-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 regirán 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 justicia³⁰, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.³¹

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.

³⁰ 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, etc³⁰. 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.³⁰, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.”

³¹ 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.

Considera el Despacho que no quiso la entidad demandada de manera injustificada negar el derecho sino que su postura se sustenta en la existencia de pronunciamientos de los órganos de cierre con interpretaciones diversas sobre los regímenes pensionales y por ello no habrá lugar a la condena en costas.

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,

FALJA:

PRIMERO.- Declarar próspera la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada, de los derechos reclamados con anterioridad al **18 de septiembre de 2011**, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Se declara la nulidad parcial de la Resolución N° **083 del 7 de febrero de 2008**, conforme a la parte motiva de la sentencia.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar en debida forma, reconocer y pagar al señor **PEDRO CASTELLANOS ESPINOSA** el valor de la pensión por aportes equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de prestación de servicios, esto es desde el **12 de mayo de 2006 al 12 de mayo de 2007**. Es decir que a los factores salariales ya reconocidos –Asignación básica, se deberá adicionar los factores de **prima de navidad y prima de vacaciones**, al amparo de los artículos 7° de la Ley 71 de 1988 y 8° del Decreto 2709 de 1994, con sus correspondientes reajustes legales anuales, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- 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, así como el pago de las sumas adeudadas a través del proceso ejecutivo No. 2012-00142-00 tramitado ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito y la orden de pago impartida a través del fallo de tutela de fecha 16 de septiembre de 2013 ante el juzgado Tercero Administrativo Oral. 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 obtenga 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.

QUINTO.- La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada como dispone el artículo 187 del C. P. A. C. A., aplicando para tal fin la fórmula utilizada comúnmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado. En el entendido que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, teniendo en cuenta los reajustes reconocidos periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas.

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

SEPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Se niega la condena la condena en costas

NOVENO.- Compulsar copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación para que, de considerarlo necesario, examine la conducta de los servidores públicos que intervinieron en la expedición de la Resolución No. 0083 del 07 de febrero de 2008.

DÉCIMO.- Aceptar la renuncia presentada por la abogada Nancy Stella Rodríguez en su calidad de abogada de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

DECIMO PRIMERO.- Una vez en firme esta providencia devuélvase el proceso ejecutivo con número de radicación 2012-00142 al Juzgado Primero Laboral del Circuito.

DECIMO SEGUNDO.- Notifíquese esta decisión en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

DÉCIMO TERCERO.- 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 Y CÚMPLASE,


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZA