



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
**JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE
TUNJA**

Tunja, veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 2015 0006200
Demandante: Saúl Reyes González
Demandado: La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

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:** SAUL REYES GONZALEZ, identificado con C.C. No. 6.757.819 de Tunja.
- **DEMANDADO:** La Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

OBJETO:

- **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Solicita el apoderado demandante que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución N° 0318 del 14 de mayo de 2012, por medio de la cual la entidad demandada reconoce y paga la pensión de jubilación del señor SAUL REYES GONZALEZ.

Condenas:

Como consecuencia de la declaración anterior y título de restablecimiento del derecho solicita que se condene a la entidad demandada a calcular el valor de la mesada pensional sobre el 75% del promedio de todos los factores salariales – especialmente la prima de navidad- devengados por el demandante en el año anterior a la fecha del estatus de pensionado, de conformidad con lo estipulado en la Ley 33 de 1985.

Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar al demandante las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión, desde la fecha de status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que se llegare a reconocer.

Condenar a la entidad demandada a ajustar de acuerdo a la variación del índice de Precios al Consumidor, las sumas de dinero que se llegaren a ordenar a pagar a la demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, que la sentencia se cumpla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Al señor SAUL REYES GONZALEZ por reunir los requisitos establecidos en la ley el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -a través de la Secretaría de Educación de Tunja- le ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación haciéndolo efectivo mediante Resolución N° 0318 del 14 de mayo de 2012.

El valor de la mesada pensional fue calculado sin tener en cuenta en el ingreso base de liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos por el demandante durante el año anterior al retiro del servicio, especialmente se desconoce lo percibido por concepto de prima de navidad.

No es legal concluir que para el cálculo del ingreso base de liquidación se deben incluir los factores salariales taxativamente descritos en la Ley 33 y 62 de 1985 y sobre los cuales debe hacerse descuentos de aportes.

Manifiesta que el Consejo de Estado resolvió unificar la jurisprudencia sobre la debida aplicación de lo normado en la Ley 33 de 1985, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas en regímenes de transición a quienes se les aplica dicha ley, deberán tenerse en cuenta todos los factores que materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o que hubiesen sido objeto de cotización.

Que aunado a lo anterior, la referida Corporación consideró válido que para las liquidaciones pensionales se deben 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, excluyendo aquellas sumas que cubren los riesgos, infortunios o contingencias a los que el trabajador se puede ver enfrentado, es decir, los que tienen carácter prestacional.

Finalmente, mencionó que no se agotó el requisito de procedibilidad teniendo en cuenta que los derechos que aquí se discuten no son susceptibles de conciliación por tratarse de temas pensionales.

➤ FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Constitucionales: 29, 85, 229

Legales: Ley 33 de 1985

Sustentó su concepto de violación con los siguientes argumentos:

El debido proceso se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiéndolas a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.

De esa forma se asegura la prevalencia de las garantías sustantivas y procesales requeridas, la imparcialidad del juzgador y la observancia de las reglas predeterminadas en la ley a fin de esclarecer los hechos investigados, así como la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas y allegadas y la definición de los responsables y sus respectivas sanciones. Su aplicación en los procesos administrativos ha sido reiterada por la Corte Constitucional en diversos fallos, precisándose que quien participe en ellos debe tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas con la plena observancia de las formas propias que los rija. Así pues, el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no solo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas.

Afirma, que la interpretación y aplicación normativa por la demandada para establecer la cuantía de la pensión del demandante, es contraria a lo previsto en la Carta Política, si se tiene en cuenta lo señalado por las Altas Cortes en casos similares al presente, y que a las excepciones que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse solo en tanto a la norma especial que resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad. Si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.

Indica entonces, que para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación para quienes se encuentran en la situación prevista en

el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad y en consecuencia para el presente caso ordenar la aplicación de las previsiones contenidas en la Ley 33 de 1985.

Resaltó, que a partir de la unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a quienes se aplica la Ley 33 de 1985 deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciativos en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Conforme a lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de su mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el estatus pensional, que en este caso comprenden además el sueldo, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

1.1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 36-43)

No le asiste a la demandante el derecho a que su pensión vitalicia de jubilación sea liquidada con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en razón a que el parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, establece que la pensión corresponderá al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes y que taxativamente se toma en cuenta la liquidación con base a la Ley 62 de 1985, acorde a las disposiciones reglamentarias del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, norma vigente al momento de la consolidación del estado pensional, porque la identificación de los factores a partir de los cuales se ha de determinar el ingreso base de liquidación y el porcentaje de dicho ingreso hacen parte del régimen vigente al momento de volverse la persona acreedora de la prestación, que constituyen el régimen normativo aplicable.

Como excepciones propone la denominada “prescripción” bajo el argumento que en una eventual condena se declaren prescritos los derechos reclamados frente al cual haya operado este fenómeno de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

1.1.4. ALEGATOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 181 del C.P.A.C.A., se celebró la audiencia de pruebas y asimismo se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión quienes plantearon sus alegaciones de la siguiente manera:

“Parte demandante: De manera conjunta el apoderado de la parte actora haciendo uso de la palabra, dejó sentadas sus alegaciones de conclusión indicando que el acto demandado no tuvo en cuenta todos los factores salariales, inmediatamente devengados durante el último año de la prestación de servicios, solicitó aplicar la sentencia de unificación del Consejo de Estado, así como también el precedente del Tribunal Administrativo de Boyacá, finalmente solicitó al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Haciendo uso de la palabra, dejó sentadas sus alegaciones de conclusión, sosteniendo que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, hizo alusión al salvamento de voto realizado por el Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, también hizo referencia que en el caso concreto se deben tener en cuenta las sentencias SU-230 de 2015 y C-230 de 2013, insistiendo que no se deben acoger las suplicas de la demanda”.

2.-PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS

Consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio liquide nuevamente su pensión vitalicia de jubilación incorporando en la base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Tesis de la parte demandante: la pensión de jubilación del actor debe liquidarse con la inclusión de todos los factores salariales como son: asignación básica, prima de vacaciones y **prima de navidad** aplicando la Ley 33 de 1985 sin que se entienda que los factores allí enlistados son taxativos, como establece la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Tesis de la parte demandada: el parágrafo 2º del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, establece que la pensión corresponderá al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes y que taxativamente se toma en cuenta la liquidación conforme a la Ley 62 de 1985, acorde a las disposiciones reglamentarias del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, norma vigente al momento de la consolidación del estado pensional, porque la identificación de los factores a partir de los cuales se ha de determinar el ingreso base de liquidación y el porcentaje de dicho ingreso hacen parte del régimen vigente al momento de volverse la persona acreedora de la prestación, que constituyen el régimen normativo aplicable.

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

2. 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.

3. PREMISAS FACTICAS

- El señor Saúl Reyes González nació el 21 de septiembre de 1955, según la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 3 anexo 1 del expediente administrativo pensional).
- Asimismo, según la parte considerativa de la Resolución N° 0318 del 14 de mayo de 2012, encuentra el Despacho que el señor Saúl Reyes González adquirió el estatus pensional el 13 de octubre de 2010, fecha en la cual se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fl.12).
- El Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución N° 0318 del 14 de mayo de 2012, mediante la cual reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a favor del accionante a partir del 14 de octubre de 2010 (fl. 14).
- Para el año de consolidación del estatus pensional (13 de octubre de 2009 al 13 de octubre de 2010), el demandante percibió la Asignación Básica, prima de vacaciones y **prima de navidad**. (fl. 17)

4. MARCO JURÍDICO

➤ Los modos de integración en el sistema de seguridad social.

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

Inclusión. Esta fórmula establece un principio general que consiste en que al Sistema de Seguridad Social pertenecen todos los habitantes del territorio nacional (Art. 11 Ley 100/93)¹. Este principio general se desarrolla a partir de dos postulados: El primero es que la Ley 100 se aplica a todos los que se vinculen en adelante al sistema; el segundo, a pesar de pertenecer al sistema no a todos se les aplica las normas de la Ley 100 porque están excluidos o pertenecen al régimen de transición.

La inclusión voluntaria y plena al sistema de quienes tienen el derecho de estar dentro del régimen de transición, conforme lo establece el inciso 3° y 4° del artículo 36 de la Ley 100/93.

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

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

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

órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general. Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

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

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

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

El principio de favorabilidad. Este parámetro material permite que quien al momento de entrar en vigencia la ley y no se le haya reconocido la pensión deban aplicársele las normas favorables anteriores. (Inciso final)³.

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

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

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

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

PARÁGRAFO 10. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

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

PARÁGRAFO 20. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO 30. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO 40. <Adicionado por el artículo 10. de la Ley 238 de 1995, el nuevo texto es el siguiente:> Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

³Corte Constitucional T-534/01

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

➤ Régimen legal de la pensión de jubilación de los docentes

• **Los docentes no tienen un régimen especial de pensiones.** Es importante empezar aclarando que los docentes no tienen un régimen especial en cuanto a pensiones se refiere, sino que tienen una pensión especial, la gracia, distinta a la pensión de vejez ordinaria o general, por lo tanto, no es posible que con fundamento en la normatividad que establece la pensión especial gracia pueda reclamarse un régimen normativo especial para la pensión de jubilación ordinaria.⁴

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

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

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

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

En consecuencia, el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, por lo tanto, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985,

⁴ Para un estudio sobre la normatividad ver: Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, expediente 2002-0081. MP. Luisa Mariana Sandoval Mesa. "El Decreto Ley No. 2277 de 1979, denominado el estatuto docente, indudablemente comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación - derecho de los mismos ... Este Decreto Ley, régimen especial conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, su especialidad no resulta aplicable en el campo pensional. (...). Pues bien, como ya se vio, en materia de PENSIÓN DE JUBILACIÓN - ORDINARIA O DERECHO, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen "especial"; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 (ley 115/94) que se intitula "Régimen Especial de los Educadores Estatales", dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación - derecho de los docentes. (...) En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de PENSIÓN DE VEJEZ -ORDINARIA (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las PENSIONES DE JUBILACIÓN - DERECHO E INVALIDEZ DE LOS DOCENTES, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente."

sancionada el 29 de enero de 1985 y su publicación se hizo en el Diario Oficial No. 36.856 del 13 de febrero de 1985.

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

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

Esta misma norma dispone en su artículo 81 lo siguiente:

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

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

Por su parte el Decreto 3752 de 2003 reglamentó, entre otros, los “...artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones...”.

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

“Artículo 160. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el inciso segundo del artículo 63 de la Ley 788 de 2002, así como las demás disposiciones vigentes sobre el monto de la contribución cafetera a que se refiere la misma ley, el parágrafo del artículo 4º de la Ley 785 de 2002, el numeral 5 del artículo 2º de la Ley 549 de 1999, el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 y el artículo 79 de la Ley 1110 de 2006 y el inciso 3º.”

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

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la

citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

En conclusión, siempre que el docente no se encuentre dentro del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, quedará sometido a ésta, pues la Ley 812/03 sólo se aplica para quienes se hayan vinculado a partir de entrar en vigencia esta última, por lo tanto, la liquidación de los docentes se hará conforme al artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que señaló los factores base de liquidación para los aportes, así: **asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio**. Esta disposición no complementó ni adicionó normas anteriores, sencillamente, definió los factores aplicables para la liquidación de las pensiones de quienes adquirieran el derecho a partir de su vigencia y no se encontraran en el régimen de transición allí previsto; aún más, en su artículo 25 derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y todas las normas que fueran contrarias.

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

La Ley 33 expedida en el año de 1985⁵ estableció "*algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público*", exceptuando de su aplicación cuatro supuestos, que conforman un régimen de transición a saber:

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

⁵ Artículo 1º "...El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

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

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

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

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

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

Cuando se ha llegado a la conclusión de que los docentes no gozan de ningún régimen normativo especial para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicio y, especialmente, la cuantía del monto de la pensión, es decir, por vía de la excepción al régimen de la Ley 100 se le aplica de manera plena la Ley 33 y 62 de 1985, entonces, se avoca al problema jurídico planteado consistente en saber si sólo se tienen en cuenta los factores taxativamente señalados en la ley (Art. 1 L 62/85⁶) o se pueden incluir otros distintos.

La Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 (Rad. 25000232500020060750901), definió la manera como se ha de reliquidar la pensión de jubilación, en cuanto a los factores de salario del último año de servicios. Para ello, dicha Corporación precisó que para los “empleados oficiales” con régimen de transición, una de las normas aplicables era la ley 33 y la ley 62, ambas de 1985 (edad, monto y tiempo de servicios).

Como el problema jurídico se contraía a definir con qué factores de salario se constituía el Ingreso Base de Liquidación Pensional, esa Corporación previamente citó los criterios que manejaban cada una de las subsecciones (de la sección segunda), las cuales se resumen así: (i) en el IBL, se deben incluir **todos** los factores salariales percibidos por el trabajador (ii) en el IBL, solo pueden incluirse aquellos sobre los cuales se realizaron **aportes**. (iii) En el IBL, se incluían aquellos que estaban **taxativamente** enlistados en la norma.

Por lo que el Consejo de Estado en aplicación principios constitucionales en especial el de favorabilidad laboral, determinó que la Ley 33 de 1985 no indica de manera taxativa los factores de salario que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos son **enunciativos, siendo posible incluir otros emolumentos que haya percibido el trabajador en el último año de servicios y que tenga el carácter de habitualidad y de retribución directa del servicio**⁷.

⁶ Artículo 1º. "Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión." "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio." "En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

⁷ Tomado de la sentencia en cita: "...Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando."

SOLUCIÓN DEL CASO

En el presente caso se demandó la **Resolución No. 0318 del 14 de mayo de 2012**, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación del señor SAUL REYES GONZALEZ, sin incluir la **prima de navidad**

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

La norma vigente en materia pensional de los docentes a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era la Ley 33 de 1985, salvo los casos excluidos de su aplicación contemplados dentro de su artículo 1º.

Teniendo en cuenta que el docente SAUL REYES GONZALEZ no se encontraba inmerso dentro de las excepciones contempladas en el mencionado artículo, pues como se dijo no está cobijado por un régimen especial de pensiones, no llevaba 20 ni 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985⁸ y menos aún había cumplido la totalidad de requisitos para que le fuesen respetados derechos adquiridos, se reitera, en materia pensional, se encuentra cobijado por la Ley 33 de 1985, modificada en materia de factores salariales a tener en cuenta dentro de la base de liquidación de la mesada pensional por la Ley 62 de 1985, agregando todos aquellos factores que constituyen salario.

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

Observa en este sentido el Despacho que de acuerdo al certificado de devengados obrante a folio 17 del expediente, los pagos salariales devengados por el docente SAUL REYES GONZALEZ durante el año de consolidación del estatus pensional (**13 de octubre de 2009 al 13 de octubre de 2010**) fueron los siguientes:

- Asignación básica
- Prima de Vacaciones
- **Prima de Navidad**

⁸ La ley 33 de 1985 fue sancionada el 29 de enero de 1985 y publicada en el Diario Oficial No. 36856 del 13 de febrero de 1985.

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

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

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

Por consiguiente, aunque es regla de exclusión de factores salariales en la base de liquidación de las pensiones la establecida en la sentencia de unificación en comento con respecto a las “sumas que cubran riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver afectado”, la misma no se aplica a aquellas prestaciones que pese a tener dicha connotación sea el propio legislador el que las haya incluido como factor salarial, como por ejemplo ocurre con la prima de navidad y vacaciones, del artículo 45 del D. 1045/78.

Conclusión.

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad de los actos administrativos, pues fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarara la nulidad parcial de la Resolución 0318 del 14 de mayo de 2012 y se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 75% del promedio de todo lo devengado en el periodo comprendido entre el **13 de octubre de 2009 al 13 de octubre de 2010**. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos del demandante.

De la prescripción y la actualización de los valores.

En principio los valores a pagar se reconocerían desde el 2 de octubre de 2010, como quiera que la nueva liquidación de la pensión surge a raíz de la expedición de la citada Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, que pasa a ser la nueva fuente del derecho que aquí se reclama⁹, y la citada fecha es el día siguiente a su ejecutoria.

En efecto, como operó el cambio de jurisprudencia y la sentencia de unificación tiene efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, la reliquidación deberá hacerse a partir de la ejecutoria del mencionado pronunciamiento de unificación, es decir desde el 2 de octubre de 2010. Nótese que las condiciones de formación del acto deben responder al bloque de legalidad imperante al momento de su expedición, entonces, si la nueva fuente del derecho es la sentencia de unificación, además de constituir está uno de los parámetros para examinar la legalidad del acto, el momento de su ejecutoria

⁹ En efecto, al declarar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 en la Sentencia C-634 del mismo año, la Corte Constitucional señaló que este tipo de pronunciamientos son fuente formal del derecho. Al respecto, ha señalado el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo que toca a los efectos en el ámbito de la reliquidación pensional

determinará como debe contarse el lapso para la exigibilidad del derecho, que si se deja transcurrir sin accionar en defensa del mismo produce la extinción de sus efectos económicos, pues la ley ha establecido la prescripción de los derechos laborales con tal carácter.

Sin embargo, en este caso el **estatus pensional** se consolidó el **13 de octubre de 2010**, con posterioridad a la ejecutoria del referido pronunciamiento de unificación, y **la petición de liquidación de pensión** fue presentada el 1 de marzo de 2011 (fl. 11), por ello no hay lugar a declarar prescripción alguna.

Aportes al sistema de seguridad social.

Hasta ahora, este Despacho había considerado que como con la sentencia se constituye un derecho a favor del demandante y sólo a partir de este momento se establece una nueva base de liquidación de la pensión, la cual se modifica, entonces, también los descuentos que por ley corresponden deben realizarse a partir de ésta, descontando todos los aportes no realizados en su oportunidad de la suma que arrojará la reliquidación reconocida al demandante.

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

En suma, la carga que surge con el cambio jurisprudencial es el pago de la cotización sobre los nuevos factores que fueron incluidos en la reliquidación de la pensión, proporcionalmente a cargo tanto del empleador (entidad pública) como del trabajador (empleado público), el cual debe **ser “actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario” “de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo)”**, según dijo el Consejo de Estado, en las sentencias 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.

No obstante, el rol de cada parte es distinto y debe ponderarse así: a) El pago de los valores por concepto de cotización sobre los nuevos factores salariales debidamente actualizados, según el porcentaje correspondiente a la entidad pública, tendrá que hacerse de manera íntegra y no está sujeta a ninguna prescripción debido a la naturaleza jurídica del derecho pues ella actúa no sólo como empleadora sino como estado; b) 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.

Respuesta a los argumentos de las partes.

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

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

Con respecto a la aplicación del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, este Despacho considera que no es aplicable para el régimen de los docentes, puesto que el artículo 160 de la ley 1151 de 2007, derogó dicha disposición. Sobre el particular, en sentencia del 06 de abril de 2011 el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, precisó que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, que fue la base esencial para el ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales, no se aplica a los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de la expedición de la ley 812 de 2003, lo cual significa que si bien no se decretó la nulidad del precepto,

aclaró que la disposición, debe entenderse que mientras estuvo en vigencia, se refirió únicamente a los docentes que se vincularon con posterioridad al 27 de junio de 2003, sentando de esa manera que no se vulnera los derechos adquiridos a los docentes que venían vinculados antes de la vigencia de la ley 812 de 2003, ni se afecta el principio de favorabilidad¹⁰.

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), con ponencia de Luis Álvarez Jaramillo, sostiene lo siguiente:

“El FNPSM no reconoció los factores salariales para los maestros que se pensionaron entre los años 2003 y 2007 año cuando la ley 1151 de 2007(Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), promulgada el 27 de junio, deroga 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”**”

En consecuencia no es necesario inaplicar el decreto en cuestión 3752 de 2003 por vía de excepción de inconstitucionalidad, pues la interpretación del Consejo de Estado, cuando fue sometido al estudio de legalidad dicho decreto aunque no decretó su nulidad, aclaró que solo regía para los docentes que se vincularon a partir del 27 de junio de 2003, además que así lo establecía la ley 812/03, reglamentada por ese decreto.

En lo que se refiere a la aplicación de la Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, observemos el problema jurídico planteado en ésta:

“(...) Sobre este punto, la Sala Plena se detendrá a estudiar el problema jurídico que deviene de la aplicación del Ingreso Base de Liquidación en materia pensional, concretamente, la jurisprudencia en vigor de las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en relación con el precedente establecido por la Sala Plena en la sentencia C-258 de 2013¹¹. (...)”

Para resolver este problema jurídico la Corte hizo referencia al precedente constitucional y la jurisprudencia en vigor, señalando que si bien existía una línea jurisprudencial consolidada en las Salas de Revisión de Tutela cuya *ratio decidendi* señala que se desconocen los derechos de los pensionados cuando no se aplica íntegramente el régimen especial al que tienen derecho como beneficiarios del régimen de transición, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 cambió dicha interpretación fijando el precedente que será aplicado en adelante “en cuanto a la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición”. Acude igualmente a lo decidido en la sentencia de tutela T-078 de 2014 mediante la cual se denegó el amparo solicitado por un ciudadano a quien fue reliquidada su pensión de jubilación con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años y no con lo devengado durante el último año de servicios, como consideraba correspondía a su régimen especial por haber laborado en TELECOM. Al ser negada la

¹⁰Consejo 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.

¹¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

tutela, el ciudadano solicitó la nulidad de la sentencia de la Sala de Revisión señalando que ésta había cambiado la jurisprudencia constitucional en vigor en lo relacionado con la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 desconociendo la indiscindibilidad y favorabilidad de su régimen especial.

La Sala Plena “al conocer dicha solicitud, mediante Auto 326 de 2014¹² decidió denegar la petición de nulidad, por cuanto consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente toda vez que no existía, antes de la Sentencia C-258 de 2013, un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición. En efecto advirtió que al no existir esta interpretación, se entendía que estaba permitida aquella que a la luz de la Constitución y la ley, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada. Aclaró que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013.”

Con base en ello, la Sala Plena citó apartes de la sentencia referida y al resolver la solicitud de nulidad, concluyó lo siguiente:

“3.2.2.5. Como se acaba de ver, es importante destacar que el parámetro de interpretación fijado por la Corte en la materia, a pesar de que no se encuentra situado de forma expresa en la parte resolutive de dicha providencia, fundamenta la ratio decidendi que dio lugar a una de las decisiones adoptadas en la Sentencia C-258 de 2013 y, por tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna.

3.2.2.6. A partir de las anteriores razones, la Sala Plena considera que la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar, por cuanto la Sala Segunda de Revisión de Tutelas no cambió la jurisprudencia constitucional en vigor, relativa a la interpretación del inciso 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo atinente a la forma de liquidar el monto y el ingreso base de liquidación, sino que, por el contrario, siguió en estricto rigor la interpretación fijada por la Sala Plena en la Sentencia C-258 de 2013, que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y que establece, preciso es reiterarlo, que el monto y el ingreso base de liquidación se calculan bajo presupuestos diferentes, el primer concepto, bajo el régimen especial del que fuese beneficiario el afiliado antes de la entrada en vigencia del tránsito normativo, y el segundo, siguiendo lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100/93”

En consecuencia en el Auto 326 de 2014 la Sala Plena de la Corte Constitucional al estudiar si era o no procedente declarar la nulidad de la sentencia emitida en la acción de tutela T-078: “reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013, fallo en el que por primera vez la Sala analizó el IBL, en el sentido de que, el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Por tanto, el IBL debe ser contemplado en el régimen general para todos los efectos.”¹³

En conclusión el debate en estas sentencias se refiere a la aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y al régimen pensional especial creado por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, debates ajenos al presente, pues la demandante tiene la calidad de docente, afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en consecuencia su situación pensional está excluida de la aplicación de las reglas de la Ley 100 de 1993 por mandato del artículo 279 de la misma, como se indicó, y no pueden trasladarse a su caso las sub reglas creadas por la Corte para las pensiones de los funcionarios a los cuales se refiere el citado art. 17 (congresistas y magistrados de altas cortes).

¹² M.P. Mauricio González Cuervo

¹³ Sentencia SU-230 de 2015 consideración 2.6.4.

De las costas

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

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 justicia¹⁴, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.¹⁵

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

Considera el Despacho que 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,

FALLA:

PRIMERO.- Se declara la nulidad parcial de la **Resolución No. 0318 del 14 de mayo de 2012**, conforme a la parte motiva de la sentencia.

¹⁴ 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, etc¹⁴. 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 3° del artículo 393 del C.P.C.¹⁴, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.”

¹⁵ 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.

SEGUNDO. 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 SAUL REYES GONZALEZ identificado con la C. C. No. 6.757.406, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el año de consolidación del estatus pensional, esto es desde el **13 de octubre de 2009 al 13 de octubre de 2010**. Es decir que a los factores salariales ya reconocidos –asignación básica, prima de vacaciones- deberá adicionar el factor de **prima de navidad**, con efectos fiscales a partir **del 13 de octubre de 2010**.

TERCERO.- Al momento de hacer la liquidación para pagar los valores resultantes de lo aquí dispuesto, se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado y recibido mediante el valor anteriormente reconocido. Igualmente, se harán los descuentos que por aportes se deban realizar, conforme a la parte motiva de la sentencia, valores que serán actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario de manera que se 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.

CUARTO.- La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada en la forma indicada, aplicando para tal fin la siguiente fórmula utilizada comúnmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Es 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.

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

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO.- Se niega la condena la condena en costas

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

Juez