



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, primero de septiembre dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2019-00068-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA JOAQUINA LANCHEROS PARRA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y
DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Tema: Reliquidación pensión docente.

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por la señora ANA JOAQUINA LANCHEROS PARRA en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al que fue

vinculado en calidad de litisconsorte necesario9el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, radicado con el N°. 73-001-33-33-004-**2019-00068-00**.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (Fols. 2 y ss):

“DECLARACIONES

- 1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2831 DEL 18 DE ABRIL DE 2018, por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida a mi mandante incluyendo SUELDO- PRIMA DE VACACIONES sin incluir PRIMA DE NAVIDAD- PRIMA DE SERVICIOS- HORAS EXTRAS, es decir no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.*
- 2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 13 DE FEBRERO DE 2018, teniendo en cuenta la inclusión de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento*

en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), los cuales son equivalentes al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales que son los que constituyen la base de liquidación.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

- 1. Condenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Vejez, a partir del 13 DE FEBRERO DE 2018** *equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mí representado.*
- 2. Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** *que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.*
- 3. Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** *el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras con reparación integral del daño.*
- 4. Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** *el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con la constitución y la ley tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.*
- 5. Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** *el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.*
- 6. Condenar en costas a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO,** *teniendo en cuenta la omisión en el acatamiento del precedente jurisprudencial.*

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

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos (Fol. 3 y s.s.):

“PRIMERO: Mi poderdante laboró más de veinte años y cumplió con los requisitos esetablecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación a la luz de la Ley 33 de 1985 y demás normas aplicables, por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución **2831 DEL 18 DE ABRIL DE 2018**, adquiriendo su status de pensionado el **13 DE FEBRERO DE 2018**.

SEGUNDO: Con relación al régimen aplicable (ley 33 de 1985), la base de liquidación para establecer el monto de la mesada pensional, obedece a los factores salariales devengados por mi cliente, en el año inmediatamente anterior al de adquirir el status de pensionado.

TERCERO: La base de liquidación pensional, en su reconocimiento incluyó **SUELDO- PRIMA DE VACACIONES** omitiendo tener en cuenta la **PRIMA DE NAVIDAD- PRIMA DE SERVICIOS- HORAS EXTRAS** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado (a).

CUARTO: En consideración, a que la prestación reclamada es periódica, y se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, la misma puede ser reclamada en cualquier tiempo y directamente ante la jurisdicción.

QUINTO: Teniendo en cuenta lo preceptuado por el decreto 1716 de 2009, en los temas de derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles, no es necesario agotar el trámite administrativo extrajudicial de la conciliación, es decir, se puede acudir directamente a la jurisdicción”.

3. Contestación de la Demanda.

3.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No contestó demanda¹.

¹ Fl. 68 del expediente

3.2. Departamento del Tolima

Señaló que la Secretaría de Educación Departamental al realizar un reconocimiento de pensión o de reliquidación de pensión de un docente, lo hace en ejercicio de una función delegada por el Ministerio de Educación Nacional y no como una función propia.

Propuso como excepciones las que denominó: *Improcedencia de la acción frente al Departamento del Tolima*.

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 12 de febrero de 2019 (fol. 1), correspondió por reparto a éste Juzgado, quien mediante auto de fecha 11 de marzo del mismo año, ordenó la admisión de la demanda y la vinculación del Departamento del Tolima. (fls. 21 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 26 y ss) dentro del término de traslado de la demanda, el departamento del Tolima contestó demanda y el Ministerio de Educación Nacional guardó silencio (fls 34 y ss).

Luego, mediante providencia del 14 de febrero de 2020 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 80). No obstante, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 que estableció la posibilidad de dictar sentencia anticipada en asuntos como el *sub lite*, mediante auto de fecha 22 julio de 2020, se dejó sin efecto el referido auto y en su lugar, se ordenó incorporar las pruebas documentales allegadas por las partes dentro del *sub lite* (fol. 83 a 84). Posteriormente, a través de auto de fecha 31 de julio de 2020 se ordenó a las partes presentar por escrito sus correspondientes alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto (fol. 85).

5. Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante

Se ratificó en los fundamentos expuestos en el escrito de demanda y solicitó que se decretara la nulidad parcial del acto administrativo acusado, teniendo en cuenta que la Entidad demandada en el acto de reconocimiento de la pensión ordinaria de la demandante, omitió incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionado para calcular el valor de la mesada pensional, y en consecuencia, se acceda a la pretensión de incluir el factor salarial de **horas extras** dentro de la pensión de jubilación de la demandante.

5.2. Ministerio de Educación Nacional

Guardó silencio

5.3. Departamento Del Tolima

Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Debe el Despacho determinar, si la *demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación docente con la inclusión del 75% de todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios inmediatamente anterior a producirse su retiro definitivo del servicio, especialmente lo que tiene ver con la inclusión de las doceavas partes de las primas de navidad y de servicios así como de las horas extras devengadas, o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a la legalidad.*

3. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

La Resolución No. 2831 del 18 de abril de 2018 a través de la cual se reconoce una pensión de jubilación a la demandante.

4. FONDO DEL ASUNTO.

El fondo del presente asunto radica en establecer si la demandante, en su condición de docente, tiene derecho a que las Entidades demandadas le reliquiden su pensión

de jubilación con la inclusión del 75% de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a producirse su retiro definitivo del servicio.

5. FUNDAMENTOS DE LA TESIS DEL DESPACHO.

Para resolver el fondo del asunto, imperioso resulta efectuar un análisis de la evolución legal y jurisprudencial sobre el régimen pensional del personal docente, en los siguientes términos:

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral”* se buscó eliminar la pluralidad de regímenes pensionales existentes para la época, integrándolos en un solo Sistema General de Pensiones, unificando los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones, tasa de reemplazo y monto de la pensión.

No obstante, en el artículo 279 de la mentada Ley, el legislador excluyó de la aplicación del régimen general de pensiones a algunos servidores públicos y trabajadores, entre ellos, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyas prestaciones seguirían rigiéndose por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, manifestación que efectúa bajo el siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 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 (...).

En el mismo sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso expresamente en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”.

(...)

Parágrafo transitorio 1º. 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".

Para determinar cuál es el régimen aplicable a este sector (docentes), resulta menester remitirnos al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, según el cual:

- a) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** – 27 de junio de 2003 - al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley.
- b) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser 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 el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, antes de que entrara en vigencia la Ley 812 de 2003, la norma rectora en materia de régimen pensional docente no era otra que la **Ley 91 de 1989**, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”. La misma estableció que las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales y nacionalizados se regirían por las normas vigentes aplicables a los **empleados públicos del orden nacional**.

El artículo 15 de la precitada ley dispone:

“(…)

Artículo 15.- *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

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.*

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(…)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Ahora, por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979 *“Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”*, los educadores que prestaran sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, se catalogaron como empleados oficiales de régimen especial.

En ese sentido la especialidad del régimen se entendió como referida a aspectos relativos a la administración de personal, a situaciones administrativas, al ascenso de los educadores, entre otros, pero NO en materia de pensiones, pues se consideró y se considera que aquellos, los docentes, no disfrutaron de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad².

Así las cosas, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 - omnicomprensiva del régimen pensional de la generalidad de servidores públicos-, los docentes oficiales quedaron circunscritos al régimen que aquella consagró, modificado en lo pertinente por la Ley 62 del mismo año.

Por ello, resulta claro para el despacho concluir que el régimen de la pensión de jubilación aplicable a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como sucede en el caso de la parte actora, corresponde a aquél previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Así, la Ley 33 de 1985, en lo que atañe a la liquidación de la pensión de jubilación dispone en su artículo 1°:

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

El artículo 3° de la norma a que se hace alusión, modificado por la **Ley 62 de 1985**, dispuso que para liquidar la pensión, se tendrían en cuenta, cuando se trate de **empleados del orden nacional**, los siguientes conceptos: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo

² Consejo de Estado, Sección Segunda, - Subsección “B”. Sentencia del 26 de julio de 2012. M.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Rad. 250002325000200900083 01.- *“Ahora bien, por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros. En efecto, los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional. No obstante lo anterior, en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.”*

suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Aclaró además que 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.**

En relación con la interpretación de la Ley 33 de 1985, el Consejo de Estado, Sección Segunda -Sala Contencioso Administrativa del 04 de Agosto de 2010 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado Nro. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), se ocupó de determinar si el IBL hacía o no parte del régimen de transición toda vez que estudió si para un servidor público de la aeronáutica civil, cobijado por el régimen de transición de seguridad social de la Ley 100 de 1993, era procedente el reajuste de pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional o sólo aquéllos cotizados en los diez años previos, de conformidad con el artículo 36 de dicha normatividad.

Indicó en aquella oportunidad la Corporación:

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

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. (...)

*Con base en lo anteriormente expuesto, **en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los***

factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. (...)”

De ésta forma, el Alto Tribunal sentó las siguientes reglas en relación con el debate jurídico que abordó en aquella oportunidad: **i)** resaltó que el IBL es un elemento del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual las pensiones de jubilación de las personas beneficiarias del mencionado régimen debían ser liquidadas con fundamento en las reglas que regulaban este aspecto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y **ii)** indicó que el listado de factores salariales determinados en la Ley 33 de 1985 no era taxativo, sino que los mismos eran simplemente enunciativos, por lo que su señalamiento en el texto de la norma no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Agregó, que si el querer del legislador hubiese consistido en que las pensiones se liquidaran tomando como base los factores sobre los cuales se hubiesen efectuado aportes a la seguridad social, esto no conllevaría a que los factores que no han sido objeto de las deducciones de ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

Sin embargo, esa misma Corporación, a través de **Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018**³ varió su criterio y señaló unas reglas de unificación jurisprudencial en lo que concierne al Ingreso Base de Liquidación contenido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que es aplicable para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición consagrado en el referido artículo y pensionadas con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del Régimen General de Pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

La sección Segunda en el pronunciamiento que se analiza, indicó lo que sigue en relación con el precedente contenido en la Sentencia de Unificación de fecha 4 de agosto de 2010:

*“101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, **en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010**, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, **va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social**. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en*

³ Radicación 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. César Palomino Cortés.

los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base." (Negritas y subrayas fuera de texto)

Además, al interior de la mentada providencia se fijó la siguiente regla jurisprudencial, en relación con el IBL **en el régimen de transición**:

"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985".

Igualmente, estableció las siguientes sub reglas a efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, así:

*"...**La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

*...**la segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones..."*

Frente a la aplicación de dichas sub reglas al personal docente, señaló el órgano de cierre de ésta Jurisdicción en la precitada Sentencia de Unificación, que la regla y la primera subregla, no cobijan a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989, conforme se hizo claridad en líneas precedentes.

En éste punto, es necesario que el despacho indique que en recientes y reiterados pronunciamientos, emitidos en sede de Tutela, dicha Corporación, en su Sección Primera, ha indicado que al personal docente le es aplicable la segunda subregla consagrada en la Sentencia de Unificación de marras, al mencionar:

“Es de mencionar que la Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, excluyó la aplicación de la primera regla hermenéutica a los educadores oficiales vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin embargo ello no aconteció respecto de la segunda. Siendo ello así, de manera pacífica, esta Sección ha venido reiterando que este segundo criterio tiene plena aplicación al régimen excepcional de los docentes⁴.

La anterior conclusión, es totalmente consecuente con la intención del legislador, plasmada ya desde la expedición de la Ley 33 de 1985, reformada por la Ley 62 del mismo año, tal y como fuera reiterado y reproducido en el texto del acto legislativo 01 de 2005, y es totalmente coincidente con lo expuesto por la H. Corte Constitucional, en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017, en las que si bien aquella no se pronunció en concreto sobre el régimen de los docentes, lo cierto es que sí indicó *que en procura de la sostenibilidad financiera del sistema pensional todas las pensiones, independientemente del régimen que les sea aplicable, deben liquidarse conforme a los factores salariales frente a los cuales se realizaron efectivamente los aportes.*

En reciente Sentencia de Unificación⁵ al respecto el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero Ponente el Dr. César Palomino Cortés, indicó de manera clara y contundente que *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.* (Destaca el despacho)

Finalmente se advierte, que de conformidad con lo dispuesto por la máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativa en la Sentencia de Unificación reseñada, los parámetros allí contenidos, **serán aplicables a todos los casos que están en discusión tanto en vía administrativa como judicial**, y no son aplicables para los casos donde ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica.

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 14 de marzo de 2019, Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón (11001-03-15-000-2019-00372-00(AC))/Sentencia 19 de diciembre de 2018, Ponente: Oswaldo Giraldo López (11001-03-15-000-2018-03110-01 (AC) / Sentencia de 20 de noviembre de 2018, Ponente: Hernando Sánchez Sánchez (11001-03-15-000-2018-03012-01 (AC) / Sentencia de 19 de noviembre de 2018, Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁵ Providencia de fecha 25 de abril de 2019, Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19

CASO CONCRETO

Al interior del expediente se encuentra probado que la señora ANA JOAQUINA LANCHEROS PARRA, nació el 13 de febrero de 1963 e ingresó al servicio público docente el día 03 de marzo de 1997 y alcanzó el status jurídico de pensionada el 13 de febrero de 2018 (fol. 17).

Todo lo anterior permite establecer que la demandante, por haber sido vinculada al servicio público docente del sector oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es beneficiaria del régimen pensional previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

A la demandante se le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No. 2831 del 18 de abril de 2018, reconociendo status de pensionada a partir del **13 de febrero de 2018**, luego de haber laborado por más de 20 años a favor del servicio docente oficial y haber alcanzado más de 55 años de edad, la cual fuera liquidada con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio a la fecha en que adquirió el status de pensionado, conforme a lo determinado en la Ley 33 de 1985, arrojando una cuantía de \$ 2.682.884 y habiendo tenido en cuenta para tal efecto como factores salariales, el sueldo y Prima de Vacaciones (fol. 17 a 18).

Al respecto, se ha de tener en cuenta que el certificado de salarios allegado con la demanda, visto a fl. 19 del expediente, da cuenta de que la demandante devengó en el último año de servicios, previo a su retiro definitivo, los siguientes emolumentos: **sueldo, prima de navidad, de servicios, de vacaciones y HORAS EXTRAS**. De ellos, es claro que los únicos taxativamente referidos en la Ley 62 de 1985 corresponden al sueldo o asignación básica y a las horas extras, el primero de ellos el que justamente fue tenido en cuenta al momento de liquidar la pensión de la actora, no obstante para su reliquidación se incluyó además, la prima de vacaciones.

No deja de lado el Despacho, que mediante Oficio No. TOL2019ER000832 del 19 de julio de 2019, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, indicó que durante el periodo comprendido entre el año 2017 y 2018, los factores salariales que se tuvieron en cuenta para los aportes al Sistema de Seguridad Social, fueron: sueldo básico, vacaciones, bonificación mensual docentes, bonificación pedagógica y horas extras (fol. 67).

De lo anterior se colige, que dichos factores salariales - sueldo básico, vacaciones, bonificación mensual docentes, bonificación pedagógica y horas extras- únicamente pudieron ser tenidos en cuenta para los aportes al Sistema de Seguridad Social, en la medida en que fueran efectivamente devengados por la demandante durante dicho periodo, por lo cual, deberá analizarse de manera conjunta junto con el certificado de salarios obrante a folio 19 del plenario, según el cual, durante el último año de prestación de servicios la demandante devengó únicamente **sueldo, prima de navidad, de servicios, de vacaciones y HORAS EXTRAS**.

Así las cosas, como quiera que de conformidad con lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, y según la interpretación que se acogió en precedencia, al personal docente le resulta aplicable la segunda subregla establecida en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, el ingreso base de liquidación – IBL- para liquidar la pensión a reconocer con base en la normativa precitada, debía determinarse de acuerdo con los factores sobre los cuales se hubiesen efectuado aportes al sistema para adquirir dicho beneficio, de acuerdo con lo determinado en la ley y en consecuencia, es procedente acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, en tanto como quedó establecido, la actora sí devengó horas extras durante su último año de servicios.

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial del acto acusado y se ordenará reliquidar la pensión reconocida a la demandante, tomando el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, previo al cumplimiento del status pensional, esto es los percibidos entre el 13 de febrero de 2017 **y el 13 de febrero de 2018**, incluyendo como factores salariales en forma proporcional además del **suelo y la prima de vacaciones, ya reconocidos, las horas extras.**

Ahora bien, en lo que respecta a los descuentos de los aportes sobre los factores que se ordenaron incluir, el H. Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia de fecha 20 de junio de 2019 proferida dentro del Exp. 73001-33-33-009-2018-00131-01, dispuso:

“La tesis según la cual se debe hacer por toda la vida laboral sin importar si percibió o no tales emolumentos de manera ininterrumpida, en efecto desconoce dicha regla básica, atentando contra los derechos del trabajador que estaría obligado a realizar un pago, en este caso por 39 años de servicios (se vinculó el 1 de febrero de 1963 y se retiró el 30 de marzo de 2002), desconociendo si durante todo ese periodo en efecto percibió la prima de navidad y la prima de vacaciones cuya inclusión se ordena; es decir, tal postura no se compadece con la realidad fáctica y jurídica que ampara el derecho pensional de la señora Leticia Méndez y ocasiona un perjuicio grave a los intereses económicos al ser ordenado.

*Por lo anterior, la Sala ordenará que el descuento de los aportes se realice sobre los factores ordenados incluir al cálculo pensional, **por el tiempo que percibió los mismos factores** y no por toda la vida laboral, por ajustarse tal interpretación a los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento jurídico.*

Ahora bien, en este mismo escenario encontramos que tales aportes deberán ser traídos a valor presente, y para el caso concreto el artículo 99 del Decreto 1848 de 1969, norma que cubre el derecho pensional de la señora Leticia, establece:

“Artículo 99.- Deducciones por aportes que se adeudan. Cuando un empleado oficial tenga derecho a una determinada prestación por la cual deba responder una entidad de previsión social y no haya pagado en todo o en parte los aportes correspondiente, la entidad al hacer el reconocimiento respectivo descontará el valor de los aportes, que se liquidarán con base en los diferentes salarios percibidos por el empleado en el respectivo tiempo de servicio.”

(...)

En otros términos, la omisión en el descuento no puede ser imputada a la empleada ni mucho menos ésta deberá soportar el peso de las consecuencias adversas de la conducta de su empleador, pues con la fórmula de cálculo actuarial se pondrían en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social del empleado, pues resultaría más lesivo para su patrimonio un fallo condenatorio (es decir aquel que ordene la inclusión de todos los factores salariales devengados), que una sentencia en la que se nieguen las pretensiones de la demanda, contrariando los postulados propios del acceso a la administración de justicia y justicia material que deben imperar en nuestro Estado Social de Derecho.

Bajo este escenario procesal considera la Sala que se debe aplicar la fórmula de actualización que contempla el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A, es decir teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor.

(...)

*De acuerdo al canon legal en cita, es evidente que los pagos de sumas liquidas de dinero ordenados mediante sentencia, en el marco de un proceso judicial, se deberán ajustar de acuerdo al IPC, sin que resulte válida para esta Corporación la aplicación de un cálculo actuarial, **más aún cuando la norma que lo contempla (artículo 33 parágrafo 1º de la Ley 100 de 1993) no resulta aplicable al régimen pensional que cubre a la demandante,** quien como se dijo en párrafos preliminares, es beneficiaria de la pensión de jubilación estatuida en el Decreto 1848 de 1969.”*

Así las cosas, haciendo el Despacho propios los argumentos expuestos por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, autorizará a la NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FOMAG, a efectuar el descuento de los aportes debidamente actualizados conforme al índice de precios al consumidor (artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), sobre el factor que se ordenó incluir en el cálculo pensional (HORAS EXTRAS), por el tiempo que el demandante percibió tal factor salarial y siempre y cuando que sobre el mismo no se hubiese efectuado deducción legal.

La suma que deberá cancelar la entidad accionada por concepto del reajuste de la pensión de la parte actora, se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos

teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En estos términos se declararán a su vez no probadas las excepciones de mérito propuestas por la Entidad demandada, las cuales, en los términos en que fueron planteadas pretendían controvertir los argumentos expuestos por la parte actora, argumentos que fueron objeto de análisis al momento de abordar el estudio de fondo del asunto.

DE LA PRESCRIPCIÓN:

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales. Posteriormente, dicha norma fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 el cual en su artículo 102, estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Ahora, se ha de tener en cuenta que si bien el derecho a la reliquidación pensional es imprescriptible, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales. Sin embargo, teniendo en cuenta que en este caso el reconocimiento pensional se hizo efectivo a partir del 18 de abril de 2018 y que la demanda se presentó el 12 de febrero del año siguiente, deberá concluirse que en este caso no operó la prescripción.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia a la Nación- Ministerio de Defensa- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluyendo en la liquidación el valor de \$ 304.000, equivalente al 4% de lo pedido, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la resolución No. 2831 del 18 de abril de 2018, mediante la cual se le reconoció a la demandante, ANA JOAQUINA LANCHEROS PARRA su pensión de jubilación, en tanto no incluyó como factor salarial las horas extras, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, CONDÉNESE a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación del accionante, tomando el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, previo a la adquisición del status de pensionado, esto es, del 13 de febrero de 2017 al 13 de febrero de 2018, incluyendo como factores salariales en forma proporcional además del **sueldo y la doceava parte de la prima de vacaciones – ya reconocidas- las horas extras, conforme se indicó en la parte motiva de esta decisión.**

CUARTO: CONDENAR a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que pague a favor del demandante las diferencias de las mesadas pensionales, esto es, las diferencias entre los valores que le fueron reconocidos anteriormente y los que le debe reconocer, según lo dispuesto en el numeral 3° de la parte resolutive de esta sentencia.

Las sumas a reconocer y pagar por parte de la accionada, deberán ser reajustadas y actualizadas en la forma indicada en la parte motiva, aplicando para tal fin la fórmula allí señalada.

QUINTO: AUTORÍCESE a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a efectuar el descuento de los aportes debidamente actualizados conforme al Índice de Precios al Consumidor (artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), sobre el factor que se ordenó incluir en el cálculo pensional (HORAS EXTRAS), por el tiempo que la señora ANA JOAQUINA LANCHEROS PARRA percibió el mismo y siempre y cuando no se hubiese efectuado deducción legal.

SEXTO: DECLARAR que en este caso no operó la prescripción.

SÉPTIMO.- CONDENAR en costas a LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor de la accionante, la suma de \$ 304.000. Por Secretaría, liquídense.

RADICADO N°:	73001-33-33-004-2019-00068-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ANA JOAQUINA LANCHEROS PARRA
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

OCTAVO: Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI, así como la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA