



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: **Jorge Eduardo Paredes Chiza**
DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
RADICACIÓN: **15001333300420150011600**

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:** Jorge Eduardo Paredes Chiza, identificado con C.E. No. 120.302 de Bogotá.
- **DEMANDADO:** Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

OBJETO:

- **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Por conducto de apoderada 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° 1908 del 21 de noviembre de 2002, mediante la cual la entidad demandada reconoció la pensión vitalicia de jubilación al señor Jorge Eduardo Paredes Chiza, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a obtener el status pensional.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se condene a la entidad demandada a reconocer reliquidar y pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación al demandante

con la inclusión de todos los factores salariales de devengó durante el año anterior al estatus de pensionado.

Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales conforme a la Ley 71 de 1988, asimismo que se ordene a la entidad demandada a actualizar o ajustar mes a mes, el mayor valor que resulte por la reliquidación de la mesada pensional del señor Jorge Eduardo Paredes Chiza, tomando como base el I.P.C., en cumplimiento a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 187 del C.P.A.C.A., desde el momento en que se hizo efectiva la pensión y que se causó cada mesada y hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.

Igualmente, solicita que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las sumas reconocidas y adeudadas al señor Jorge Eduardo Paredes Chiza desde la fecha en que quede ejecutoriada la providencia que ponga fin a este proceso y hasta el día en que se efectúe el pago de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A., también que se condene en costas y agencias en derecho de conformidad con lo señalado en el artículo 188 del C.P.A.C.A

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS CON BASE EN LA FIJACIÓN DEL LITIGIO

- El señor Jorge Eduardo Paredes Chiza nació el 3 de agosto de 1937 (fl. 21), que fue nombrado como docente del Departamento de Boyacá a través de la Resolución N° 10811 del 16 de julio de 1980 (fl.19)
- Mediante Resolución N° 1908 del 21 de noviembre 2002, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante, efectiva a partir del 16 de julio de 2000 (fls.15-16)
- Certificado de devengados, suscritos por la Secretaría de Educación de Boyacá años 1999 – 2000 (Asignación básica, prima de alimentación, prima de exclusividad, prima de vacaciones, prima de navidad) fls. 17-18.
- A través de la Resolución N° 0559 del 25 de marzo de 2003 el Alcalde del Municipio de Tunja aceptó la renuncia al cargo de docente presentada por el demandante, efectiva a partir del 1 de abril de 2003 (fl.20)

➤ JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

NORMAS DE RANGO LEGAL

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículos 1 y 3 de la Ley 33 de 1985; artículo 62 de la Ley 62 de 1985; artículos 187, 192 y 188 del C.P.A.C.A.; artículo 1617 del C.C.

El concepto de violación lo sustenta con los siguientes argumentos:

Que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estableció lo relacionado con el régimen prestacional con los docentes, en los diferentes órdenes Nacionales y nacionalizados, que para el efecto la normatividad aplicable a cada caso depende de la fecha de vinculación al servicio público, que en el caso concreto el señor Jorge Eduardo Paredes Chiza se vinculó como docente el 16 de julio de 1980 y que por tanto le es aplicable el régimen vigente que tenía en su entidad territorial, es decir el contenido en las leyes 33 y 62 de 1985.

Indica, que la entidad demandada omitió acoger el pronunciamiento de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se consideró que para la liquidación de las pensiones se debían tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a obtener el status de pensionado, que en el *sublite* según la certificación de salarios expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá son: asignación básica, prima de alimentación, prima de exclusividad, prima de vacaciones y prima de navidad.

Menciona, que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la Resolución N° 1908 del 21 de noviembre de 2002 omitió incluir como factores para el ingreso base de liquidación la prima de exclusividad y la prima de navidad que devengó el demandante en el año anterior a obtener el status de pensionado, situación que conlleva a que la mencionada resolución este viciada por violación a la ley y a la jurisprudencia, vicio que debe ser corregido, solicitando que se declare la nulidad del acto administrativo y se ordene la reliquidación de la pensión de conformidad con las normas vigentes.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La entidad demandada pese a estar notificada en debida forma (fls. 32-33 y 35) guardó silencio respecto a los hechos y pretensiones de la demanda.

1.1.4 ALEGATOS

Parte demandante (fl. 109-112)

La apoderada de la parte demandante reafirmó todas y cada uno de los hechos, pretensiones y condenas escritas en la demanda, insistiendo que de conformidad con las normas legales es procedente liquidar nuevamente la pensión del demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la obtención del status de pensionado, que de conformidad con el acervo probatorio la pensión de vejez se debe reliquidar reconociendo también como factores salariales la prima de exclusividad y la prima de navidad.

Entidad Demandada: solicita que sean denegadas las pretensiones del libelo, manifestando 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 26 de junio de 2015 (fls. 25-27) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, surtiéndose el 7 de julio de 2015 (fls.32-33 y 35), a través del correo electrónico suministrado con la demanda; 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 permanecieron 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 (fl.37), la entidad demandada no contestó la demanda en dicho término; luego se procedió a realizar la audiencia inicial (fls. 42-46), audiencia de pruebas (fls. 105-107), 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 demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio liquide nuevamente su pensión vitalicia de jubilación y se incorporen en la base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la obtención de su status de jubilado.

Tesis de la parte demandante: manifiesta que en atención a que el señor Jorge Eduardo Paredes Chiza se vinculó como docente el 16 de julio de 1980, no cabe duda que le es aplicable el régimen vigente que tenía en su entidad territorial, es decir, el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución N° 1908 del 21 de noviembre de 2002, omitió incluir como factores para el ingreso base de liquidación la prima de exclusividad y la prima de navidad que devengó el señor Jorge Eduardo Paredes Chiza en el año anterior a obtener el status de jubilado, situación que conlleva a que la mencionada resolución este viciada por violación a la ley y a la jurisprudencia; vicio que debe ser corregido, y que por tanto, solicita la declaratoria de

nulidad del acto administrativo y se ordene la reliquidación de la pensión de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985.

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 acudir a la solución planteada en la Jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, descontando de la suma que se ordene reconocer a la demandante por concepto de las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación de su pensión, los aportes respectivos.

4.-DECISIONES PARCIALES

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

5.-PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1 - PREMISAS FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Copia cédula de extranjería del señor Jorge Eduardo Paredes Chiza, en la que se demuestra que nació el 3 de agosto de 1937 (fl. 127 y 129)
- Certificado de nombramiento del demandante en el que se evidencia que fue posesionado el 16 de julio de 1980 (fl.19)
- Resolución N° 1908 del 21 de noviembre 2002 (fls.117-120)
- Certificado de devengados, suscritos por la secretaría de educación de Boyacá años 1993-2002 (fls. 82-96)
- Resolución N° 0559 del 25 de marzo de 2003 el Alcalde del Municipio de Tunja aceptó la renuncia al cargo de docente (fl.20)
- Certificado de tiempo de servicios (fls.80 y 137)

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

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

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

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

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

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

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

ii) Trato diferente. Están excluidos el grupo de personas que expresamente la norma les creó un régimen especial o se los permitió. El artículo 279 de la ley 100/93² señala a

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.

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.

los miembros de la Fuerza Pública, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a los trabajadores de Ecopetrol, entre otros.

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

Las reglas de la transición establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son las siguientes:

- **Edad.** Este parámetro consiste en mantener la edad anterior (55 mujeres y 60 hombres) para adquirir el derecho a la pensión hasta el año 2014 y a partir de este momento sube dos años más (Inciso 1º).

- **Aplicación del régimen anterior.** Este parámetro busca que se respete las normas a la que estaba afiliado la persona al momento de entrar en vigencia la ley. Tiene dos aspectos: Uno que se refiere a la determinación del grupo de personas que deben ser tratados por este parámetro (35 años o más mujeres o 40 años o más hombres, 15 años o más de servicios de cotización) y el segundo respecto a las reglas o criterios normativos anteriores para la liquidación de la pensión. Este último, por su parte, tiene también varias subreglas: a) Edad, b) Tiempo de servicio o número de semanas cotizadas; c) Monto de la pensión. (Inciso 2º); d) Ingreso base para la liquidación del anterior grupo de personas (Inciso 3º). Este último será desarrollado adelante de manera amplia por tratarse del tema objeto de la controversia.

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:

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.”

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

En consecuencia, el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, por lo tanto, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, sancionada el 29 de enero de 1985 y su publicación se hizo en el Diario Oficial No. 36.856 del 13 de febrero de 1985.

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

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

Esta misma norma dispone en su artículo 81 lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Ley 33 expedida en el año de 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:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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.”

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."

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

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

SOLUCIÓN DEL CASO

En el presente caso se demandó la Resolución N° 1908 del 21 de noviembre de 2002, mediante la cual se reconoce y paga la pensión de jubilación del demandante sin incluir todos los factores salariales por el devengados en el año anterior a la consolidación del status pensional (fl.3).

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

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

Teniendo en cuenta que el docente JORGE EDUARDO PAREDES CHIZA 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

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."

ni 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985⁸ y menos aún había cumplido la totalidad de requisitos para que le fuesen respetados derechos adquiridos, se reitera, en materia pensional, se encuentra cobijado por la Ley 33 de 1985, modificada en materia de factores salariales a tener en cuenta dentro de la base de liquidación de la mesada pensional por la Ley 62 de 1985, agregando todos aquellos factores que constituyen salario.

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

Observa en este sentido el Despacho que de acuerdo al certificado de devengados obrante a folios 82 a 96 del expediente, los pagos salariales devengados por el docente JORGE EDUARDO PAREDES CHIZA durante el año anterior a la consolidación del status de pensionado 15 de julio de 2000⁹, pues así se solicita en el libelo de la demanda (fl.3) esto es, **(16 julio de 1999 a 15 julio de 2000)** fueron los siguientes:

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

Respecto al factor discutido **prima de navidad**, debe estarse a 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.

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.

⁹ Parte motiva Resolución N° 1908 del 21 de noviembre de 2002 folio15

Ahora respecto a la **prima de exclusividad** el Despacho encuentra que esta fue contemplada a partir del Decreto 456 de 1984 artículo 9, a favor de algunos docentes en atención a su labor, por lo que constituye salario, para tal efecto el Consejo de Estado, Sección Segunda en la Sentencia del 12 de octubre de 2011, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Expediente N°: 08001233100020060192601 (0359-09) se consideró que: *“resulta válido para las liquidaciones pensionales tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, excluyendo aquellas sumas que cubren los riesgos, infortunios o contingencias a los que el trabajador se puede ver enfrentado, es decir, los que tienen carácter prestacional”* y **bajo dicho argumento ordenó la inclusión de la prima de exclusividad como factor salarial** en los siguientes términos: *“Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en la liquidación de su mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, que en este caso comprende además del sueldo y la prima de vacaciones, las horas cátedra, las primas de navidad de las horas cátedra, de navidad y de exclusividad, según aparece en las certificaciones de folios 14 a 16”*. En desarrollo de lo anterior el Despacho ordenara que se incluya dicho factor en la reliquidación de la pensión del demandante.

Conclusión.

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad del acto administrativo, pues fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarara la nulidad de la Resolución N° 1908 del 21 de noviembre de 2002, pues dicho acto fue el que puso fin a la actuación de la administración y se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 75% del promedio de todo lo devengado en el periodo comprendido entre el **16 de julio de 1999 a 15 de julio de 2000**. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos del demandante.

De la prescripción

Finalmente, encontrando el Despacho que al demandante le asisten los derechos, es procedente el estudio del fenómeno de la prescripción.

En principio la reliquidación procede desde el **2 de octubre de 2010**¹⁰, como quiera que la nueva liquidación de la pensión surge a raíz de la expedición de la citada Sentencia

¹⁰ Fecha de ejecutoria de la sentencia de unificación del Consejo de Estado

de Unificación del Consejo de Estado, que pasa a ser la nueva fuente del derecho que aquí se reclama¹¹, como ha indicado el Tribunal Administrativo de Boyacá:

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 derecho¹².

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

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

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

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

Teniendo en cuenta la norma mencionada y las pruebas aportadas al proceso, se evidencia que en el *sublite* opera el fenómeno de la prescripción, toda vez que la normatividad ha determinado que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres años atrás de la solicitud relevante¹³. En el presente caso, se considera que la petición relevante es la fecha de presentación de la demanda, en el caso concreto es el 17 de junio de 2015 (fl.14), por lo tanto, queda claro que los derechos reclamados con anterioridad al **17 de junio de 2012**, están prescritos y así se declarará.

¹¹ En efecto, al declarar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 en la Sentencia C-634 del mismo año, la Corte Constitucional señaló que este tipo de pronunciamientos son fuente formal del derecho. Al respecto, ha señalado el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo que toca a los efectos en el ámbito de la reliquidación pensional

¹² 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: 150013333004201400002-01. Sentencia del 23 de abril de 2015.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, SUBSECCION “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09)

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.

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

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 dependen económicamente, afectando su mínimo vital”* como sostiene el Consejo de Estado en Sentencias de la Sección Segunda – Subsección “A” con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren con fecha 5 de junio de 2014 y radicaciones 25000-23-25-000-2012-00762-01 (0623-2013) siendo actor Carlos Eduardo Pulido Roa y 25000232500020110135001 (1453-2013) siendo actora Elvira Cuervo de Jaramillo.

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

i). Los efectos de la sentencia.

Los efectos de la declaración de nulidad que se hacen en la sentencia son *ex tunc*, pues la revisión de la legalidad del acto se hace desde su origen¹⁴. De igual manera, el restablecimiento del derecho: *“implica¹⁵ llevar la situación presente del actor al mismo estado en que debería encontrarse si no se hubiera proferido el acto administrativo que afectó su estatus jurídico, lo cual, debe examinarse atendiendo a las pretensiones y a lo probado en el proceso”*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

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

restablecimiento del derecho “*aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor*” (Art. 189 inciso 5º del C.P.A.C.A.). Por ello el legislador previó, por ejemplo, que si se ordena en la sentencia el reintegro a un cargo y éste ya no existe, o bien no es posible por otra razón reinstalar a la persona en el mismo, el juez dispondrá a solicitud de parte modificar el restablecimiento por una “*indemnización compensatoria*”. (ib. inciso 7º)

ii) Los valores, derechos e intereses en tensión.

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.

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

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.

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.

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%.

....

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

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

“Sin que implique cambio de jurisprudencia -- sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí -- debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio aparece 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

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 actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.”; (iv) “en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado”. Este descuento, dice la sentencia en cita, no puede causar “*traumatismo a*

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 de, l (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.”

su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.”

La carga que surge con el cambio jurisprudencial es el pago de la cotización sobre los nuevos factores que fueron incluidos en la... reliquidación de la pensión, proporcionalmente a cargo tanto del empleador (entidad pública) como del trabajador (empleado público), el cual debe ser **“actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario” “de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo)”**, según dijo el Consejo de Estado, en las sentencias ya referenciadas. No obstante, el rol de cada parte es distinto y debe ponderarse así: a) El momento a partir de la cual nace la obligación, por el cambio de jurisprudencia, es el 2 de octubre de 2010, día siguiente a la ejecutoria de la mencionada sentencia de 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.

Respuesta a los argumentos de las partes.

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

Frente al caso en concreto, es claro que la entidad demandada desconoce lo preceptuado en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto las autoridades deben tener en cuenta no solo la aplicación de las normas sino tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, con el objeto del reconocimiento

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).

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 **Jorge Eduardo Paredes Chiza**, sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre ellos, **la prima de navidad y la prima de exclusividad 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

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.

fue sometido al estudio de legalidad dicho decreto aunque no decretó su nulidad, aclaró que este decreto solo regía para los docentes que se vinculaban a partir del 27 de junio de 2003, además que así lo establecía la Ley 812 que reglamentaba ese decreto.

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:

²⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁸ M.P. Mauricio González Cuervo

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

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

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

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:

²⁹ Sentencia SU-230 de 2015 consideración 2.6.4.

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

En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia³⁰, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.³¹

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

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 de oficio la prescripción de los derechos reclamados con anterioridad al **17 de junio de 2012** de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- Se declara la nulidad de la Resolución N° 1908 del 21 de noviembre de 2002, conforme a la parte motiva de la sentencia.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar en debida forma, reconocer y pagar al señor **JORGE EDUARDO PAREDES CHIZA** identificado con la Cédula de Extranjería No.120.302, el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios

³⁰ Sentencia T-342 de 2008: “Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se entiende por costas procesales los gastos que se deben sufragar en el proceso; la noción incluye las expensas y las agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc³⁰. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 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 SAENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

devengados durante el año anterior a la consolidación del status de pensionado, esto es **desde el 16 de julio de 1999 hasta el 15 de julio del 2000**. Es decir que a los factores salariales ya reconocidos –Asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones- se deberán adicionar los factores de **prima de navidad y prima de exclusividad**, con efectos fiscales a partir **del 17 de junio de 2012**, por prescripción trienal.

Los valores devengados por concepto de la Prima de Navidad y la prima de exclusividad, se actualizarán conforme al Índice de Precios al Consumidor desde el 15 de julio de 2000 hasta el 1 de octubre de 2010, y desde el día siguiente se incluirán en la base de liquidación de la pensión, **pues la reliquidación procede sólo desde el 2 de octubre de 2010 -fecha de ejecutoria de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 radicación 25000 23 25 000 2006 7509-01- .**

CUARTO.- Al momento de hacer la liquidación para pagar los valores resultantes de lo aquí dispuesto, se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado y recibido mediante el valor anteriormente reconocido. Igualmente, se harán los descuentos que por aportes se deban realizar, conforme a la parte motiva de la sentencia, valores que serán actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario de manera que se obtenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y a la actora pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión de la segunda.

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

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

SEPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Se niega la condena la condena en costas.

NOVENO.- 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
JUEZA