



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

Tunja, seis (6) de julio de dos mil quince (2015).-

Medio de control: **Nulidad y Restablecimiento del derecho**
 Radicado: **15001 33 33 004 2014 0002800**
 Demandante: **TRINIDAD RINCÓN DE PINTO**
 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:** TRINIDAD RINCÓN DE PINTO, identificada con C.C. No. 41.470.245 de Bogotá.
- **DEMANDADO:** La Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

OBJETO:

➤ **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

El apoderado de la parte actora solicita se declare nulidad parcial de la Resolución No. 0954 del 01 de septiembre de 2006 “ POR LA CUAL SE RECONOCE Y ORDENA EL PAGO DE UNA PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN”, así como la nulidad de la Resolución No. 005110 del 01 de septiembre de 2013, por medio de la cual se niega la revisión de la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, expedidas por la Secretaría de Educación, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe reconocer, liquidar y pagar a la docente TRINIDAD RINCÓN DE PINTO, identificada con la C.C. No. 41.470.245 de Bogotá, la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año inmediatamente anterior al status de pensionada así:

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

asignación básica, prima de alimentación, prima de población, prima de vacaciones y prima de navidad de los años 2004 y 2005, los cuales constituyen factor salarial, tal como se prueba con el certificado de salarios aportados con la demanda.

Se reconozca y pague el retroactivo por las diferencias obtenidas entre el valor de la pensión reconocida mediante Resolución No. 0954 del 01 de septiembre de 2006 y la que resulte de la reliquidación solicitada, desde la fecha en que la demandante adquirió el derecho prestacional, el cual se verificó el día 26 de abril de 2005.

Solicita también que se inaplique por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3, por violar flagrantemente la Constitución Política de Colombia, artículo 53 y la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2, literal b.

Se condene a la indexación de las anteriores sumas de dinero, y se condene a la entidad demandada al reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Que la condena se cancele en los términos de la Ley 1437 de 2011.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.1.2. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN:

➤ FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Manifiesta el apoderado de la demandante que esta nació el día 25 de abril de 1950, que comenzó sus labores al servicio docente, con vinculación nacional desde el 30 de marzo de 1979, es decir vinculada antes de la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, tal como se plasmó en la Resolución No. 0954 del 01 de septiembre de 2006. Indica también que la demandante laboró 28 años, 5 meses y 15 días al servicio del Magisterio, tal como se plasma en la Resolución No. 0954 del 01 de septiembre de 2006.

Argumenta que la demandante mediante petición con número de radicación 7337 del 27 de mayo del 2005, solicitó su pensión vitalicia de jubilación, adjuntando toda la documentación pertinente para el reconocimiento de su pensión. Que por intermedio de la Secretaría de Educación de Boyacá, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución 0954 del 01 de septiembre de 2006, le reconoció a la demandante la pensión de jubilación y ordenó el pago de la misma, teniendo en cuenta solamente como factor salarial: la asignación básica, para determinar el ingreso base de liquidación, sin tener en cuenta los demás factores salariales devengados por ella durante el último año para adquirir su status pensional, tales como: prima de alimentación, prima de población, prima de navidad y prima de vacaciones de los años 2004 y 2005, tal como se desprende de la resolución que le reconoció la pensión de jubilación, lo que le genera una disminución ostensible en el ingreso real de su pensión.

Indica el apoderado que la Resolución No. 0954 del 01 de septiembre de 2006, expresó que las normas aplicables eran la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y Decreto 3257 de 2003, Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

2005, normas que se aplicaron sin precisar los artículos, incisos, numerales y literales, es decir, sin realizar el análisis de las mismas y sin consideraciones que realmente demostraran que eran aplicables, quedando superfluo ese presunto legal, máxime si se tiene en cuenta que para el caso objeto de demanda se debe aplicar el régimen especial de que gozan los docentes.

Que posteriormente solicitó mediante escrito de fecha 03 de noviembre de 2011, la reliquidación y ajuste de su pensión jubilación, con el objeto de que se le incluyeran todos los factores salariales que no se le tuvieron en cuenta así: prima de alimentación, prima de población, prima de vacaciones y prima de navidad de los años 2007 y 2008. (Sin embargo en la resolución 0954 de 2006, se dispone que la pensión será efectiva desde el año 2005). Que nuevamente mediante escrito de fecha 13 de marzo del 2013, presenta derecho de petición, donde solicita se le resuelva de fondo la petición presentada el 03 de noviembre de 2011, porque ya habían transcurrido más de 20 meses sin tener respuesta alguna.

Este último derecho de petición fue resuelto mediante la Resolución No. 05110 del 09 de septiembre de 2013, en donde el FNPSM, niega la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, pues consideran que esta adquirió el estatus pensional estando en vigencia el Decreto 3752 del 2003, por lo cual se dio cumplimiento a lo allí plasmado y que para el caso del demandante se toma como base de liquidación únicamente la asignación básica, desconociendo con esto la unificación de criterio del Consejo de Estado y otras normas aplicables al caso de la demandante, resolución notificada personalmente el día 31 de enero de 2014.

Que el salario base de liquidación de la mesada pensional de la demandante (entre los 54 y 55 años de edad) en la época en que adquirió el status de pensionado, era de UN MILLÓN QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$1.563.350), sin incluir los demás factores salariales.

➤ JURÍDICOS:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.- DERECHO A LA PENSIÓN

Existe total certeza entre las partes frente al derecho pensional de la docente TRINIDAD RINCON DE PINTO, que por ello le fue reconocida pensión de jubilación al tenor de la Ley 6 de 1945 art-. 17 lit. b. y Ley 33 de 1985, por haber cumplido 55 años de edad.

2.- ENTIDAD OBLIGADA AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN:

La ley 91 de 1989 creó el FNPSM que en su art. 2 dispuso que todas las prestaciones sociales de los docentes Nacionalizados, causadas con posterioridad a la vigencia de esta norma, estarían a cargo de dicho fondo y como quiera que la pensión de la demandante se causó el día **25 de abril de 2005, el FNPSM la reconoció, sin que exista discrepancia al respecto.**

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

3.- MONTO DE LA PENSIÓN:

Tampoco existe discrepancia en torno a que el monto de la pensión de jubilación debe ser del 75%, así lo reconoce la Resolución 0954 del 1 de septiembre de 2006.

4.- FACTORES SALARIALES

Aquí está la discrepancia con la decisión administrativa, en la cual se sostiene que el IBL debe estar conformado exclusivamente con la ASIGNACIÓN BÁSICA, no está de acuerdo con ello la parte demandante por las siguientes razones:

- La docente demandante se vinculó al servicio de la educación pública de Boyacá antes de la creación del FNPSM, antes de diciembre de 1989
- Fue afiliada a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.
- Con la creación del FNPSM hizo aportes al mismo, conforme al art. 5º de la Ley 91 de 1989, aportó el 5% de su salario básico, en tanto la Nación, como empleadora, debía aportar el 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro por pago de servicios personales de los docentes.

ARGUMENTOS:

I).-La regla general establecida en la C. P. en su art. 53 es la prohibición de desmejorar los salarios y prestaciones de los trabajadores, principio que desarrolla la ley 4 de 1992 art. 2 literal a.

Las diferentes normas legales emitidas para regular la situación de los docentes oficiales han respetado su régimen prestacional anterior, sin desmejora alguna, variándolo sólo para los docentes que se vinculen con posterioridad a la expedición de la respectiva norma. Así lo han hecho:

.- Ley 91 de 1989 art. 15.1

.-LEY 60 de 1993 art. 6

.-Ley 115 de 1994 art. 115.

.- Ley 812 de 2003 (FUE PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL 45.231 DEL 27 DE JUNIO DE 2003)

ART. 81: REGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES: El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”

Es decir que sólo a los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplica la ley 100 de 1993, salvo la edad para pensionarse que será de 57 años para hombres y mujeres. Por ende el régimen legal aplicable a la docente demandante es Ley 6 de 1945, ley 4 de 1966, decreto 1045 de 1978, ley 91 de 1989.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL:

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política

NORMAS DE RANGO LEGAL:

Ley 91 de 1989

Ley 812 de 2013

CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Sustenta la argumentación del apoderado de la parte accionante que se desconoce el preámbulo constitucional y de los artículos 2º, 4º y 25 de la Carta Política en el sentido de que al expedirse el acto administrativo de la referencia de negar la inclusión de factores salariales al reconocimiento y pago de pensión vitalicia de jubilación ocasiona la desigualdad y de garantizar los derechos de los asociados en razón a un resultado injusto de la administración sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales al momento de liquidar la pensión.

Ahora bien, frente a la normatividad legal especial se vulneró la disposiciones de la ley 812 de 2013, relativo al régimen prestacional de los docentes oficiales; así como también al artículo 4º de la ley 4 de 1966, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el artículo 1º de la ley 62 de 1985 y el artículo 15 de la ley 91 de 1989, generando a que sin lugar a duda que frente a los actos administrativos impugnados se configuró el desequilibrio jurídico que perjudica el valor económico reconocido como pensión.

De igual manera, invoca el apoderado de la parte actora la incursión de la administración en falsa motivación, por cuanto la decisión negativa en el presente acto ocasionó el desconocimiento probatorio en base a la solicitud, en la cual fue expedida por otra autoridad administrativa sin respetar los principios de la eficiencia y eficacia de la administración pública.

1.1.3. OPOSICIÓN:

La apoderada de La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 90 a 95) presentó contestación a la demanda en término, edificando la siguiente argumentación:

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

- A LOS HECHOS: Frente a los hechos 1 al 5, 8, 9 y 12 son ciertos. A los hechos 6 y 10, son parcialmente ciertos; hechos 7 y 11 no son hechos y el 13 no le consta, se atiene a que se pruebe en el trámite del proceso.

- ARGUMENTOS DE DEFENSA: Sostiene la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM que es aplicable al actor la normatividad correspondiente en la ley 91 de 1989, que menciona sobre los docentes en materia pensional se regirán por el

* Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

régimen vigente que tenían en su entidad territorial, es decir, la ley 33 de 1985, por el cual se dispuso en el artículo 1° lo siguiente:

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

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

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

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

De lo anterior, se sustrae que la pensión que en derecho corresponde al accionante debe calcularse teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, por lo que se concluye a primera vista que no le asiste razón al actor cuando afirma que se debió liquidar la pensión sobre todos los factores salariales por ella devengados sin estar consagrados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Es claro reseñar que la jurisprudencia y la ley 33 de 1985, establecieron que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema. Luego, se advierte que solo puede liquidar la pensión sobre los factores salariales que hayan servido de base para el cálculo de los aportes, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, señaló que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley en comento, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Frente al Decreto 3752 de 2003, se modificó el IBL de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes para pensiones (jubilación, invalidez, retiro por vejez, pensiones post portem) sujetándolos a los factores previsto para cotización. En

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

consecuencia, el fondo no puede realizar la inclusión en liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la mencionada norma, factores diferentes a los previstos para la cotización.

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

EXCEPCIÓN

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

1.1.4 ALEGATOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 del C.P.A.C.A., se celebró audiencia de Alegaciones y Juzgamiento, el día 29 de septiembre de 2014, a la que asistió el apoderado de la parte demandante y planteó sus alegatos de la siguiente manera:

Dentro de la presente acción se busca como objeto principal la declaratoria de la nulidad del acto administrativa de los actos administrativos que reconocieron, pagaron y reliquidaron la pensión de jubilación de la demandante, y solicitan se incluyan los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicios, previo al retiro del servicio. Hace referencia a la jurisprudencia y a la normatividad que ampara a los docentes, por ser la aquí demandante una docente. Frente al caso en concreto manifiesta que la docente se vinculó en el año 1979 y que las normas aplicables serán la ley 33 de 1985 y 62 del mismo año, así como lo dispuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del año 2010. Además de esta unificación, como lo indicó la titular del Despacho se incorporaron las pruebas que permiten tener claros los hechos y pretensiones de la demanda, para dictar el respectivo fallo. Considera que no es viable extenderse en un análisis pormenorizado sobre el contenido de la demanda, así plantea los alegatos y solicita de manera respetuosa que se de aplicación a la línea jurisprudencial que indicó.

2. CRÓNICA DEL PROCESO:

A través del estado No. 08 de 2014, el 03 de marzo de 2014, se notificó con conocimiento en primera instancia, la admisión de la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada – La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se notificó el día 25 de marzo de 2014, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fl.28); por lo anterior, a partir del 26 de marzo de 2014 y hasta el 7 de mayo de 2014, la copia de la demanda y de sus anexos permaneció en la Secretaría a disposición de los notificados por un término de 25 días, una vez cumplido el término anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la ley 1437 de 2011, término que empezó a correr desde el ocho (08)

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

de mayo de 2014 al diecinueve (19) de junio de 2014, la entidad demandada contestó la demanda en dicho término; luego con auto No. 33 del 17 de julio de 2014, se procedió a fijar fecha de audiencia inicial para el día martes 19 de agosto de 2014 a las dos de la tarde (fl.112-114) , en la que por disposición del Despacho se ofició a la Secretaria de Educación de Boyacá con el objeto de determinar si la señora Trinidad Rincón de Pinto, durante el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2004 y el 26 de abril de 2006 devengo la Prima de Población, así como establecer bajo el amparo de que normatividad le fue reconocida la prima, por qué razones de hecho y de derecho se reconoció y obtener copia del acto administrativo que le reconoció la prima de población a la demandante. El día 29 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia de alegaciones y juzgamiento, no obstante con el objeto de esclarecer un punto oscuro y difuso en relación con la naturaleza de la prima de servicios esta vez se ofició al Ministro de Educación para obtener la información requerida a folio 144 del expediente. Como consecuencia de la apertura de un incidente de desacato, finalmente el día 18 de abril del año 2015 se logró obtener la información requerida por el Despacho, relativa a la naturaleza y creación de la Prima de Población (fls. 156-158).

3.- PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS:

El problema jurídico consiste en determinar si la señora TRINIDAD RINCÓN DE PINTO tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se liquide nuevamente su pensión vitalicia de jubilación y se incorporen en la base de liquidación todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, o por el contrario, al consolidarse su situación pensional el día 25 de abril de 2005, en vigencia del Decreto 3752 de 2003 deben conformarse el IBL sólo con los factores base de cotización al sistema como indica esta norma.

Tesis de la parte demandante: Sostiene el apoderado demandante que se debe reliquidar la pensión de la señora TRINIDAD RINCÓN DE PINTO, con la inclusión de todos los factores salariales como son: asignación básica, prima de alimentación, prima de población, prima de vacaciones y prima de navidad, aplicando la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al FNPSM que se pensionaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007.

Tesis de la parte demandada: Se niegue las pretensiones invocadas en la demanda presentada por el actor, toda vez que no le asiste 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 en 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.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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

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 FÁCTICAS.

Como pruebas relevantes para decidir se destacan:

- Copia de la Resolución No. 0954 del 01 de septiembre de 2006 (se encuentra en el expediente en copia simple fls. 29-31 y en copia autentica fls. 45-47)
- Copia de certificado de devengados para liquidación de prestaciones sociales, expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, donde se relacionan los factores salariales devengados por la demandante durante los meses de abril de 2004 a abril de 2005; con destino al FNPSM, donde se aclara que se hizo descuento sobre todos los devengados mensualmente (se encuentra en el expediente en copia simple fls. 32-33 y en copia autentica fls. 58-59)
- Solicitud de Revisión de Pensión de Jubilación mediante la inclusión de todos los factores salariales del 03 de noviembre de 2011. (fl. 35)
- Derecho de petición radicado el 13 de marzo de 2013, mediante el cual se solicita nuevamente la reliquidación de la pensión por la señora TRINIDAD RINCÓN DE PINTO, y a su vez subsana la petición del 03 de noviembre de 2011 (fls. 36-41).

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

- Copia de la Resolución No. 005110 del 09 de septiembre de 2013, por medio de la cual se resuelve una solicitud de ajuste de pensión. (fls. 42-43)
- Certificado de tiempo de servicios de la señora TRINIDAD RINCÓN DE PINTO, expedido el 12 de mayo del 2005. (se encuentra en el expediente en copia simple fl. 44 y en copia autentica fl. 66)
- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora TRINIDAD RINCÓN DE PINTO (FL. 62)
- Registro Civil de Nacimiento de la señora TRINIDAD RINCÓN, donde consta que nació el día 25 de abril de 1950 (folio 64).
- Copia del formato de solicitud de pensión de jubilación de la señora Rincón de Pinto, del 07 de mayo de 2005 (fl. 67)

5.3- PREMISAS JURÍDICAS.

Los modos de integración en el sistema de seguridad social.

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

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

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

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

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

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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

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

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

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

- **Edad.** Este parámetro consiste en mantener la edad anterior (55 mujeres y 60 hombres) para adquirir el derecho a la pensión hasta el año 2014 y a partir de este momento sube dos años más (Inciso 1º).
- **Aplicación del régimen anterior.** Este parámetro busca que se respete las normas a la que estaba afiliado la persona al momento de entrar en vigencia la ley. Tiene dos aspectos: Uno que se refiere a la determinación del grupo de personas que deben ser tratados por este parámetro (35 años o más mujeres o 40 años o más hombres, 15 años o más de servicios de cotización) y el segundo respecto a las reglas o criterios normativos anteriores

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

para la liquidación de la pensión. Este último, por su parte, tiene también varias subreglas: a) Edad, b) Tiempo de servicio o número de semanas cotizadas; c) Monto de la pensión. (Inciso 2º); d) Ingreso base para la liquidación del anterior grupo de personas (Inciso 3º). Este último será desarrollado adelante de manera amplia por tratarse del tema objeto de la controversia.

- **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 subreglas sobre la pertenencia al sistema con reglas distintas o especiales.

➤ **El régimen legal de la pensión de jubilación de los docentes.**

Si bien es cierto, los docentes se encuentran cobijados por un régimen especial que regula el ingreso al sistema educativo, su ejercicio, estabilidad, ascenso en el escalafón y retiro del servicio, también lo es que en materia de pensión de jubilación no se estableció un régimen específico que indique que para la concesión de esta prestación deba acudirse a determinada normatividad no aplicable a la generalidad de los empleados públicos, salvo en lo que toca a la Pensión Gracia que por su régimen especial y excepcional tiene un trato jurídico diferente.

Se observa en los artículos 1º y 3º del Decreto Ley 2277 de 1979 - Estatuto Docente – que efectivamente los docentes gozan de un régimen especial en sus distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, pero que en materia de pensión de jubilación no hizo pronunciamiento alguno. Veamos:

“Artículo 1 Decreto Ley 2277 de 1979: “El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales”

“Artículo 3 Decreto Ley 2277 de 1979: Los educadores que presten sus servicios a entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto.”

En vista de lo anterior, procede el despacho a estudiar el régimen de pensión de jubilación general que igualmente es aplicable a los docentes, así:

El artículo 17 literal b de la **Ley 6 de 1945** estableció una pensión vitalicia de jubilación para empleados y obreros nacionales de carácter permanente, cuando cumplieren 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos. Esta disposición en principio solo fue aplicable a los servidores públicos de carácter nacional, pero en virtud del Decreto 2267 de 1947 se extendió su aplicación a los

³Corte Constitucional T-534/01

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

servidores públicos de carácter territorial. Posteriormente, esta ley perdió vigencia para los empleados de carácter nacional en virtud de la entrada en vigencia del Decreto Ley 3135 de 1968, sin embargo, para los empleados de carácter territorial siguió en aplicación en concordancia con las leyes que reglamentaran, modificaran o complementaran su aplicación.

El Decreto 3135 de 1968 fue aplicado a los servidores Nacionales de la Rama Administrativa del poder público y en su artículo 27 estableció una pensión mensual vitalicia de jubilación, para los empleados públicos o trabajadores oficiales que cumplieran 20 años continuos o discontinuos y llegaren a la edad de 55 años si era varón y 50 si era mujer. La cuantía de esta pensión se fijó en el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. Esta disposición estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 33 de 1985, la cual estableció un régimen de transición en virtud del cual se podía seguir aplicando el Decreto 3135 de 1968 y demás normas que en virtud de la transición establecida fuesen aplicables.

La ley 33 de 1985 derogó el artículo 27 del precitado Decreto 3135 de 1968, unificando la edad pensional para hombres y mujeres a los 55 años de edad. Estableció igualmente una pensión mensual vitalicia de jubilación para los empleados oficiales que llevaran 20 años continuos o discontinuos y cumplieran 55 años de edad equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Empero, no quedaron cobijados por esta norma, como quiera que la misma se encargó de excluir a los siguientes servidores públicos:

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 vigencia de la norma 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.

Estudiados los anteriores presupuestos, se encuentra que **la docente demandante dentro del presente proceso no se encuentra inmersa dentro de alguna de las anteriores excepciones**, puesto que como se dijo, si bien los docentes poseen un régimen especial en materia de ingreso, ascenso y retiro, también lo es que en materia de pensión de jubilación no se estableció normatividad especial aplicable a esta prestación de los docentes, razón suficiente para establecer que **el régimen aplicable a la demandante es el contemplado en la Ley 33 de 1985**.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Reafirma lo anterior el hecho de que con la expedición de la Ley 91 de 1989 se estableció en el artículo 15 numeral 1 aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados, lo siguiente:

“1- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.”

En tal sentido, la Ley que se encontraba vigente en materia de pensión de jubilación para los docentes nacionalizados a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 era la Ley 33 de 1985, teniendo presente que como se dijo esta misma Ley 33 estableció ciertas excepciones en su aplicación.

Por su parte, el artículo 115 de **la Ley 115 de 1994** estableció que la normatividad aplicable en materia de prestaciones de los educadores está en la Ley 91 de 1989, La Ley 60 de 1993 y la Ley 115 de 1994, reafirmando que la norma vigente en materia de pensión de jubilación para los docentes a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989 es la Ley 33 de 1985 y los factores salariales a considerar para liquidar el monto de la mesada pensional son los establecidos en el artículo 3 de la misma Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 inciso 2 de **la ley 62 de 1985**.

La última de las leyes citadas no desarrolló normas anteriores, solamente precisó cuáles serían los factores salariales base de liquidación de las pensiones a partir de su vigencia, siendo estos: 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. Igualmente, esta norma derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968, y las todas las normas que le fueran contrarias

De otra parte, lo dispuesto en la **Ley 812 de 2003** se aplica exclusivamente a los docentes vinculados al servicio estatal con posterioridad a la expedición de esta norma⁴, que establece en su artículo 81:

“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 (...).”

⁴ Vigente desde la fecha de su promulgación, lo cual se realizó mediante el diario oficial 45.231 del 27 de junio de 2003.

⁵ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

A su vez, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 indicó con respecto al régimen pensional de los docentes oficiales:

“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, los docentes oficiales no gozan de ningún régimen normativo especial, y siempre que no esté su situación comprendida en la fórmula de transición establecida en la Ley 33 de 1985 quedan cobijados por las disposiciones de esta norma, pues la Ley 812 de 2003 no se aplica a quienes ingresaron al servicio estatal con anterioridad a su vigencia, tal como ha indicado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁵

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

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

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de unificación del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), expediente número: 250002325000200607509, Consejero Ponente VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, una vez estudió las tres posturas jurídicas que habían mantenido la jurisprudencia, concluyó:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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

⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, proferida el día 21 de mayo de 2005, Consejero Ponente Dr. TARSICIO CÁCERES TORO.

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.”

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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”

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional. (Subrayado nuestro).

En el precitado fallo, tras hacer un recuento de las diversas posturas defendidas en la Jurisprudencia de dicho Tribunal, toma como premisas: **i)** La asignación básica como factor para liquidar la pensión de jubilación involucra el concepto de salario, entonces se deben incluir todos los pagos que por su naturaleza hagan parte de éste. Se acude aquí a la definición de salario presente en el concepto No. 1393 del Consejo de Estado⁷ conforme al cual hace parte de éste toda retribución en dinero o en especie que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio. **ii)** El principio de progresividad impone que las decisiones estatales en materia de prestaciones sociales no impliquen retrocesos en los derechos sociales y económicos **iii)** Los principios constitucionales referidos al trabajo, contenidos en el artículo 53 imponen que se elija la interpretación que permita materializar de mejor manera los derechos laborales e igualmente que se dé primacía a la realidad en las relaciones de trabajo, lo que no sucedería si se dejan de contemplar en la liquidación de las pensiones factores reales que retribuyen la labor de los trabajadores. Partiendo de lo anterior se llega a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores que conforman la base de liquidación pensional.

Se hace necesario precisar que con posterioridad se han emitido otros pronunciamientos que en el igual sentido soportan y siguen el criterio establecido en la sentencia de Unificación, entre los cuales se destacan:

Fallo de la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado- 26 de agosto de 2010 en el expediente radicado No. 15001233100020052159-01, actor HERNANDO BUITRAGO PEREZ.

Sentencia de 25 de abril de 2012, expediente con radicación No. 11001-03-15000-2012-00137-00 (AC), Actor DIEGO DE JESUS GRAJALES RAMIREZ). En esta providencia se precisó lo siguiente:

“Frente a este aspecto, entonces, es de resaltar que tanto el Juzgado como el Tribunal dieron aplicación a un precedente que se inscribió en un contexto de evolución Jurisprudencial que fue posteriormente reformado en la Sentencia de unificación a la que se ha hecho referencia; por lo cual, a pesar de su aceptabilidad durante algún tiempo por parte de la Corporación bajo las actuales tendencias jurisprudenciales no podía ser aplicada sin la correspondiente carga argumentativa para separarse de la tesis vigente. Así

⁷ Consejero Ponente Dr. FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

entonces se evidencia que el criterio jurídico sobre la taxatividad de los factores salariales para la reliquidación de la pensión de jubilación en el cual se basó el juez de conocimiento para resolver el litigio ordinario presentado por el actor ante la Justicia Contencioso Administrativo, difiere de la reciente posición jurídica mayoritaria asumida por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, lo que indica la violación del derecho fundamental a la igualdad frente a las decisiones judiciales, en especial frente a la aplicación del precedente judicial vertical, en razón a que al accionante le asistía el derecho a la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio.”

A su vez, incluso antes de ser proferida la Sentencia de Unificación, el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, dando aplicación al concepto de asignación básica como aquella que remunera la actividad desarrollada por el empleado público, había considerado que factores salariales no enlistados en la Ley 33 de 1985, como la prima de grado, el sobresueldo del 20% y la prima rural debían ser incluidos dentro de la liquidación de la pensión de jubilación a título de asignación básica⁸.

Por ende, atendiendo el principio constitucional de primacía de la realidad en el derecho laboral, debe incluirse en la liquidación de las mesadas pensionales todos los elementos salariales que constituyen una retribución directa del servicio que presta el trabajador, pues esta interpretación permite de mejor manera la materialización de los derechos laborales.

6.- SOLUCIÓN DEL CASO

En el presente caso se demandaron las Resoluciones No. 0954 de 01 de septiembre de 2006, y No. 005110 de 01 de septiembre de 2013, por medio de las cuales el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de Tunja, reconoció pensión de jubilación y negó la reliquidación de la misma del Sra.

⁸ Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá de fecha 30 de Junio de 2010, Magistrada Ponente: Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, N° de Radicación 15001-3133-009-2005-02599-01: “En cuanto a la exclusión de las primas de alimentación, vacaciones y navidad no existe duda que había lugar a ello por cuanto estos factores, que estaban incluidos en el régimen pensional anterior, no fueron contemplados en el previsto por la Ley 33 de 1985. Pero examinará la Sala lo relativo a la prima de grado, el sobresueldo mensual del 20% y la prima rural. Conforme al artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, “se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural” y al tenor del artículo 7 ibídem. “...los empleados tienen derecho a percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley. “La asignación básica correspondiente a cada empleo está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación o el grado establecido en la nomenclatura y escala del respectivo nivel. El artículo 9° del Decreto No. 663 del 10 de abril de 1974 por el cual se establecieron asignaciones salariales para el personal docente, previó que a partir del 1 de abril del mismo año, los maestros nacionales de enseñanza primaria dependientes del Ministerio de Educación Nacional y los nombrados de acuerdo con el Convenio de Misiones tendrían derecho a las siguientes primas mensuales, siempre y cuando ejercieran el magisterio en lugares diferentes a capital de Departamento o del Distrito Especial de Bogotá, durante el año, así: Prima de grado para los docentes que posean título de normalista y ejerzan dentro de la enseñanza primaria; Prima de Escalafón: Para los maestros inscritos en el Escalafón Docente Nacional de enseñanza primaria y Prima de Clima: Para los maestros escalafonados o no inscritos en el Escalafón Nacional de enseñanza primaria. Así pues, desde su origen, la prima de grado tuvo como finalidad remunerar directamente el servicio, de hecho fue creada en el acto mediante el cual se estableció la asignación mensual. En cuanto al “sobresueldo 20%” su sola denominación lleva a admitir que se trata de pago adicional al sueldo básico mensual, lo que implica que remunera el servicio y, en consecuencia, debe ser considerada como parte de la asignación básica mensual. De otra parte, el Gobernador del Departamento de Boyacá, mediante Decreto 165 de marzo 31 de 1966, estableció la prima de servicio rural para Maestros Graduados que ejerzan sus cargos en Escuelas Rurales dentro del Territorio del Departamento. La prima será equivalente al 10% del sueldo básico devengado por el Maestro. Igualmente los educadores nacionalizados y los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1995, se les reconoce un 10% de aumento sobre el sueldo básico mensual, cuando laboren en establecimiento educativo ubicado en el área rural. Así las cosas, no cabe duda a esta sala que las primas de grado, el sobresueldo del 20% y la prima rural remuneran el servicio prestado, se pagaron mensualmente y no tienen el carácter de prestación social; sin lugar a equívocos, no puede tratarse de pagos que por liberalidad efectúa el Estado dado que se trata de recursos públicos; en consecuencia, deben ser incluidas para la liquidación de la pensión de jubilación a título de asignación básica. Recuérdese que la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, como quedó reseñado, ha enseñado que si un emolumento percibido por el servidor público remunera la función, tiene el carácter de asignación básica y deberá ser incluido en la liquidación de la pensión como tal, sin perjuicio de la denominación que se le haya dado, a menos que hubiese sido excluido de manera expresa por el legislador. (...)”

⁹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Trinidad Rincón de Pinto, en dichas resoluciones se tomó como base de liquidación: la Asignación Básica, dejando por fuera: A) la prima de alimentación, B) prima de población, C) la prima de navidad y D) prima de vacaciones.

Así mismo, se observa que la docente TRINIDAD RINCÓN DE PINTO nació el día 25 de abril de 1950, e ingresó a trabajar el día once (11) de septiembre de 1968 (fl. 45). La docente laboró durante 28 años, 05 meses y 15 días entre el 11 de septiembre de 1968 y el 25 de abril de 2005, al servicio de la docencia estatal, de manera discontinua, toda vez que estuvo inicialmente afiliada como docente al Fondo Territorial de Pensiones de Santander entre el 11 de septiembre de 1968 y el 30 de marzo de 1971, fecha en la cual presentó renuncia al cargo (El oficio FTPS 240 emanado del Fondo de Pensiones Territorial de Santander que obra a folio 48 así lo acredita), posteriormente estuvo afiliada al FNPSM entre el 01 de abril de 1979 y el 25 de abril de 2005, en forma continua, en ésta última fecha adquirió el status pensional. (fl. 45)

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

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

Teniendo en cuenta que la docente TRINIDAD RINCÓN DE PINTO no se encontraba inmersa dentro de las excepciones contempladas en el mencionado artículo, pues como se dijo no está cobijado por un régimen especial de pensiones, no llevaba 20 ni 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985⁹ y menos aún había cumplido la totalidad de requisitos para que le fuesen respetados derechos adquiridos, se reitera, en materia pensional, se encuentra cobijado por la Ley 33 de 1985, modificada en materia de factores salariales a tener en cuenta dentro de la base de liquidación de la mesada pensional por la Ley 62 de 1985, agregando todos aquellos factores que constituyen salario.

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

Observa en este sentido el despacho que de acuerdo al certificado de devengados obrante a folios 32-33 y 58-59 del expediente, los pagos salariales devengados por la docente TRINIDAD RINCÓN DE PINTO durante el último año de servicio (25 de abril de 2004 a 25 de abril de 2005) fueron los siguientes:

⁹ 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.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

- Asignación básica
- Prima de Alimentación
- Prima de Población
- Prima de Vacaciones
- Prima de Navidad

Respecto a los factores discutidos como la prima de alimentación, **la prima de navidad y la prima de vacaciones**, debe estarse lo dispuesto en la ya referida sentencia de unificación del Consejo de Estado, que sostiene lo siguiente:

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

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

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

Prima de población

En relación con la prima de población mediante el oficio No. 2015-EE-0323744 el Ministerio de Educación allegó el Decreto 2689 del 23 de octubre de 1968 a través del cual se decreta un alza de sueldos para los profesores de educación media y normalista estableciendo por una parte la categoría de sueldos y por otra el derecho a una prima aquellos profesores situados en municipios de más de 150.000 habitantes de la siguiente forma:

Para los profesores de 1ª categoría	\$150.-
Para los profesores de 2ª categoría	\$150.-
Para los profesores de 3ª categoría	\$150.-
Para los profesores sin categoría	\$85.-

De igual forma, y conforme al certificado de salarios y devengados expedido por la Secretaria de Educación de Boyacá (fl. 136-137) se puede observar que la demandante

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

devengó la prima de población de manera mensual durante el último año de prestación de servicios.

En este orden de ideas de lo anterior se puede colegir que la prima de población remunera directamente la prestación del servicio del empleado, en razón al número de habitantes en donde labora y además era percibida de forma periódica, así las cosas es válido afirmar que esta es una prestación social y, en consecuencia, también debe ser incluida como factor para la liquidación de la pensión.

Así las cosas y en consonancia con las directrices jurisprudenciales trazadas por el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo y por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio.

Prima de Alimentación

El auxilio de alimentación fue creado por el decreto 2477 de 1970 a favor de los empleados adscritos a entidades del orden nacional (artículo 3º); posteriormente el Decreto 165 de 1971 lo amplió a los supernumerarios y finalmente el decreto 1042 de 1978 en su artículo 51 lo reafirmó a favor de los empleados vinculados a las entidades señaladas en el artículo 1º, todas ellas del orden nacional. Posteriormente, la ley se ha limitado a reajustar su cuantía y a determinar las asignaciones básicas que permiten su reconocimiento.

Por lo tanto, se deberán tener en cuenta para la reliquidación los siguientes factores además de la asignación básica, que ya fue reconocida: Prima de Alimentación, Prima de Población, Prima de Vacaciones, 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 el actor durante el último año de servicios.

Conclusión.

En consecuencia, el desconocimiento de las fuentes formales de los derechos reclamados sitúa a la decisión demandada en el ámbito de las causales de nulidad de los actos administrativos, pues fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, desvirtuándose su presunción de legalidad. Por ello se declarara la nulidad parcial deprecada y se ordenará a la demandada que realice una nueva liquidación, tomando como base el 75% del promedio de todo lo devengado en el periodo comprendido entre el 25 de abril de 2004 a 25 de abril de 2005. Se accede entonces a las súplicas de la demanda para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado y los derechos de la demandante.

Y cuanto a la prescripción trienal, en principio los valores a pagar se reconocerían a partir del 03 de noviembre de 2008, por ocurrencia de dicha figura jurídica extintiva de los derechos laborales, por cuanto la petición de reliquidación se radicó el día 03 de noviembre de 2011, (fl. 35) ello con base en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que establece que las acciones que emanen de los derechos consagrados en las

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

normas laborales prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

No obstante es preciso tener presente que la nueva liquidación de la pensión surge a raíz de la expedición de la citada Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, que pasa a ser la nueva fuente del derecho que aquí se reclama. En efecto, al declarar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 en la Sentencia C-634 del mismo año, la Corte Constitucional señaló que este tipo de pronunciamientos son fuente formal del derecho. Al respecto, ha señalado el Tribunal Administrativo de Boyacá en lo que toca a los efectos en el ámbito de la reliquidación pensional¹⁰:

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

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

Es decir que como operó el cambio de jurisprudencia y la sentencia de unificación tiene efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, la reliquidación deberá hacerse a partir de la ejecutoria del mencionado pronunciamiento de unificación, es decir desde el 2 de octubre de 2010. Nótese que las condiciones de formación del acto deben responder al bloque de legalidad imperante al momento de su expedición, entonces, si la nueva fuente del derecho es la sentencia de unificación, además de constituir ésta uno de los parámetros para examinar la legalidad del acto, el momento de su ejecutoria determinará como debe contarse el lapso para la exigibilidad del derecho, que si se deja transcurrir sin accionar en defensa del mismo produce la extinción de sus efectos económicos, pues la ley ha establecido la prescripción de los derechos laborales con tal carácter.

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

Sin embargo, como no pueden traerse, como sostiene el Tribunal Administrativo de Boyacá, valores devaluados a la liquidación de la pensión, y los factores Prima de Alimentación, Prima de Población, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad se incluyen con fundamento en la sentencia de unificación que logró ejecutoria el día 2 de octubre de 2010, estos valores se actualizarán conforme al índice de Precios al Consumidor desde cuando se consolidó la situación pensional de la demandante (25 de abril de 2005) hasta el 2 de octubre de 2010 y se agregarán desde ésta fecha a la

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de decisión No. 3. Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: Julio Humberto Gómez Munevar. Demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Radicación 150013333004201400002. Sentencia del 23 de abril de 2015.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

base de liquidación de la pensión.

El restablecimiento del derecho.

Como consecuencia de todo lo anterior se declarará la nulidad de la Resolución 005110 del 1 de septiembre de 2013, mediante la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante. El otro acto administrativo demandado (Resolución 0954 del 1 de septiembre de 2006) es definitivo y está en firme (Art. 42, 43 y 87 CPACA) y es producto de actuaciones administrativas anteriores. Al provocar un nuevo pronunciamiento a partir de la petición del 3 de noviembre de 2011, que terminó con el acto administrativo que le negó la reliquidación de la pensión para que se le incluyera todos los factores salariales (Resolución 05110 del 9 de septiembre de 2013) se constituye en acto definitivo que debe ser objeto del control de legalidad. Frente a los demás actos administrativos anteriores que definieron el derecho a la pensión por haber quedado en firme y ser definitivos, podrían ser demandados siempre que no se hubiese provocado en nuevo pronunciamiento, si no, demandar los primeros en el tiempo sin demandar el último, sería una contracción lógica y procesal. (Art. 163 CPACA).

El pago de los valores a que se refiere la presente providencia, se ajustará al valor, de conformidad con los artículos 187 y 192 del CPACA, desde que fueron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia dando aplicación a la fórmula que se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

Si bien hasta el momento actual este Despacho acogía en este punto la doctrina de 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:

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

i). Los efectos de la sentencia.

Los efectos de la declaración de nulidad que se hacen en la sentencia son *ex tunc*, pues la revisión de la legalidad del acto se hace desde su origen¹¹. De igual manera, el restablecimiento del derecho: *“implica¹² 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”*¹³, 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 CPACA). 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 irrenunciabilidad¹⁴, 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)¹⁵. 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 mínimo¹⁶.

La fuente material del derecho laboral consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política lo que persigue es la protección efectiva de los derechos laborales mínimos y entre ellos está la garantía efectiva de la pensión (Art. 46, 48), no obstante, para realizarla se debe asumir el costo del derecho pagando las cotizaciones correspondientes.

No obstante lo anterior, aunada a dicha dimensión intangible del derecho existe otra económica que sí está sujeta al cumplimiento de las cargas y deberes que tiene el titular del derecho. Por eso aunque el restablecimiento *“aprovechará”* al demandante de manera integral desde el momento en que se produjo la vulneración del derecho constitucional, expresándose allí su intangibilidad, los aspectos económicos del

¹¹ 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

¹² 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.

¹³ 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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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)

¹⁶ 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.

¹⁷ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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.¹⁷ 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”¹⁸:

Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

....

En cuanto a los aportes a las entidades de Seguridad Social, se ordenará el pago, en la debida proporción, de las sumas que por concepto de aportes no fueron cotizados por la entidad demandada, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes con base en la fracción mensual del valor pactado por concepto de honorarios.

¹⁷ 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 aparece la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento -- criterio jurisprudencial que se reitera--; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a la muerte del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social amplía a todas ‘las acciones que emanen de las leyes sociales’ del trabajo.

¹⁸ 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

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Al tenor de dichas premisas se establece un ámbito de tensión entre el carácter fundamental del derecho a la pensión que está unido de manera inescindible a los derechos que surgen de las relaciones laborales, frente a los cuales el Estado Social de Derecho y sus autoridades están obligados a garantizar su efectividad, promoción y protección (Art. 2 y 46), y los derechos económicos derivados de esa misma relación laboral, que si son alienables; derechos que entonces han de ser conciliados, armonizados o ponderados. De una parte, es necesario garantizar los fines esenciales de rango constitucional del Estado Social de Derecho (Art. 2, 6 y 230 CP) y desde allí sería entonces inadmisibles permitir una situación de inconstitucionalidad al vulnerarse un derecho irrenunciable como la pensión, pero al mismo tiempo deben cumplirse las normas legales relativas al deber de accionar dentro de ciertos términos para acceder a los derechos económicos derivados del status pensional.

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 ella¹⁹, 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 legales²⁰; (ii) los descuentos proceden al momento del reconocimiento prestacional²¹; (iii) "resulta necesario que los valores a retener y/ o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ 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."

¹² Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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

iii) Los efectos del cambio de jurisprudencia.

Si bien el cambio de jurisprudencia es normal dentro de todo sistema jurídico, en principio afectaría principios esenciales como los derechos adquiridos, la seguridad jurídica y la igualdad de trato, sin embargo, si cambia la Jurisprudencia y esta es fuente formal del derecho¹ por vía de la interpretación, entonces también cambia la ley y ya no podríamos hablar de vulneración de derechos y principios fundamentales sino de su necesaria conciliación y armonización para que todos se materialicen en la mayor y mejor medida dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas disponibles.

Y lo anterior se relaciona, en el ámbito del derecho administrativo, con la teoría de las cargas públicas, que supone que la vida en sociedad impone cargas y deberes (Art. 6 y 95 CP), los cuales deben ser soportados de manera igual por todos los asociados, sin que nadie está obligado a soportar un daño si no está jurídicamente justificado, y si ocurriera, también debe resarcirse (Art. 90 CP) con base en dicha teoría y la solidaridad²². Al respecto ha señalado el Consejo de Estado:

La igualdad, y como se antepuso, su manifestación en el equilibrio ante las cargas públicas, aparece como el bien jurídico a restituir en estos casos, fruto directo de postulados equitativos a los que repugna, como lo expresan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los eventos de extrema desigualdad en la repartición de las cargas públicas.

Esta reparación igualitaria, en cuanto responsabilidad del Estado, es reforzada en su razón de ser por la solidaridad, valor que debe animar el actuar del Estado colombiano, no sólo por su calidad de Social -y por ende redistributivo-, sino además porque el constituyente ratificó este carácter al consagrar en el art. 1º a la solidaridad como uno de los valores fundantes

²² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2007, Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), MP. Enrique Gil Botero. Incluye como referencia estas dos sentencias: a) CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p. Pedro Gómez Parra, septiembre 30 de 1949. “El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado”. b) CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, C.p.: Guillermo González Charry, abril 21 de 1966. “todo perjuicio anormal, que por su naturaleza e importancia exceda las molestias y los sacrificios corrientes que exige la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos delante de las cargas públicas, y por consiguiente debe ser reparado”.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

*del Estado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado.*²³

Desde la anterior perspectiva debe analizarse como en este caso la sentencia de unificación²⁴ cambia la relación jurídica entre las partes y les crea derechos, obligaciones y deberes que antes no tenían. Si bien todas las partes están sometidas al imperio de la ley, la forma y los efectos de ese sometimiento son distintas para cada una de ellas, pues la conducta de la administración es en esencia reglada (Art. 6, 121, 122 y 125 CP), en tanto que la conducta del trabajador es libre y solamente está sometida a lo que la ley prohíba (Art. 6 y 16 CP). De otra parte, las reglas de derecho a las cuales están sometidas las autoridades públicas están compuestas no sólo por la disposición y su interpretación práctica, sino la *ratio decidendi* o subreglas jurisprudenciales, pues el *“deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”* (C-539/2011 y C-634/2011)

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que la “reconceptualización del principio de legalidad” consiste en que se “vincula el concepto de “ley” u “orden jurídico” a la jurisprudencia como fuente formal del derecho”, por lo tanto, el precedente jurisprudencial se vuelve obligatorio pues hace parte del principio de legalidad, la seguridad jurídica y la igualdad. Y por esta misma razón los cambios jurisprudenciales no pueden ser “arbitrarios” debe demostrarse que dicho cambio es imperioso, “en tanto concurren razones sustantivas y suficientes” para ello. Las autoridades administrativas, por el contrario, no tienen esa libertad para apartarse de la jurisprudencia, “habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto” porque “la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración”. (ib)

Establecido el carácter vinculante de la jurisprudencia de unificación, es necesario determinar como han de distribuirse las cargas que surgen a raíz del cambio jurisprudencial. Desde nuestra perspectiva debe realizarse una ponderación de principios e intereses, con el objeto de saber qué trato se le debe dar a cada una de las partes involucradas y armonizar todos los derechos. No se puede desconocer el papel que cumple cada una de las partes en el problema que nos ocupa: una cosa es la entidad demandada como patrono y como estado, y otra cosa es el demandante como empleado público y particular. Entonces se debe considerar: (i) que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del estado y éste debe asegurar su prestación eficiente y mantener la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. (Art. 365 CP) (ii) La seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable (SU-062/2010) y un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado.(Art. 48 CP) (iii)el particular como empleado público y titular del derecho fundamental a la seguridad social, debe cumplir la Constitución y la ley (Art. 95 CP) y tiene derecho a que el Estado y sus autoridades públicas le garanticen la efectividad de sus derechos y le aseguren el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. (Art. 2 CP). De lo anterior se evidencia que en la relación jurídica

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2007, Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), MP. Enrique Gil Botero

²⁴ 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).

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

administrativa entre empleador y empleado existe una desigualdad que solamente se equilibra a partir de los derechos y las garantías con que cuenta el ciudadano, y a su vez, la empresa administradora de las pensiones está sometida a unos principios y reglas en el manejo de los recursos que determinan su actuar.

En suma, la carga que surge con el cambio jurisprudencial es el pago de la cotización sobre los nuevos factores que fueron incluidos en la reliquidación de la pensión, proporcionalmente a cargo tanto del empleador (entidad pública) como del trabajador (empleado público), el cual debe **ser “actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario” “de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo)”**, según dijo el Consejo de Estado, en las sentencias ya referenciadas. No obstante, el rol de cada parte es distinto y debe ponderarse así: a) El momento a partir de la cual nace la obligación, por el cambio de jurisprudencia, es el 2 de octubre de 2010, día siguiente a la ejecutoria de la mencionada sentencia de unificación²⁵; b) El pago de los valores por concepto de cotización sobre los nuevos factores salariales debidamente actualizados, según el porcentaje correspondiente a la entidad pública, tendrá que hacerse de manera íntegra y no está sujeta a ninguna prescripción debido a la naturaleza jurídica del derecho pues ella actúa no sólo como empleadora sino como estado; c) Los aportes del demandante están sujetos a la prescripción trienal porque el cumplimiento de la obligación de pagar la cotización no dependía directamente de su actuar sino que estaba sujeto a la retención correspondiente, por lo tanto, el cumplimiento de la legalidad y del principio de confianza legítima se vulneran cuando su actuar está sujeto a procedimientos ajenos a su voluntad; d) El demandante sólo puede ser deudor hasta el monto de lo que recibe sin que se afecte su pensión, porque se vulneran los principios de favorabilidad laboral y la prohibición de reducirse la pensión. (Art. 48 CP)

En cuanto a los descuentos por salud, deberán aplicarse las mismas reglas.

Respuesta a los argumentos de las partes.

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

“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

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00031-01(0899-11).

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. De la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, **se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.”**

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.

El objeto del medio de control de la referencia es solicitar ante la Nación – M.E.N. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la nulidad de las Resoluciones No. 0954 del 01 de septiembre de 2006 y No. 005110 del 01 de septiembre de 2013, y restablecer a título de derecho, la reliquidación pensional vitalicia de jubilación en favor de la Sra. TRINIDAD RINCÓN DE PINTO, sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre ellos, la inclusión de los factores salariales de prima de alimentación, prima de población, prima de vacaciones y prima de navidad que no se contemplaron, situación que vulnera el derecho a la igualdad formal y material (art.13 C.N.), específicamente el artículo 10 de la ley 1437 de 2011, por cuanto el ciudadano puede exigir a la administración que se le otorgue un trato igual en casos de régimen docente similares al momento de acceder a la liquidación de la pensión vitalicia jubilación por medio de la aplicación de precedentes judiciales que respalden y resuelven casos similares como el presente.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

Con respecto a la aplicación del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, este Despacho considera que no es aplicable para el régimen de los docentes, puesto que el artículo 160 de la ley 1151 de 2007, derogó dicha disposición. Sobre el particular, en sentencia del 06 de abril de 2011 el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, precisó que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, que fue la base esencial para el ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales, no se aplica a los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de la expedición de la ley 812 de 2003, lo cual significa que si bien no se decretó la nulidad del precepto, aclaró que la disposición, debe entenderse que mientras estuvo en vigencia, se refirió únicamente a los docentes que se vincularon con posterioridad al 27 de junio de 2003, sentando de esa manera que no se vulnera los derechos adquiridos a los docentes que venían vinculados antes de la vigencia de la ley 812 de 2003, ni se afecta el principio de favorabilidad²⁶.

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

“El FNPSM no reconoció los factores salariales para los maestros que se pensionaron entre los años 2003 y 2007 año cuando la ley 1151 de 2007(Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010), promulgada el 27 de junio, derogo 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. Luego entonces el régimen aplicable a la señora TRINIDAD RINCÓN DE PINTO, es el régimen anterior a la ley 812 de 2003.

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.

²⁶Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Sentencia de 06 de abril de 2011. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicado: 1100103250002004 0022001.

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

El artículo 365 del C. G. P. 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 justicia²⁷, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.²⁸

Es decir que, en materia de costas, aún bajo la égida de la Ley 1437 de 2011 no cabe la condena automática a la parte vencida, sino que 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.

En este caso se considera que a pesar de la existencia de una sentencia de unificación y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, la entidad demandada insiste en desconocerla causando un perjuicio no solo al erario público, sino fundamentalmente el administrado, aplazando su derecho a disfrutar de la pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales que la componen. Por tal razón se condenará en costas a la entidad demandada, pero, atendiendo lo establecido en el artículo 365 del C.G.P., al prosperar sólo parcialmente las pretensiones, la condena será por el valor de un 50% sobre el valor total de los gastos en que se incurrió la parte demandante en el presente proceso.

Igualmente se debe condenar a la demandada al pago de las agencias en derecho, las cuales se estiman en un **10 %** sobre el valor de las pretensiones de la demanda.

²⁷ 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, etc²⁷. Las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3° del artículo 393 del C.P.C.²⁷, y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.”

²⁸ 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.

⁴ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

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, prohibir

FALLA:

PRIMERO. Se declara la nulidad del Acto Administrativo Resolución No. 005110 del 1 de septiembre de 2013, conforme a la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de la 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 TRINIDAD RINCÓN DE PINTO el valor de la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los salarios devengados durante el último año de prestación de servicios, esto es desde el 25 de abril de 2004 al 25 de abril de 2005. Es decir que al factor salarial ya reconocido –Asignación básica- deberá adicionar los factores Prima de Alimentación, Prima de Población, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, con efectos fiscales a partir del 2 de octubre de 2010, día siguiente a la fecha de ejecutoria de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, expediente con radicación 25000-2325-000-2006-7509-01.

El valor devengado por concepto de Prima de Alimentación, Prima de Población, Prima de Navidad, Prima de Vacaciones se actualizará conforme al Índice de Precios al Consumidor desde el 25 de abril de 2005 hasta el 2 de octubre de 2010.

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.

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

CUARTO. La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada en la forma indicada en la parte motiva, aplicando para tal fin la siguiente fórmula:

$$R=Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de emolumentos salariales y prestacionales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta

¹ Como señala la ya citada sentencia C-634 de 2011 mediante la cual la Corte declara la constitucionalidad del artículo 10 del C.P.A.C.A. que se refiere a las sentencias de unificación.

providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia. Es entendido que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, teniendo en cuenta los reajustes reconocidos periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas.

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

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Se condena parcialmente en costas al Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La condena será por el 50% del valor total de los gastos en que se incurrió la parte demandante en el presente proceso.

Igualmente se debe condenar a la demandada al pago de las agencias en derecho, las cuales se estiman en un **10 %** sobre el valor de las pretensiones de la demanda.

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

NOVENO. La presente sentencia se notifica en los términos previstos en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo normado en el inciso segundo del artículo 295 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,



ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

JUEZ

Handwritten text, possibly a signature or name, located in the lower middle section of the page.