



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

Tunja, siete (7) de marzo de dos mil dieciséis (2016).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 2015 0013400
Demandante: Josefina Salinas de Vargas
Demandado: La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

1. DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN:

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

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

PARTES:

- DEMANDANTE: JOSEFINA SALINAS DE VARGAS, identificada con C.C. No. 23.752.933 de Miraflores.
- DEMANDADO: La Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

OBJETO:

➤ **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Solicita el apoderado demandante que se declare la nulidad de la Resolución N° 006324 del 9 de octubre de 2014, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora Josefina Salinas de Vargas.

Condenas:

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la entidad demandada a expedir el acto administrativo por medio de la cual se da cumplimiento al fallo donde se incluyan todos y cada uno de los factores salariales devengados por la demandante durante el año anterior al status de jubilada, es decir, desde el 2 de mayo de 2013 al 1 de mayo de 2014.

Asimismo, que a título de condena ordenar a la demandada a pagar a la señora JOSEFINA SALINAS DE VARGAS la diferencia de las mesadas pensionales ordinarias y

adicionales, desde la fecha en que la demandante cumplió con los requisitos de la pensión de jubilación.

Finalmente solicita que las sumas de dinero resultantes sean indexadas, que la condena se cancele en los términos de la Ley 1437 de 2011 y que se condenen en costas y agencias en derecho.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Indicó, que la señora JOSEFINA SALINAS DE VARGAS ingresó al servicio público de la educación el 2 de mayo de 1994, que su status de pensionada lo adquirió el 1 de mayo de 2014, asimismo, que unas vez cumplidos los requisitos de tiempo y edad la demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y liquidación del pago de la pensión de jubilación, para lo cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la Resolución N° 006324 del 9 de octubre de 2014 reconoció y ordenó el pago de su pensión, a partir del 2 de mayo de 2014.

Manifestó, que para establecer el Ingreso Base de Liquidación la entidad demandada tuvo en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica, auxilio de movilización y prima de vacaciones, sin tener en cuenta la prima de navidad y la bonificación difícil acceso 15%.

➤ FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Constitucionales: Preámbulo, 2, 4 y 25.

Legales: artículos 2 y 3; 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 812 de 2003, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Sustentó su concepto de violación con los siguientes argumentos:

Manifiesta, que la resolución demandada vulnera directamente la Constitución, pues en ella se dispone asegurar a los asociados el trabajo, la justicia y la igualdad, hechos que en el sub examine a pesar de existir una relación entre el demandante y la administración, ésta se niega a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales a que tiene derecho, generando así una desigualdad respecto a los pensionados que antes y después de este periodo (2004-2007), si se les ha tenido en cuenta todos los factores salariales al momento de liquidarles la pensión.

Indica, que la principal violación al derecho de trabajo resulta del desconocimiento de la forma real de vinculación, omitiendo en la reliquidación de la pensión la inclusión de todos los factores salariales en el año anterior al retiro definitivo, por lo que se vulnera la dignidad y resulta injusta la actuación de la administración.

De la misma manera sostuvo, que frente a la negativa de la reliquidación y pago de la pensión de jubilación, se evidencia una actuación indebida de la Administración, la cual se agrava cuando existiendo la posibilidad de subsanar este error dentro de la vía

gubernativa, se decide sin soporte legal, desconociendo de esta forma derechos irrenunciables de la demandante.

Afirma, que los docentes nacionalizados que estén vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efecto de las prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las leyes vigentes, que con lo anterior, es dable establecer que al pertenecer el demandante a un régimen especial, al momento de liquidarle la pensión de jubilación se le debió haber tenido en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios: asignación básica, prima de navidad, prima de vacacione, etc.

Que en el certificado de salarios devengados para la reliquidación de prestaciones sociales, expedido por el Jefe de Recursos Humanos y Físicos de la Secretaria de Educación de la Entidad territorial certificada, declara “se hicieron los aportes sobre todos los devengados al Fondo Prestacional del Magisterio de conformidad con la Ley 812 de 2003 y su Decreto reglamentario 3752 de 2003”, que lo anterior permite concluir que en el certificado se depositaron todos los factores devengados y sobre los cuales se hicieron los aportes al fondo.

Finalmente, resalta que los actos administrativos impugnados, generan un desequilibrio jurídico que a la postre perjudica económicamente al demandante, pues el valor reconocido como pensión, no se compadece ni se ajusta a los criterios constitucionales y legales, y mucho menos representa la compensación social que debe recibir por el trabajo desplegado durante una buena parte de sus años de vida, al servicio de un Estado Social de Derecho.

1.1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 63-66)

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

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

1.1.4. ALEGATOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 181 del C.P.A.C.A., se celebró la audiencia de pruebas y asimismo se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión para lo cual las partes guardaron silencio.

2. CRÓNICA DEL PROCESO:

A través de auto del 10 de agosto de 2015 (fls. 51 a 53) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada que se notificó el 27 de agosto de 2015, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fls. 58 y 60); por lo anterior, a partir del 28 de agosto de 2015 y hasta el 1 de octubre 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 2 de octubre de 2015 al 17 de noviembre 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.128-129), se recibieron los alegatos de las partes por escrito y se procede a proferir la sentencia que resuelva el asunto de la referencia.

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

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

Tesis de la parte demandante: la pensión de jubilación de la señora Josefina Salinas de Vargas debe liquidarse con la inclusión de todos los factores salariales como son: asignación básica, auxilio de movilización, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación difícil acceso 15%, aplicando la Ley 33 de 1985 sin que se entienda que los factores allí enlistados son taxativos, como establece la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Tesis de la parte demandada: 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 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 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.

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

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

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 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

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.

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.

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.

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

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

³Corte Constitucional T-534/01

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.”

6 de 1945, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 1º de la Ley 33 de 1985- llegó a dicha conclusión.

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

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

En consecuencia, el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, por lo tanto, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, 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 parágrafo del artículo 4º de la Ley 785 de 2002, el numeral 5 del artículo 2º de la Ley 549 de 1999, el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 y el artículo 79 de la Ley 1110 de 2006 y el inciso 3º.”

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

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

- 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 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).

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.”

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.”

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.-SOLUCIÓN DEL CASO

6.1.- Lo Probado en el Proceso.

- La señora Josefina Salinas de Vargas nació el 19 de marzo de 1958 según copia de su cédula de ciudadanía (fl. 118).
- Asimismo se evidencia que la demandante ingresó al servicio público de la educación el 2 de mayo de 1994 hasta el 1 de mayo de 2014 (fls. 124-126).
- Asimismo, según la parte considerativa de la Resolución N° 6324 del 9 de octubre de 2014, encuentra el Despacho que la señora Josefina Salinas de Vargas adquirió el estatus pensional el 1 de mayo de 2014, fecha en la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fl.12).
- El Ministerio de Educación Nacional expidió la Resolución N° 6324 del 9 de octubre de 2014, mediante la cual reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a favor del accionante a partir del 2 de mayo de 2010 (fl. 13).
- Para el año de consolidación del estatus pensional (1 de mayo de 2013 al 1 de mayo de 2014), la demandante percibió la Asignación Básica, auxilio de movilización, bonificación difícil acceso, prima de vacaciones y prima de navidad. (fls. 105-107)

6.2.-Las decisiones administrativas pensionales:

La pensión de jubilación de la demandante fue reconocida a través de la **Resolución N° 6324 del 9 de octubre de 2014**, teniendo en cuenta solamente asignación básica, auxilio de movilización, prima de vacaciones. Según esta resolución adquirió el status pensional el 1 de mayo de 2014, logrando la consolidación de su derecho a la pensión por haber laborado 20 años para esa fecha.

⁷ Tomado de la sentencia in 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."

Para el año base liquidación se tuvo en cuenta el lapso transcurrido entre el 2 de mayo de 2013 al 1 de mayo de 2014. (fls. 12-13). Como normas aplicables citó la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003, Ley 1151 de 2007 y Decreto 3752 de 2003

6.3. Situación jurídica –administrativa:

La señora Josefina Salinas de Vargas, laboró para el servicio público de la educación como docente nacionalizada en propiedad (folio 124) desde el 2 de mayo de 1994 al 1 de mayo de 2014 (fl. 125), fecha en la cual consolidó su estatus pensional por completar el requisito de tiempo de servicios. Para entonces se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 12).

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

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

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.

Observa en este sentido el Despacho que de acuerdo al certificado de devengados obrante a folios 105 a 107 del expediente, los pagos salariales devengados por la docente Josefina Salinas de Vargas durante el año anterior a la consolidación del status de pensionada (1 de mayo de 2013 al 1 de mayo de 2014) fueron los siguientes:

Asignación Básica
Auxilio de movilización,
Bonificación difícil acceso,
Prima de vacaciones y
Prima de navidad.

Respecto del factor discutido dentro del presente medio de control **prima de navidad**, 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 comentario 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.

Ahora respecto al factor denominado Bonificación difícil acceso 15 %, para este Despacho la bonificación remuneratoria especial creada mediante el Decreto 1171 de 2004 y 521 de 2010 tiene la misma naturaleza jurídica de prestación social fija, temporal y especial que tenía la bonificación remunerativa especial del 8% que sustituyó, por tal razón se le pueden otorgar las siguientes características: a) La jurisprudencia del Honorable Tribunal Contencioso Administrativo es señalado la diferencia entre el salario y la prestación social, sosteniendo que “*constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, mientras las prestaciones sociales se pagan para que el trabajador pueda sortear algunos riesgos claramente identificables, por ejemplo el de la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y el de la capacidad para laborar (vacaciones)*”⁹; b) El salario tiene un carácter individual, particular y directamente relacionado con la prestación personal del servicio; c) La bonificación remuneratoria especial tiene un carácter general para todo aquél grupo de docentes que se encuentren en ciertas circunstancias de riesgo como la seguridad, el acceso o sector minero; d) El riesgo o la circunstancia especial tiene un carácter temporal o transitorio porque los factores que

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2, expediente 15000-2331-002-2007-00902-00. MP. Jorge Eliécer Fandiño.

general dichos riesgos pueden cambiar; e) La bonificación remuneratoria está unida a los lugares donde se encuentra la entidad educativa que la diferencia de las demás por las circunstancias de riesgo o especiales, pero el cargo puede ser ocupado por el docente que en cierto momento sea nombrado en ese cargo y una vez ya no se encuentre en esa circunstancia de riesgo porque fue trasladado a otro cargo, entonces, la nueva persona que llegue a ocupar ese cargo en ese lugar tendrá en derecho a la bonificación porque es quien asume el riesgo; e) El simple hecho de ser nombrado en una entidad educativa donde se tenga el derecho a la bonificación no nova esta prestación en salario sino que mantiene su naturaleza para que sea siempre pagado a quien se encuentre en dicha entidad; ; f) La bonificación remunerativa especial es un estímulo que puede ser fijada por el legislador y el gobierno, puede ser objeto de evolución, transformación y modificación normativa, sin que se afecte los derechos adquiridos ni la buena fe¹⁰; g) Por lo tanto, si la bonificación es una prestación social entonces está sometida al régimen de prescripción trienal de las obligaciones laborales. Siendo esta la naturaleza jurídica de la bonificación especial de difícil acceso no será incluida en la base de liquidación de la pensión.

Por lo tanto, se deberán tener en cuenta para la reliquidación los siguientes factores además de la asignación básica, auxilio de movilización, prima de vacaciones que ya fueron reconocidos (Resolución N° 6324 del 9 de octubre de 2014 fls. 12-14);, Prima de navidad, 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 demandante 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 del acto administrativo, pues fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 6324 del 9 de octubre de 2014.

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 (1 de mayo de 2013 al 1 de mayo de 2014). Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante.

En cuanto a la prescripción debe decir el Despacho que en el presente caso no ocurre, toda vez que la normatividad ha determinado que quedan prescritos los derechos ciertos

¹⁰ Corte Constitucional en sentencia C-103 de 2003 declaró la constitucionalidad del último inciso del artículo 24 de la ley 715 de 2001, que creó nuevos estímulos y derogó el artículo 134 de la ley 115/94 y sostuvo como ratio que la bonificación remunerativa es un incentivo que puede ser objeto de reforma o transformación normativa: "De la anterior referencia a la evolución normativa sobre los incentivos para los docentes oficiales se deduce lo siguiente: 1º) Es el legislador el que consagra el plan de incentivos para los docentes y señala los principios generales para su reconocimiento; 2º) los estímulos pecuniarios o no pecuniarios por prestar servicios en las zonas indicadas por el legislador hacen parte de un plan integral de incentivos para los docentes; 3º) el plan de incentivos puede ser modificado por el legislador; 4º) el reconocimiento efectivo de los estímulos está condicionado, por principio, a la reglamentación por parte del Gobierno Nacional; ello ha sido una constante en el reconocimiento de este tipo de estímulos. Por ende, corresponde al Ejecutivo adoptar el concepto de las áreas o zonas especiales que señale el legislador; establecer las circunstancias y condiciones para efectuar el reconocimiento de los incentivos a los docentes; fijar el monto de las bonificaciones y señalar los demás estímulos pecuniarios o no pecuniarios a que haya lugar. Así entonces, tanto el legislador como el ejecutivo intervienen en la adopción del plan de estímulos a favor de los docentes. En la ley se señalan los destinatarios, el campo de aplicación y las formas de reconocimiento y en el reglamento se fijan las condiciones específicas, las nociones, los parámetros y requisitos para el reconocimiento efectivo de los incentivos."

anteriores a tres años atrás de la solicitud relevante¹¹. 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 julio de 2015 (fl.9 y vto), por tanto, no han pasado los tres años que trata el Decreto 3135 de 1968 desde la fecha en que se consolidó el estatus pensional 1 de mayo de 2014 y la presentación de la demanda, por tanto, dicha excepción no se declarará como probada.

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 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.

¹¹ 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)

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 origen¹². De igual manera, el restablecimiento del derecho: “*implica¹³ 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*”¹⁴, sin embargo, se parte de la premisa que la situación de hecho originaria existe aún o tiene probabilidad jurídica de existencia, para que así se cumpla el postulado conforme al cual la sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho “*aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor*” (Art. 189 inciso 5º del C.P.A.C.A.). Por ello el legislador previó, por ejemplo, que si se ordena en la sentencia el reintegro a un cargo y éste ya no existe, o bien no es posible por otra razón reinstalar a la persona en el mismo, el juez dispondrá a solicitud de parte modificar el restablecimiento por una “*indemnización compensatoria*”. (ib. inciso 7º)

ii) Los valores, derechos e intereses en tensión.

El derecho a la pensión está consagrado en la Carta Política (Art. 48 CP) con características de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad¹⁵, 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)¹⁶. 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 mínimo¹⁷.

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

¹² 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

¹³ 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.

¹⁴ 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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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)

¹⁷ 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.

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.¹⁸ 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”*¹⁹:

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

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de octubre de 2009, radicado No. 34414. MP. Luis Javier Osorio López. “Entonces, no es la posibilidad de demandar en cualquier tiempo los actos administrativos lo que fatalmente conduce a la imprescriptibilidad de la pensión de jubilación.

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

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

¹⁹ 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

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 ella²⁰, 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 legales²¹; (ii) los descuentos proceden al momento del reconocimiento prestacional²²; (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 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

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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.”

completar el capital adeudado”. Este descuento, dice la sentencia en cita, no puede causar *“traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.”*

La carga que surge con el cambio jurisprudencial es el pago de la cotización sobre los nuevos factores que fueron incluidos en la reliquidación de la pensión, proporcionalmente a cargo tanto del empleador (entidad pública) como del trabajador (empleado público), el cual debe ser *“actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario” “de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo)”*, según dijo el Consejo de Estado, en las sentencias ya referenciadas. No obstante, el rol de cada parte es distinto y debe ponderarse así: a) El momento a partir de la cual nace la obligación, por el cambio de jurisprudencia, es el 2 de octubre de 2010, día siguiente a la ejecutoria de la mencionada sentencia de unificación²³; 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 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.

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).

El objeto del medio de control de la referencia es solicitar la reliquidación pensional vitalicia de jubilación en favor de la señora JOSEFINA SALINAS DE VARGAS, sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre ellos, Prima de navidad y la bonificación difícil acceso que no se contemplaron en el acto administrativo que reconoció la pensión, 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 favorabilidad²⁴.

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 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:

²⁴Consejo 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.

“(...) 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 2013²⁵. (...) “

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 2014²⁶ decidió denegar la petición de nulidad, por cuanto consideró que no se configuraba el desconocimiento del precedente toda vez que no existía, antes de la Sentencia C-258 de 2013, un pronunciamiento de constitucionalidad expreso de Sala Plena sobre la interpretación del monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición. En efecto advirtió que al no existir esta interpretación, se entendía que estaba permitida aquella que a la luz de la Constitución y la ley, acogiera cualquiera de las Salas de Revisión en forma razonada y suficientemente justificada. Aclaró que de las sentencias emitidas por la Sala Plena sobre el tema (C-168 de 1995, C-1056 de 2003, C-754 de 2004) ninguna se había referido a las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición, y en ese orden, el precedente fijado por la Sala Plena en este aspecto, debía ser el formulado en la Sentencia C-258 de 2013.*”

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

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

3.2.2.6. A partir de las anteriores razones, la Sala Plena considera que la solicitud de nulidad no está llamada a prosperar, por cuanto la Sala Segunda de Revisión de Tutelas no cambió la jurisprudencia constitucional en vigor, relativa a la interpretación del inciso 2º y 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en lo atinente a la forma de liquidar el monto y el ingreso base de

²⁵ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁶ M.P. Mauricio González Cuervo

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.”*²⁷

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 la propia administración de justicia²⁸, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.²⁹

²⁷ Sentencia SU-230 de 2015 consideración 2.6.4.

²⁸ 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, etc²⁸. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3º del artículo 393 del C.P.C.²⁸, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.”

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, 17 de octubre de 2013. Radicación 150012333000201200282. Actor: AUGUSTO VARGAS SÁENZ. Demandado: Ministerio de minas y energía.

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

Considera el Despacho que 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.

9. OTRAS DETERMINACIONES

Observa el Despacho que la abogada NANCY STELLA RODRÍGUEZ, identificada con la C.C. 40.038.596 y T.P. No. 149.017 del C.S. de la J., allega renuncia al poder conferido por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (f.130), entidad que actúa como demandada en el proceso de la referencia, razón por la cual es del caso dar a dicha determinación el trámite de rigor. Se debe decir, que la solicitud presentada se adecúa a los lineamientos establecidos en el inciso 4 del artículo 76 del C.G.P., como quiera que se encuentra acompañada de la comunicación enviada a su poderdante (fl. 131-135), pues dicha norma señala como trámite para aceptar la renuncia, el siguiente:

“Artículo 76. Terminación del poder. (...)

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.(...)”

Se tiene que la profesional del derecho presenta la renuncia acompañada de la comunicación enviada a su poderdante el día 22 de enero de 2016, por lo tanto, a la fecha ya han transcurrido los cinco (05) días de que trata la norma, por lo cual se entiende terminado el poder otorgado al memorialista en virtud de la renuncia presentada con las formalidades establecidas en el artículo 76 del C.G.P.

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 declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, conforme la parte motiva.

SEGUNDO.- Se declara la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 6324 del 9 de octubre de 2014.

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 a la señora JOSEFINA SALINAS DE VARGAS identificada con la cédula de ciudadanía N° 23.752.933 de Miraflores, 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 pensionada, que transcurrió entre el 1 de mayo de 2013 al 1 de mayo de 2014. Es decir que a los factores salariales ya reconocidos – asignación básica, auxilio de movilización, prima de vacaciones³⁰- deberá adicionar la Prima de navidad, con efectos fiscales a partir del 1 de mayo de 2014. Se niega la inclusión del factor bonificación difícil acceso 15% por lo indicado en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO.- Al momento de hacer la liquidación para pagar los valores resultantes de lo aquí dispuesto, se tendrá en cuenta para descontar lo ya aceptado y recibido mediante el valor anteriormente reconocido. 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 en la forma indicada, aplicando para tal fin la fórmula utilizada comúnmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado y el artículo 187 del CPACA .

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

SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Se niega la condena la condena en costas

NOVENO: Tener como TERMINADO el poder otorgado por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la profesional del derecho NANCY STELLA RODRÍGUEZ, por las razones expuestas en esta providencia.

DÉCIMO.- 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

³⁰ Resolución N° 6324 del 9 de octubre de 2014 fls. 12-14