



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

Tunja, primero (01) de febrero de dos mil dieciséis (2016).-

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Sergio Antonio Galindo Hoyos
DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
RADICACIÓN: 15001333300420150006300

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: SERGIO ANTONIO GALINDO OLMOS, identificado con C.C. No. 3.161.095 de San Juan de Rioseco.
- DEMANDADO: La Nación – Ministerio de Educación- 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 consagrado 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 N° 0023 del 6 de enero de 2006, mediante la cual la Secretaría de Educación de Boyacá en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordena el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a favor del demandante.

Asimismo, solicita la nulidad de la Resolución N° 000812 del 27 de febrero de 2014, mediante la cual la entidad demandada resolvió negar la revisión de la pensión de jubilación sin incluir la totalidad de los factores salariales devengados y certificados en el último año de adquisición del status pensional, finalmente solicita la nulidad del acto

ficto presunto que se configuró al no obtener respuesta del recurso de reposición contra la Resolución N° 000812 del 27 de febrero de 2014.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación el promedio de todos los factores salariales devengados por el demandante en el año anterior al status de pensionado, tales como: auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección, entre otras y concretamente las que aparezcan certificadas por la autoridad competente para el efecto; con efectos fiscales a partir del momento en que cumplió los requisitos para su pensión, en virtud de la ley y de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

También solicita que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos desde la fecha del status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina.

Asimismo, solicita condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Finalmente que se condene al pago de costas de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FÁCTICOS

El demandante laboró para el servicio público de la educación desde el 13 de septiembre de 1974 hasta el 6 de abril de 2005.

Ingresa al servicio público de la educación antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, por consiguiente y conforme al artículo 81 de la referida ley, las normas prestacionales que deben aplicarse a su situación pensional son las vigentes y las que regulaban el tema antes de la fecha de su expedición, es decir la Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985 y Ley 4 de 1966.

Al cumplir con los requisitos exigidos por la ley accede a su pensión de jubilación debidamente reconocida mediante Resolución N° 0023 del 6 de enero de 2006 con efectos fiscales a partir del 7 de abril de 2005.

Durante el año anterior al status de pensionado percibió los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones, prima de navidad y sobresueldo mensual del 20%, los cuales deben tenerse en cuenta al momento de calcular el valor de la mesada pensional reconocida.

Por haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenó el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación a través de la Resolución N° 003792 del 8 de agosto de 2012, con efectos a partir del 7 de abril de 2005 (sic), pero que en dicho reconocimiento no se incluyeron todos los factores salariales devengados en el año anterior de pensionado, violando los derechos adquiridos y la normatividad que regula la materia. Que dicha decisión fue emitida con base en el artículo 3 del Decreto N° 3752 de 2003.

La entidad demandada negó la inclusión de todos los factores salariales para la liquidación de la pensión del demandante argumentando que en el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 se establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 no puede ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realizaron los aportes.

Finalmente, referenció la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 en la que se consideró que la cuantía de las pensiones de los servidores públicos se debía tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir todas 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.

➤ JURÍDICOS:

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:

Artículos 29, 85 y 229

NORMAS DE RANGO LEGAL:

Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2013

CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

El debido proceso se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (artículos 29 y 85) que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiénolas 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.

Conforme a lo anterior, 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 rijan. 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 (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes.

Señaló, que la Ley 812 de 2003 aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 en el artículo 81 hizo referencia al régimen pensional de los docentes oficiales, para establecer que el de los nacionales, nacionalizados y territoriales continuaría siendo el anterior a la vigencia de la Ley 812 y el pensional de los docentes que ingresen al servicio a partir de la vigencia de la misma ley sería el de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 con los requisitos previstos en el con excepción de la edad de la pensión de vejez que será de 57 años para los hombres y mujeres. Que conforme a lo anterior a partir del 27 de junio de 2003, fecha en la cual entro a regir la Ley 812 de 2003 existen dos regímenes pensionales de los docentes cuya aplicación se determina por la fecha de ingreso del docente al servicio público educativo.

Expresó que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003- es el contenido en la Ley 91 de 1989, mientras que el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás normas que lo regulen a futuro, pero con el requisito de edad unificado en 57 años para hombres y mujeres.

Que por consiguiente y teniendo en cuenta que la demandante se vinculó al servicio público oficial del sector educativo el día 13 de septiembre de 1974, fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 91 de 1989 y no el establecido en la Ley 812 y sus Decretos reglamentarios, como erróneamente lo efectuó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la actora.

1.1.2. OPOSICIÓN:

La apoderada de La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 62 a 66) presentó contestación a la demanda en término, edificando la siguiente argumentación:

- A LAS PRETENSIONES: Se opone a todas y cada una de las pretensiones invocadas por la actora, toda vez que no están llamadas a prosperar en el presente asunto.

- A LOS HECHOS: Frente a los numerales 1 y 2 son ciertos. Al hecho 3 es parcialmente cierto; respecto a los hechos 4, 5, 7, 8, 11, 12, 13 y 14 no son hechos, el 10 no le consta, y los 6 y 9 no son ciertos, se atiene a que se pruebe en el trámite del proceso.

- ARGUMENTOS DE DEFENSA: Sostiene la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM que es aplicable a la actora la normatividad correspondiente a lo establecido en

los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que son las normas que rigen las prestaciones económicas y sociales para los empleados públicos del orden nacional:

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) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."

Ahora bien, respecto a los factores salariales que son base para liquidar la pensión, reseña el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la ley 33 de 1985, lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados de orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio".

De lo anterior, se sustrae que la pensión que en derecho corresponde a la accionante 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, por lo que se concluye a primera vista que no le asiste razón al actor cuando afirma que se debió liquidar la pensión sobre todos los factores salariales por ella devengados sin estar consagrados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Que con base en la jurisprudencia y la Ley 33 de 1985, se estableció que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues con esto se busca la sostenibilidad del sistema.

Luego, se advierte que solo puede liquidar la pensión sobre los factores salariales que sirvieron de base para el cálculo de los aportes, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, señaló que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley en comento, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

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.

Concluye, que se debe negar a las pretensiones invocadas por el actor, toda vez que al accionante no le asiste el derecho que está reclamando, pues las Leyes 33 y 62 de 1985 establecen claramente que factores se deben incluir dentro de la liquidación de la pensión de jubilación, dentro de los cuales no se encuentran lo solicitado por la actora, además si se accede a las pretensiones se vulnera las reservas de la entidad.

EXCEPCIÓN

Prescripción: Se propone como medio exceptivo de cualquier derecho reclamado frente al cual haya operado este fenómeno de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

1.1.3. ALEGATOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 181 del C.P.A.C.A., se celebró la audiencia de pruebas y como quiera que se agotó dicha etapa procesal se ordenó a las partes para que alegaran de conclusión para lo cual dentro del término concedido manifestaron:

Parte demandante: sostuvo que la entidad demandada al momento de reconocer la pensión del actor no incluyó en la base pensional la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del status pensional, configurándose una clara violación a los derechos protegidos por la Constitución Política y la ley, lo cual significó una disminución en su ingreso, situación jurídica que la demandada se abstuvo de normalizar a pesar de haberse tramitado petición administrativa con el fin que no se le vulneren al demandante el derecho de la igualdad, el debido proceso entre otros.

Que conforme a las pruebas obrantes en el plenario y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado solicita al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: insiste en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda solicitando que sean denegadas las pretensiones del libelo, manifiesta que el juzgador tiene la facultad de privilegiar la interpretación que este más acorde con el marco Constitucional –artículo 4-, que es la de la taxatividad de los factores salariales a tener en cuenta para determinar la base pensional, lo cual, ha sido plasmado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y la SU – 230 de 2015.

Reiteró, que las sentencias de unificación de la Corte Constitucional tienen preponderancia sobre las emitidas por el Consejo de Estado pues así lo ha expuesto la Corte Constitucional tiempo atrás que entre otras providencias citó la C-588 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

2. CRÓNICA DEL PROCESO:

A través de auto del 5 de junio de 2015 (fls. 49 a 51) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada que se notificó el 7 de julio de 2015, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fls. 55, 57 y 58); por lo anterior, a partir del 8 de julio de 2015 y hasta el 13 de agosto 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 14 de agosto de 2015 al 25 de septiembre de 2015, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término; luego se procedió a realizar la audiencia inicial (fls. 79-83), audiencia de pruebas (fls. 137-138), se recibieron los alegatos de las partes por escrito y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

El problema jurídico consiste en determinar si el señor SERGIO ANTONIO GALINDO HOYOS tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio liquide nuevamente su pensión vitalicia de jubilación y se incorporen en la base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Tesis de la parte demandante: Sostiene que se debe reliquidar la pensión del señor SERGIO ANTONIO GALINDO HOYOS con la inclusión de todos los factores salariales tales como: auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección, entre otras y concretamente las que aparezcan certificadas por la autoridad competente para el efecto; con efectos fiscales a partir del momento en que cumplió los requisitos para su pensión, en virtud de la ley y de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila

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.

El Decreto 3752 de 2003 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 previstos para cotización.

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

El Despacho sostendrá que se debe liquidar nuevamente la pensión de jubilación del demandante, bajo las reglas de las Leyes 33 y 62 de 1985, en un monto del 75%, con la inclusión de los conceptos devengados en el año anterior a la consolidación del status de pensionado cuya naturaleza sea remuneratoria, atendiendo a 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 el devengados

debidamente certificados, sin embargo, siguiendo la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, dichas normas simplemente tienen un carácter enunciativo y por ello corresponde al juez determinar la naturaleza jurídica de cada factor salarial. Y en lo que toca a los factores que se ordene incluir en la nueva liquidación de la pensión, pero sobre los cuales no se hicieron aportes al Sistema General de Pensiones, debe acudirse a la solución planteada en la Jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, descontando de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión, los aportes respectivos en la parte que le corresponde.

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 – M.E.N. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **titulada de la prescripción**, el estudio de este medio exceptivo solo es procedente hasta tanto este Despacho determine si el actor 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 el demandante tiene derecho al reconocimiento de dichos factores, se realizará el estudio del mismo.

5.2 - PREMISAS JURÍDICAS.

5.2.1 Precisiones del caso.

De la configuración del silencio administrativo negativo, que conlleva a la existencia de un acto administrativo ficto o presunto.

Sobre el particular, se tiene que conforme a la Ley 1437 de 2011, artículo 83: transcurridos 3 meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa; a tal situación se le conoce como silencio administrativo negativo, que da origen a un acto administrativo ficto o presunto, que a su vez resulta demandable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cualquier tiempo (artículo 164 N°1 Literal d de la Ley 1437 de 2011), y a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (Artículo 138 ibídem).

Sin embargo, debe dejarse de presente que para la ocurrencia del silencio administrativo negativo, es necesario que la administración no haya emitido una respuesta frente a la petición del asociado, ya que en caso contrario, se estará frente a la existencia de un acto administrativo de carácter material y concreto.

Situación diferente es que con la contestación efectuada frente a la petición incoada, la entidad no haya cumplido con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional

para dar respuesta a un derecho de petición, esto es, que sea de fondo, y de forma clara y precisa sobre lo peticionado, evitando evasivas y elusivas, hipótesis para la cual el ciudadano afectado cuenta con la acción de tutela a fin que se condene a la administración a proferir la respuesta bajo los criterios antes indicados (en este sentido y a modo de ejemplo ver la Sentencia T- 377 del año 2000 que sintetizó las reglas desarrolladas por la jurisprudencia en materia de protección del derecho fundamental de petición).

Recapitulando y a modo de conclusión, se tiene que cuando la administración profiere respuesta frente a un derecho de petición, ésta se constituye en un acto material y concreto, caso contrario cuando transcurren más de 3 meses desde la solicitud sin haberse obtenido una respuesta, de modo inmediato se configura la figura jurídica conocida como silencio administrativo negativo, que genera la existencia de un acto ficto o presunto. En uno o en otro caso, tales actos -material y concreto o ficto- presunto- son demandables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el caso que nos ocupa se observa que la parte demandante el **26 de marzo de 2014 presentó recurso de reposición** en contra de la Resolución N° 0812 del 27 de febrero de 2014, a través del cual solicitó el reconocimiento de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional (fl.27), sin que hasta la fecha y habiendo transcurrido más de 3 meses la entidad demandada haya dado respuesta, de manera que el acto ficto resulta demandable y en consecuencia el Despacho procederá a estudiar la procedencia de su nulidad.

5.2.2. Argumentos de apoyo a la tesis.

Los modos de integración en el sistema de seguridad social.

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

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

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

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.

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 señala:

“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.”

A su vez el inciso 6º del artículo 36 indica:

“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 al mismo tiempo, se les han de respetar algunos derechos con el fin de garantizar la igualdad y la justicia, puesto que es sano que se establezcan como política pública ciertos puentes normativos que permitan ese tránsito a las nuevas condiciones laborales sin desconocer las realidades y circunstancias anteriores.

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

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

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

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

PARÁGRAFO 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.

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.

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 sub reglas 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. (…)”

³Corte Constitucional T-534/01

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.”

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, 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: Tarsicio 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 párrafo 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.

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.”

- 4) Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la Ley hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, quienes continuarán rigiéndose por las normas anteriores a ella.

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

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

Cuando se ha llegado a la conclusión de que los docentes no gozan de ningún régimen normativo especial para efectos de determinar los requisitos de edad, tiempo de servicio y, especialmente, la cuantía del monto de la pensión, es decir, por vía de la excepción al régimen de la Ley 100 se le aplica de manera plena las Leyes 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), siendo estos: (i) en el IBL se deben incluir todos los factores salariales percibidos por el trabajador (ii) en el IBL solo pueden incluirse aquellos factores sobre los cuales se realizaron aportes (iii) en el IBL se incluyen sólo los factores que estaban taxativamente enlistados en la norma.

Frente a la diversidad de posturas, el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia: en aplicación de 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.”

6.-SOLUCIÓN DEL CASO

6.1.- Lo Probado en el Proceso.

El señor Sergio Antonio Galindo Olmos nació el 6 de abril de 1950 y se identifica con la C. C. No. 19.384.581 de Chinavita. (fls. 121 y 134)

Empezó a laborar para el servicio público de la educación el día 13 de septiembre de 1974 (folios 110- 127).

El día 6 de abril de 2006 consolidó su derecho a la pensión por haber cumplido 55 años de edad, según se indicó en la Resolución N° 0023 del 6 de enero de 2006 acto mediante el cual la entidad demandada le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación (fls. 37-38).

Acudió ante el juez para solicitar la reliquidación de su pensión, solicitud resuelta por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, que mediante sentencia emitida en el proceso 2006-0016 declaró la nulidad parcial de la resolución 023/2006 y ordenó la reliquidación de la pensión con todos los factores salariales que devengó en el año en que adquirió el status pensional. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá y a la misma se dio cumplimiento mediante la Resolución N° 3792 del 8 de agosto de 2012 (folios 33-104-107)

Solicitó nuevamente la reliquidación de la pensión el día 8 de abril de 2013 (folio 113-116) señalando “debe extenderse los efectos de la sentencia de unificación a mi mandante, en el sentido que se tengan en cuenta todos los factores que constituyen salario” señalando como factores excluidos sin razón **la prima de alimentación, la prima de grado, la prima de vacaciones, prima de navidad y el sobresueldo mensual del 20%** (folio 115). Como pruebas solicitó “se tenga en cuenta la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado siendo consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila del 4 de agosto de 2010 con radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) actor Luis Mario Velandia”. A través de la Resolución N° 0812 del 27 de febrero de 2014, la entidad demandada dio respuesta a dicha solicitud negando la reliquidación de la pensión del demandante (fls. 21-22; 95-98)

Mediante apoderada el demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución 812/2014 (folios 24-27).

Durante el año anterior a la consolidación del status de pensionado (abril de 2004 a abril de 2005) devengó los siguientes factores salariales: Asignación Básica, Prima de alimentación, Prima de grado, Prima de vacaciones, Prima de navidad y Sobresueldo mensual 20% de la Ordenanza 23/59 (fls. 39-42; 130-133)

6.2.-Las decisiones administrativas pensionales:

La pensión de jubilación del demandante en principio fue reconocida a través de la **Resolución N° 0023 del 6 de enero de 2006**, teniendo en cuenta solamente la asignación básica. Según esta resolución adquirió el status pensional el 6 de abril de

2005, logrando la consolidación de su derecho a la pensión con el cumplimiento de 55 años de edad, había laborado 30 años, 6 meses y 24 días para esa fecha.

Para el año base liquidación se tuvo en cuenta el lapso transcurrido entre el 7 de abril de 2004 al 6 de abril de 2005. (fl. 37-38). Como normas aplicables citó la Ley 6 de 1945, el Decreto 1160 de 1947, el Decreto 1045 de 1978, la Ordenanza 14 de 1985, la Ley 33 de 1985, la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003, el Decreto 2234 de 1998 y el Decreto 3752 de 2003.

A través de la Resolución N° 3792 del 8 de agosto de 2012 (fl. 33 y 104), la entidad demandada en cumplimiento de un fallo emitido en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Tunja y confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá reliquidó la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta la asignación básica, prima de grado y sobresueldo del 20%.

Finalmente a través de la Resolución N° 812 del 27 de febrero de 2014 (fl. 95) la entidad demanda resolvió no ajustar la pensión del demandante bajo el argumento que la pensión había sido reconocida en cumplimiento de un fallo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *“lo cual impide que se ajuste nuevamente la pensión sin antes verificar lo dispuesto por el fallo”*.

6.3. Situación jurídica –administrativa:

El señor Sergio Antonio Galindo Olmos, labora para el servicio público de la educación como docente nacionalizado en propiedad (folio 131) desde el 13 de septiembre de 1974 al 6 de abril de 2005 (fl. 110), fecha en la cual consolidó su estatus pensional por completar el requisito de edad. Para entonces se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 127-128).

6.4.-Régimen normativo aplicable.

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

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

Teniendo en cuenta que el docente Sergio Antonio Galindo Olmos 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

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.

la totalidad de requisitos para que le fuesen respetados derechos adquiridos, 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 folios 40 a 42 del expediente, los pagos salariales devengados por el docente Sergio Antonio Galindo Olmos durante el año anterior a la consolidación del status de pensionado (abril de 2004 a abril de 2005) fueron los siguientes:

Asignación Básica
Prima de alimentación
Prima de grado
Prima de vacaciones
Prima de navidad y
Sobresueldo mensual 20% de la Ordenanza 23/59

Respecto los factores discutidos dentro del presente medio de control como lo son la **prima de navidad y prima de vacaciones**, el Despacho atenderá 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.

En relación con la **prima de alimentación**, el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 42 por medio del cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos

Públicos y Unidades Administrativas Especiales) estableció que dicha prima constituye factor salarial.⁹

Asimismo, el Consejo de Estado en providencia del 03 de febrero de 2013¹⁰, recordó que **los auxilios de alimentación** y de transporte también deben ser tenidos en cuenta como factores salariales, a la hora de liquidar la mesada pensional de un trabajador. Ello porque el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, bajo la interpretación de este alto tribunal, ha precisado que toda remuneración derivada de los servicios efectivamente prestados debe ser incluida en el cálculo.

Por lo tanto, se deberán tener en cuenta para la reliquidación los siguientes factores además de la asignación básica, Prima de grado, Sobresueldo mensual 20%, que ya fueron reconocidos (Resolución N° 3792 del 8 de agosto de 2012 fls. 33-36): Prima de vacaciones, Prima de navidad y la Prima de alimentación, pues el Despacho atiende no sólo el criterio jurisprudencial sino el precedente normativo al respecto y por ello ordenará la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados por la causante durante el último año de servicios.

6.5.- Decisión.

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 fueron expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en: i) Resolución N° 000812 del 27 de febrero de 2014, y iii) del acto ficto presunto que se configuró al no obtener respuesta del recurso de reposición contra la Resolución N° 000812 del 27 de febrero de 2014. Actos que hacen parte del mismo procedimiento administrativo (Art. 42, 43 y 87 CPACA), procediendo su declaratoria de nulidad.

Al provocar un nuevo pronunciamiento administrativo pensional a partir de la petición del 8 de abril de 2013, que terminó con el acto ficto presunto que se configuró al no obtener respuesta del recurso de reposición contra la Resolución N° 000812 del 27 de febrero de 2014, se constituyen las anteriores decisiones (materiales o fictas) en la última decisión administrativa y es sobre éstas que debe recaer el control de legalidad.

Frente a los demás actos administrativos anteriores (Resolución 023 del 8 de enero de 2006) que definieron el derecho a la pensión por haber quedado en firme y ser

⁹ Artículo 42º.- De otros factores de salario. 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.

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b) Los gastos de representación.
- c) La prima técnica.
- d) El auxilio de transporte.**
- e) El auxilio de alimentación.**
- f) La prima de servicio.
- g) La bonificación por servicios prestados.
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

¹⁰ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 76001233100020070021701 (03412012), 3/20/2013

definitivos, podrían ser demandados siempre que no se hubiese provocado un nuevo pronunciamiento (Art. 163 CPACA).

A título de restablecimiento del derecho 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 **abril de 2004 a abril de 2005**. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos del demandante.

6.5.1.-De la prescripción, los efectos fiscales y la actualización de los valores.

En cuanto a la prescripción trienal, en principio los valores a pagar se reconocerían a partir del 8 de abril de 2010, por ocurrencia de dicha figura jurídica extintiva de los derechos laborales, por cuanto la petición de reliquidación se radicó el día 8 de abril de 2013¹¹, ello con base en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que establece que las acciones que emanen de los derechos consagrados en las normas laborales prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

No obstante es preciso tener presente 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 reclama¹². Al respecto, ha señalado el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo que toca a los efectos en el ámbito de la reliquidación pensional¹³:

Entonces si la fuente de derecho surtió efecto el 1º de octubre de 2010, con la sentencia de unificación, ninguna afectación puede tener sobre mesadas anteriores a esa fecha, en relación con factores que hasta entonces no se venían incluyendo porque no se consideraban retribución directa del servicio y/o porque estaban contempladas como factor de liquidación pensional en el Decreto 1045 de 1978.

Sin embargo no es menos cierto que no podrían traerse valores devaluados devengados años atrás sin la respectiva actualización, criterio que ha sido asumido por la jurisprudencia en el tratamiento de la primera mesada pensional cuando el promedio a tener en cuenta se toma de valores devengados antes de la fecha de consolidación del derecho.

Es decir que 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 ésta uno de los parámetros para examinar la legalidad del acto, el momento de su ejecutoria determinará desde cuando procede la reliquidación, también 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.

¹¹ Parte considerativa Resolución N° 812 del 27 de febrero de 2014

¹² 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.

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Julio Humberto Gómez Munevar. Demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación 150013333004201400002. Sentencia del 23 de abril de 2015.

Conforme a lo anterior, siendo el parámetro para contar el lapso prescriptivo la ejecutoria de la sentencia de unificación, se evidencia que en éste caso no ha transcurrido el mismo.

Sin embargo, como no pueden traerse, como sostiene el Tribunal Administrativo de Boyacá, valores devaluados a la liquidación de la pensión, y los factores Prima de vacaciones, Prima de navidad y la Prima de alimentación se incluyen con fundamento en la sentencia de unificación que logró ejecutoria el día 2 de octubre de 2010, estos valores se actualizarán conforme al índice de Precios al Consumidor desde cuando se consolidó la situación pensional del demandante (6 de abril de 2005) hasta el 1 de octubre de 2010 y se agregarán desde el día siguiente a la base de liquidación de la pensión.

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

6.5.2.-Favorabilidad:

En todo caso, si de la liquidación de esta sentencia (reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores salariales), arroja como resultado un monto pensional inferior al devengado por la demandante, deberá conservarse el ya devengado, lo anterior en aras de no desmejorar dicha prestación y atendiendo al principio de favorabilidad laboral. (Art. 53 CP)

6.5.3.-Aportes al sistema de seguridad social.

Si bien hasta el momento actual este 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 **de las mesadas adeudadas** cuando se haga el reconocimiento prestacional, en garantía de la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social, es imperativo hacer una nueva reflexión sobre el punto, atendiendo la problemática que pueden suscitar las fórmulas hasta ahora aplicadas pues es posible que no se logre que *“los mencionados descuentos deben ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependan económicamente, afectando su mínimo vital”* como sostiene el Consejo de Estado en Sentencias de la Sección Segunda – Subsección “A” con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren con fecha 5 de junio de 2014 y radicales 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 origen¹⁴. De igual manera, el restablecimiento del derecho: *“implica¹⁵ llevar la situación presente del actor al mismo estado en que debería encontrarse si ño 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”*¹⁶, 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 5° 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 7°)

ii) Los valores, derechos e intereses en tensión.

El derecho a la pensión está consagrado en la Carta Política (Art. 48 CP) con características de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad¹⁷, 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)¹⁸. 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 mínimo¹⁹.

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.

¹⁴ 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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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)

¹⁹ 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.

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.²⁰ 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.

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*”²¹:

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%.

²⁰ 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 este 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 aparea 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.

²¹ 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

....

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 ella²², 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 los mismos se hayan efectuado las deducciones legales²³; (ii) los descuentos proceden al momento del reconocimiento prestacional²⁴; (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 actuuario, 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

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 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 (sic) 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.”

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 dependan 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 unificación²⁵; 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.

7.-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 del Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, con ponencia del Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila con radicación N° 250002325000200607509

Frente al caso en concreto, es claro que la entidad demandada desconoce lo preceptuado en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento

²⁵ 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).

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto las autoridades deben tener en cuenta no solo la aplicación de las normas sino tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, con el objeto del reconocimiento de un derecho o a los sujetos quienes solicitan y acreditan el mismo supuesto fáctico y jurídico.

El objeto del medio de control de la referencia es solicitar la reliquidación pensional vitalicia de jubilación en favor del señor SERGIO ANTONIO GALINDO OLMOS, sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre ellos, la Prima de vacaciones, Prima de navidad y la Prima de alimentación que no se contemplaron, 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 favorabilidad²⁶.

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

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

Siendo ello así es claro lo expresado por el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo no se hace necesario inaplicar el decreto en cuestión 3752 de 2003 por vía de excepción de inconstitucionalidad, pues la interpretación del Consejo de cuando fue sometido al estudio de legalidad dicho decreto aunque no decretó su nulidad, aclaró

²⁶Consejo 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.

que este decreto solo regía para los docentes que se vinculaban a partir del 27 de junio de 2003, además que así lo establecía la Ley 812 que reglamentaba ese decreto.

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 2013²⁷. (...) “

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 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 2014²⁸ 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.

²⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁸ M.P. Mauricio González Cuervo

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.”*²⁹

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).

8.-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

²⁹ Sentencia SU-230 de 2015 consideración 2.6.4.

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.

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 de los actos administrativos contenidos en: i) Resolución N° 000812 del 27 de febrero de 2014, y ii) del acto ficto presunto que se configuró al no obtener respuesta del recurso de reposición contra la Resolución N° 000812 del 27 de febrero de 2014.

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 a al señor SERGIO ANTONIO GALINDO OLMOS identificado con la cédula de ciudadanía N° 3.161.095 de San Juan de Rioseco, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el año anterior a la consolidación del status de pensionado, que transcurrió entre abril de 2004 a abril de 2005. Es decir que a los factores salariales ya reconocidos – asignación básica, Prima de grado, Sobresueldo mensual 20%³²- se deberán adicionar la Prima de vacaciones, Prima de navidad y la Prima de alimentación, reliquidación que procede desde el 2 de octubre de 2010 y con efectos fiscales a partir de esta misma fecha, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

Los valores devengados por concepto de la Prima de vacaciones, Prima de navidad y la Prima de alimentación se actualizarán conforme al Índice de Precios al Consumidor desde el 30 de abril de 2005 hasta el 1 de octubre de 2010 y al día siguiente se incorporarán en la base de liquidación de la pensión.

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, etc.³⁰. 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.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.

³² Resolución N° 3792 del 8 de agosto de 2012 fls. 33-36

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.

CUARTO. Declarar no próspera la excepción de prescripción parcial de las mesadas invocada por la entidad demandada, comoquiera que el parámetro temporal de inclusión de los nuevos factores salariales es el 2 de octubre de 2010, como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO.- La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada en la forma indicada en la parte motiva, al tenor de lo establecido en el artículo 187 del C. P. A. C. A. aplicando para tal fin la siguiente fórmula:

$$R = R.H \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de emolumentos salariales y prestacionales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia. 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.

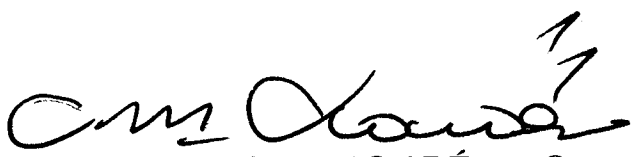
SEXTO.- Se ordena dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Se niega la condena la condena en costas

NOVENO.- 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