

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Expediente : 11001-3342-046-2016-00072-00
Demandante : JULIO CESAR HENRIQUEZ CASTRO
Demandado : NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A.

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Julio Cesar Henriquez Castro, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.10-24).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 2924 de 22 de septiembre de 2000 *“en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado”*.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague una pensión ordinaria jubilación, a partir del 6 de abril de 2000, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

Condenar a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una pensión a mi mandante, a partir del 6 de abril de 2000, equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

Que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

(...) el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

(...) el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con la constitución y la ley tomando como base la variación de índice de precios al consumidor.

(...) reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

Condenar en costas.

Que las sumas que resulten a favor de mi mandante se descuente lo cancelado en virtud de la Resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada".

1.3 Hechos.

Relata que prestó sus servicios como docente por más de 20 años, cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley para ser acreedora de la pensión de jubilación.

Mediante Resolución 2924 de 22 de septiembre de 2000, la entidad le reconoció pensión de jubilación, incluyéndose únicamente la prima de navidad y la prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta los demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas las Leyes 91 de 1989, 33 de 1985, 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Manifiesta que el acto administrativo demandado violó flagrantemente las normas referidas, porque está dejando de lado y desmejorando el derecho que los docentes tienen de que sus pensiones sean debidamente reconocidas y liquidadas. Concluye que la administración dejó de aplicar unas normas e interpretó erróneamente otras, por tal razón solicita se reliquide su pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Afirma que "la normatividad que regula esta prestación es lo suficientemente clara que no admite interpretación en contrario para la inclusión y pago de los factores salariales devengados en la pensión ordinaria de jubilación a favor de mi poderdante y planteamientos contrarios sólo atentan contra derechos adquiridos conforme a la Constitución y la Ley; por lo tanto de la manera más respetuosa solicito se accedan a las pretensiones de la presente demanda (...)"

Contestación de la demanda.

El apoderado de la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en consideración a los argumentos que a continuación se exponen de manera abreviada:

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no está obligado a reconocer y pagar factores salariales de origen legal y extralegal, y menos aún, el valor que se genera por la inclusión de aquellos en la liquidación de la pensión, aduciendo que son las entidades territoriales quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo, así mismo, quienes elaboran y remiten el proyecto de acto administrativo de reconocimiento a la Fiduprevisora, quien es la encargada del manejo y administración de recursos del Fondo.

Finalmente manifiesta que las llamadas a responder por todo lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son, la Secretaría de Educación Distrital y eventualmente, la sociedad fiduciaria.

1.5 Audiencia inicial.

El 27 de abril de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión

Parte actora: Reitera los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda. Inicia minuto: 18:08 finaliza minuto: 18:59.

Parte demandada: Reitera los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda. Inicia minuto: 19:04 finaliza minuto: 19:28.

Ministerio Público: Manifiesta que las pretensiones de la demanda deben ser atendidas favorablemente, citando precedente jurisprudencial. Inicia minuto: 19:40 finaliza minuto: 21:07.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si al demandante le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, equivalente al 75% con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme al régimen establecido en la Ley 33 de 1985.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Mediante Resolución 2924 de 22 de septiembre de 2000, se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante, efectiva a partir de 7 de abril de 2000 (fs.4-5).

- ✓ Certificado de factores salariales devengados por la demandante (fl.7).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

Del régimen prestacional para los docentes

En cuanto al régimen pensional de los docentes, se debe precisar que el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales pues tenían la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5º), además podían gozar de la pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso pensión gracia y pensión de invalidez, sin embargo, esto no implica que cuenten con un régimen especial de pensiones de jubilación.

Las Leyes 91 de 1989, Ley 100 de 1993 (Art.279), Ley 60 de 1993 (Art.6) y Ley 115 de 1994, (Art.115), han mantenido estas prerrogativas a favor de los educadores, de

donde se concluye que cuentan con aspectos preferenciales en materia salarial y prestacional.

No obstante, en materia de pensión ordinaria de jubilación están sometidos a las disposiciones generales porque no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales respecto a edad, tiempo de servicio y monto de la mesada.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado¹ en sentencia de 10 de septiembre de 2009, en la cual puntualizó:

“(…)

Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria.

(…)

(Negrita del Despacho).

De lo anterior, se concluye que los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación, por ello, se les aplica el régimen pensional de los servidores públicos, como lo señaló el Consejo de Estado, de tal manera, que se concluye que el régimen pensional de los docentes, dependerá de las circunstancias de vinculación del educador (territorial, nacional o nacionalizado) y el régimen pensional vigente al momento de consolidar el status.

Analizada la anterior normativa y bajo la observancia del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es imperioso concluir que la pensión de jubilación de los

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

docentes nacionalizados está sometida a la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, toda vez que estas normas generales y ordinarias unificaron el régimen de pensión de jubilación de todos los servidores públicos del Estado, modificaron el régimen también ordinario del Decreto 3135 de 1968 en forma expresa y las disposiciones del Decreto 1045 de 1978; y con anterioridad no se había previsto régimen de pensiones especial para los docentes, distinto a la pensión gracia que no cobija a los docentes nacionales.

Reliquidación Pensional – Ley 33 de 1985

La Ley 33 de 1985, estableció el régimen general para el reconocimiento de la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, disponiendo lo siguiente:

“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 años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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 (...).”

Se tiene entonces, que el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, consagra una excepción en cuanto a su aplicación, dirigida a quienes realizan actividades que por su naturaleza, justifican la aplicación de tal excepción, y a los que por ley gozan de un régimen pensional especial, que no es el caso que nos ocupa.

Por su parte, la Ley 62 de 1985, “Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció lo siguiente:

Artículo 1º. (...) Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. 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 se deduce de la norma transcrita, ciertamente se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, pero dicha enumeración no puede considerarse taxativa, por cuanto en el inciso tercero se prevé la posibilidad de que dicha prestación sea liquidada sobre los factores que hayan servido de base para calcular aportes. Así las cosas, se concluye que el salario base para efectuar la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación comprenderá no solo la asignación básica mensual sino también todos los demás factores que el trabajador percibió como consecuencia de su relación laboral durante el último año de servicio, pues lo contrario sería tanto como deferirle al empleador la posibilidad de establecer, a la postre, el quantum pensional de su empleado.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010², unificó el criterio frente a la liquidación de las pensiones reconocidas bajo los parámetros de las Leyes 33 y 62 de 1985, indicando que no solo se tendrán en cuenta los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado aportes a seguridad social, sino todos los devengados por el trabajador durante su último año de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios (...) 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, en 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 salarios, 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. (...).”

² Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010, consejero ponente, doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación”.

Además en la referida providencia se precisó que en estos casos la entidad deberá efectuar los descuentos referentes a aportes sobre aquellos factores salariales reconocidos por haber sido devengados, pero que no fueron sujetos a descuentos para seguridad social y que tal “omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional”.

A su vez el Consejo de Estado³ en Sala de Consulta y Servicio Civil precisó lo siguiente:

“... reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. (...) En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones”. (...) apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”.

Como se observa, para el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, las Leyes 33 y 62 de 1985 no indican en forma taxativa, sino enunciativa, los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación de los servidores públicos, reiterando que lo señalado en esa normatividad es meramente enunciativo, y acudiendo para tal efecto a las previsiones del Decreto 1045 de 1978, dada la finalidad que persiguen dichas disposiciones, como es la de establecer la forma en que debe liquidarse tal

³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069).

prestación, atendiendo a principios, derechos y deberes de rango constitucional en materia laboral.

Del análisis normativo y jurisprudencial se concluye, que en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos otorgadas conforme lo señalado en las Leyes 33 y 62 de 1985, se deberán tener en cuenta el promedio de todos los factores salariales que el demandante haya percibido durante el último año de prestación de servicios, razón por la cual, es procedente ordenar que se liquide nuevamente la pensión cuando no se han incluido los mencionados factores.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

CASO CONCRETO

Analizado el marco jurídico aplicable corresponde al despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

Se encuentra probado dentro del expediente que el señor Julio César Henriquez Castro obtuvo su estatus de pensionado el día 6 de abril de 2000, fecha en la cual contó con la edad requerida y los años de prestación de servicios. Así mismo, se observa que el actor se vinculó al servicio oficial educativo con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que, de acuerdo con lo señalado en la Ley 91 de 1989, tiene derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del año inmediatamente anterior al retiro del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Por lo anterior, mediante Resolución No. 2924 de 22 de septiembre de 2000 (fs.4-5), la entidad, le reconoció al demandante la pensión vitalicia de jubilación. No obstante, para liquidar dicha pensión, la entidad no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, comoquiera que sólo tomó como base para dicha liquidación, su asignación básica mensual, prima de alimentación y la prima de vacaciones, lo que, de conformidad con lo manifestado por la jurisprudencia del Consejo de Estado referenciada en la parte considerativa, constituye desconocimiento de las normas en que debía fundarse la demandada para expedir el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación del actor.

Ahora bien, de conformidad con los demás elementos probatorios, se observa que, en el último año de servicios (7 de abril de 1999 a 7 de abril de 2000), además de la asignación básica, la prima de alimentación y la prima de vacaciones tenidos en cuenta por la entidad demandada, el demandante devengó la prima especial y prima de navidad (fl.8), todo lo cual debe incluirse en la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación.

Así las cosas, al establecerse que la entidad demandada no aplicó en su integridad el "Régimen Pensional de Empleados Públicos – Ley 33 de 1985", porque no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicios, se ha desvirtuado la presunción de legalidad que amparaba la Resoluciones 2924 de 22 de septiembre de 2000, en consecuencia el despacho accederá las pretensiones de la demanda y declarará la nulidad parcial del acto acusado.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada reliquidar la pensión de jubilación del demandante aplicando en su integridad el Régimen Pensional de Empleados Públicos – Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores devengados por el demandante en el último año de servicios.

Se precisa en cuanto a los factores salariales de "*prima de vacaciones y prima de Navidad*", el Despacho acoge la tesis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia del 13 de mayo de 2011, radicación No.11001- 701 – 2009 -00058 -01 Magistrada ponente Dra. Amparo Oviedo Pinto, en la que establece lo siguiente:

"(...) y precisando que la prima de navidad y prima de vacaciones debe incluirse en su doceava parte, comoquiera que se causan anualmente y cuando la norma habla del promedio devengado, se refiere al salario mensual (...)"

De otra parte, es menester señalar que el despacho no encuentra prueba alguna de que los factores salariales sobre los que se ordenó reliquidar la pensión, se efectuaron los aportes pensionales, motivo por el cual deberá la entidad accionada en el evento de no haberlo hecho, al momento de efectuar la reliquidación respectiva, realizará el descuento sobre los factores salariales que se ordenan reconocer mediante esta providencia.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado:

“A pesar de que la certificación de salarios devengados expedida por la Subdirección Financiera - División de Pagaduría - del Ministerio de Transporte precisa que se hicieron los descuentos a la Caja Nacional de Previsión Social, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes⁴”.

Así las cosas, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá al momento de efectuar el pago, hacer las respectivas compensaciones sobre los factores salariales que son objeto de reconocimiento en la presente providencia.

En gracia de discusión, el despacho advierte que no desconoce el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015⁵, en la cual se determinó:

“(…) el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca” reafirmando la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el referido fallo C-258 de 2013; lo que conllevaría a pensar que en los asuntos como el que aquí se debate, deberá reliquidarse la pensión de jubilación, atendiendo al promedio del salario devengado durante los últimos 10 años de servicio.

La citada providencia reiteró los argumentos expuestos en la sentencia C-258 de 2013, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de los beneficios y condiciones especiales del régimen de los Congresistas establecido en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, cuyos efectos continuaron vigentes en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en sentencia de 25 de febrero de 2016 radicado: 25000-23-42-000-2013-01541-014683-13, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, se apartó de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en la referida sentencia, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

“(…) Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional comprende la base (Generalmente el ingreso

⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo de 2003, rad: 2009-2990-01(4471-02).

⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Exp. N°. T-3.3558.256.

salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4ª de 1992, en virtud de la Cosa Juzgada Constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013 (...)

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

1) *La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

2) *Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el acto legislativo N°. 1 de 2005, además el concepto de sostenibilidad financiera del sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que este a su cargo”*

3) *Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.*

4) *Finalmente, la corte no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le será aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a defender sus posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema”.*

Lo anterior permite concluir que aun con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 en sede de tutela, el Consejo de Estado ratificó la aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010⁶, razón por la cual, el despacho seguirá aplicando el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de esta Jurisdicción.

Amen de lo anterior debe señalarse que, como el régimen pensional del señor Julio Cesar Henriquez Castro era el contemplado en la Ley 33 de 1985 y no el establecido para los congresistas, magistrados de altas cortes y otros altos funcionarios (Ley 4 de 1992), la sentencia C-258 de 2013 no resulta aplicable al presente asunto.

Sin embargo, como la Corte Constitucional mediante Auto 326 de 2014⁷, reafirmó la interpretación que sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había fijado la sentencia C-258 de 2013, según la cual 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 IBL, es preciso advertir que en este caso no se desconoce dicho precedente, por cuanto el peticionario adquirió su derecho pensional con anterioridad a ese pronunciamiento, en razón a lo siguiente:

Observa el Despacho que el señor Julio Cesar Enríquez Castro nació el 6 de abril de 1945 y trabajó al servicio del Estado como docente Nacional adquiriendo el estatus de jubilado el 06 de abril de 2000, siendo beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Se aúna a ello que mediante Resolución 002924 de 22 de septiembre de 2000, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio le fue reconocida su

⁶ Es una de las sentencias de unificación jurisprudencial que han servido de base para extender los efectos de la misma a pensiones que deben reliquidarse aplicando de manera íntegra el régimen de transición, incluyendo los factores salariales que habitualmente y de forma periódica se percibieron en el último año de servicios del empleado público, sentencia que se aplica por los funcionarios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como precedente de la interpretación en relación a la forma en que se debe calcular el ingreso base de liquidación para el reconocimiento pensional de los servidores públicos cobijados por los regímenes de transición.

⁷ En ese Auto, la Corte resolvió la solicitud de nulidad de la sentencia T-078 de 2014m señalando que: *“En efecto, en esa oportunidad la Sala Plena declaró inexecutable la expresión “durante el último año”, contenida en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, razón por la cual sobre este aspecto del régimen especial se predica la existencia de la cosa juzgada constitucional; sin embargo, a pesar de que la sentencia de constitucionalidad no extendiera sus efectos de cosa juzgada a los demás regímenes pensionales, lo cierto es que para declarar la inexecutable mencionada, la Sala Plena hizo una interpretación autorizada –que integra la ratio decidendi de la sentencia- del artículo 21 y del inciso 3º del artículo 36 del régimen general de pensiones contenido en la Ley 100/93, por lo tanto, constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio, que en la Sentencia T-078 de 2014 fue seguido de forma estricta por la Sala Segunda de Revisión”*.

promedio mensual devengado durante el último año de servicio que adquirió el estatus.

Lo anterior evidencia, sin ningún asomo de duda que el señor Enriquez Castro adquirió su estatus pensional antes de haber sido proferida la sentencia C-258 de 2013, dado que cumplió los requisitos exigidos para ello el 6 de abril de 2000. En ese sentido, aplicar en este caso la referida tesis jurisprudencial implicaría aplicar de manera retroactiva dicha providencia, lo cual no es de recibo porque, a menos que la Corte Constitucional module sus efectos, las sentencias que esa Corporación profiere deben ser aplicadas a partir del momento de su publicación.

Así las cosas, los parámetros establecidos en la sentencia C-258 de 2013, no resultan aplicables a aquellas pensiones consolidadas con anterioridad a su expedición, en razón a que constituyen derechos adquiridos, los cuales solo pueden ser modificados luego de agotar el procedimiento dispuesto en la ley para los casos en que las pensiones fueron reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley

A lo anterior ha de agregarse que esta providencia se profiere con base en la normativa y jurisprudencia vigente para el caso concreto y en aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral contemplado en el artículo 53 Superior y aplica la *ratio decidendi* reiterada en forma uniforme, constante y actual por parte del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al respecto bien vale la pena traer en cita lo afirmado en la sentencia SU-691 de 2011, referida a la disparidad de criterios interpretativos existente entre la Corte Constitucional, que deriva su interpretación de la norma constitucional, y el Consejo de Estado que lo hace en salvaguarda del principio de legalidad en un tema controversial como lo fue los actos de retiro de los empleados provisionales, argumentación conclusiva que resulta aplicable a este tema del IBL aplicable al régimen de transición. Dijo en aquella oportunidad la Corte en su *ratio decidendi*:

“(…)

4.3. A modo de conclusión

La Sala Plena considera necesario precisar que, la existencia de distintas posturas jurisprudenciales en materia de motivación de los actos de desvinculación de

funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera son acordes con la dinámica interpretativa del derecho.

En efecto, no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad.

En tal sentido, si bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquélla, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales.

*Desde esta perspectiva, no existe responsabilidad alguna de los jueces administrativos por la elaboración de una jurisprudencia constante sobre un determinado punto de derecho. En efecto, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen la función pública en Colombia no puede ser considerada como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales. (...)” (Corte Constitucional. **Sentencia SU-691/11**)*

Para el caso, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen el régimen de transición no puede ser considerado como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales, dado que ha sido constante, uniforme y reiterada.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagará al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, ajustadas, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante de la correcta liquidación de su pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas

adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

En relación a la pretensión "intereses moratorios" debe precisarse que será denegada toda vez que la presente sentencia dispone que los valores a reconocer ha de indexarse de conformidad con el ordenamiento contencioso administrativo. De proceder como lo petitiona la parte actora, equivaldría realizar un doble pago por la misma razón esto es intereses comerciales e indexación. Se precisa que los intereses moratorios que se puedan causar serán de conformidad con el artículo 195 del CPACA.

Prescripción

A pesar de que el derecho al reajuste de las mesadas pensionales, no prescribe, no ocurre lo mismo con el pago de la diferencia de valor de dichas mesadas, a las cuales les aplica la regla general de prescripción trienal de los derechos laborales.

Comoquiera que la pensión de jubilación del actor le fue reconocida mediante Resolución No. 2924 de 22 de septiembre de 2000 (fs.4-5), y la demanda se radicó el 10 de febrero de 2016 (fl.26), en aplicación de la prescripción trienal, regulada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969⁸, se declarará probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas que resulten a favor del demandante con anterioridad al 10 de febrero de 2013.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia*

⁸ "Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual".

*dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso*⁹.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera automática en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹⁰ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

⁹ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)”

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. (...)”

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: MANUEL WADIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

* SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: TERESA ELENA SÁNCHEZ BERMÚDEZ. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

* SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: ANA ORFILIA PALACIOS DE MOSQUERA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

* SECCION CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: COOPERATIVA DE CONSUMO. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 2924 de 22 de septiembre de 2000 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al FONDO NACIONAL DE

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la FIDUPREVISORA S.A.:

- a. **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación que percibe el señor JULIO CESAR HENRIQUEZ CASTRO, identificado con la Cédula de Ciudadanía 17.114.362, con el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a saber: Sueldo, Prima de Alimentación, Prima Especial, doceava parte de la Prima de Vacaciones y doceava parte de la Prima de Navidad de conformidad con lo señalado en la parte motiva.
- b. **PÁGUESE** al señor JULIO CESAR HENRIQUEZ CASTRO, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del 7 de abril de 2000, pero con efectos fiscales desde el 10 de febrero de 2013, por prescripción trienal. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.
- c. En caso de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, deberá efectuar los descuentos correspondientes por razón de los aportes no efectuados debidamente indexados al momento de pagar las mesadas correspondientes.

TERCERO. DECLARASE probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 10 de febrero de 2013, conforme a lo señalado en la parte motiva del fallo.

CUARTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

QUINTO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Juez