Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ – DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA

Ibagué, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante:	**NANCY OROSIA CASTILLO GRACIA**
Demandado:	**NACION – MINSITERIO DE EDUCACION FONDO NACIONAL DE RPESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA PENSIONES**
Radicación:	**No. 73001-33-33-007-2019-00420-00**
Asunto:	**Reliquidación Pensión de Jubilación Docente**

Como toda la actuación de la referencia se ha surtido conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, el **Juez Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente…

S E N T E N C I A

I.- COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 155 y en el numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- A N T E C E D E N T E S

DE LA DEMANDA:

A través de apoderada judicial, la señora **NANCY OROSIA CASTILLO GRACIA** ha promovido demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARIA ADMINISTRATIVA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES,** con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes**:**

2.1. PRETENSIONES:

2.1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo denominado **Resolución No 4405 del veintisiete (27) de junio de 2018,** por medio del cual resolvió la reposición incoada contra la Resolución No 3860 del treinta (30) de mayo de 2018, por medio de la cual negó la reliquidación y reajuste de la pensión mensual vitalicia de jubilación de la señora **NANCY OROSIA CASTILLO GRACIA,** conforme a ley 33 de 1985, ley 91 de 1989, y la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, es decir, con el promedio de lo devengado en el ultimo año de servicio e incluyéndose el factor señalado en el articulo 1 de la Ley 62 de 1985 como horas extras, que habitualmente recibido, la operaria como remuneración por el servicio, y a partir del día 11 de julio de 2016

2.1.2. Que se declare a título de restablecimiento del derecho que la señora **NANCY OROSIA CASTILLO GRACIA** tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión mensual vitalicia de jubilación conforme lo estipulado en la ley 33 de 1985, ley 91 de 1989 y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, es decir, con el promedio de lo devengado en el ultimo año de servicios e incluyéndose el factor de horas extras que sirvió de base de la liquidación y se encuentra contemplado en el articulo 1 de la ley 62 de 1985

2.1.3. Que, se ordene el pago de las diferencias pensionales con ocasión a la reliquidación y reajuste de la pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la accionante, conforme a la ley 33 de 1985, ley 91 de 1989 y jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, es decir, con el promedio de lo devengado en el ultimo año de servicios e incluyéndose los factores base de liquidación contemplados en el articulo 1 de la ley 62 de 1985, y a partir del 11 de julio de 2016

2.1.4 Que se ordene el pago de aportes al sistema de seguridad social pensiones por parte del accionante, sobre la totalidad de factores salariales que percibió la accionante y que no fueron sufragados, con el fin de que mediante acto administrativo se ordene el pago o traslado de dichos rubros

2.1.5. Decrétese la respectiva indexación de los emolumentos pensionales reclamados

2.1.6. Una vez ajustada la pensión de jubilación en los términos anotados, sobre la nueva base de liquidación se deberán aplicar los ajustes de ley, por cambiar la base de liquidación pensional

2.1.7 Ordénese dar cumplimiento en los términos y condiciones establecidos en los artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2011

2.2. Como **HECHOS** para fundamentar sus pretensiones, expuso los que a continuación se sintetizan:

2.2.1., Que, la señora **NANCY OROSIA CASTILLO GRACIA** nació el 09 de junio de 1951

2.2.2. Que se vinculó como docente nacional el dia 06 de septiembre de 1991

2.2.3. La afiliada para el día seis (06) de septiembre de 2011, completo 20 años de servicio y tenía 60 años

2.2.4. El 11 de julio de 2016, la actora fue retirada del servicio de la secretaria de educación departamental del Tolima, mediante la **Resolución del 3102 del 16 de junio de 2016**

2.2.5. El dia 28 de febrero de 2012, mediante reclamación con radicado No. 2012-PENS-003399, la accionante solicito reconocimiento y pago de la pensión de jubilación

2.2.6 La secretaria de educación Departamental del Tolima, mediante **Resolución No 02927 del 13 de julio de 2012.** Resuelve reconocer y pagar la pensión mensual de jubilación, con disfrute a partir del 07 de septiembre de 2011 y con el 75% del IBL, teniendo solo en cuenta factores salariales la asignación básica y la prima de vacaciones.

2.2.7. Que mediante Resolución **No. 03077 del 27 de julio de 2012**, la secretaria de educación departamental del Tolima, aclaro el articulo primero de la resolución No 02927 del 13 de julio de 2012, en el sentido que la pensionada ostenta el carácter de Nacional y no de Nacionalizada

2.2.8. Que la accionante el 05 de octubre de 2016, solicito la reliquidación de su pensión por retiro del servicio, la cual fue reliquidada mediante el acto administrativo No 1578 del 21 de marzo de 2017, a partir del 10 de julio de 2016, teniendo en cuenta nuevamente solo los factores salariales de asignación básica y la prima de vacaciones

2.2.9. Que la accionante elevó reclamación administrativa ante la Secretaria De Educación Departamental Del Tolima, solicitando la reliquidación y reajuste de su pensión, conforme a la ley 33 de 1985 por remisión de la ley 91 de 1989, petición que fue resuelta a través de la Resolución **N°3860 del 30 de mayo de 2018**

2.2.10 Que la accionante presentó recurso de reposición frente a la resolución N°3860 del 30 de mayo de 2018, recurso que fue resuelto por la **Resolución No 4405 del 27 de junio de 2018**, negando dicha reclamación, es decir la reliquidación de la pensión de la accionante

2.3. <u>NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN</u>

La parte demandante anunció como normas violadas, las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 4,25,48 y 209
- Ley 33 de 1985
- Ley 91 de 1989
- Ley 32 de 1985
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 1045 de 1978

Al desarrollar el concepto de la violación, el apoderado del extremo activo afirma que el ente territorial realizó una indebida interpretación y aplicación de los postulados constitucionales y legales que debían gobernar la pensión de jubilación de la actora, ya que debía ser liquidada conforme a lo estipulado en la ley 33 de 1985, por remisión de la ley 91 de 1989 y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, es decir con el promedio de lo devengado en el ultimo año de servicios e incluyendo los factores salariales taxativamente señalados en el articulo 1 de la ley 62 de 1985

Que se exceptuaron de la aplicación de la ley 100 de 1993, algunos sectores que tenían normas especiales, entre los cuales se encuentra el Magisterio cuyas prestaciones se gobiernan por lo dispuesto de la Ley 91 de 1989

Que 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, que de lo anterior se tiene que lo docentes nacionales vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se le reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectuara de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes

Continua su narración citando la normatividad que quiere hacer valer, concluyendo que la accionante tiene derecho a que se le reliquide y/o actualice la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado e incluyendo todos los demás factores que percibió durante el último año de servicios, como lo fueron las horas extras, factor que se encuentra enlistado en el articulo 1 de la ley 62 de 1985

Corolario de lo anterior, relaciona diferente jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y el Honorable Tribunal del Tolima, que trata del tema del sub-lite.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de octubre de 2019[1], correspondiendo por reparto a este Despacho Judicial, en donde finalmente se admitió por auto del 06 de diciembre de 2019[2]; surtida la notificación a las entidades demandadas **NACION – MINSITERIO DE EDUCACION FONDO NACIONAL DE RPESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - SECRETARIA ADMINISTRATIVA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES**", se tiene que estas, emitieron pronunciamiento

3.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - NACION – MINSITERIO DE EDUCACION FONDO NACIONAL DE RPESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO [3]

La apoderada judicial indica que se opone al restablecimiento del derecho, a que se reajuste la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado, así como al reintegro y suspensión de los descuentos efectuados por aportes en salud, al pago de intereses moratorios e indexación, cumplimiento de fallo y costas y agencias en derecho, como quiera que estas pretensiones son consecuencia de las anteriores, luego al no proceder el reconocimiento de las pretensiones declarativas, tampoco habrá a lo solicitado en las pretensiones condenatorias.

Por último, la apoderada judicial de la Entidad demandada propuso las siguientes excepciones

[1] Folio 2 del archivo "001CuadernnoPrincipal" de la carpeta con el mismo nombre del expediente digital.
[2] Folio 92 - 97 del archivo '001CuadernnoPrincipal" de la carpeta con el mismo nombre del expediente digital.
[3] Visto en el archivo denominado "005ContestacionDemandaMineducacion" de la carpeta "001CuadernoPincipal" del expediente digital.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Se propone la falta de legitimación en la causa como medio exceptivo, atendiendo a que la Fiduciaria la Previsora S.A., es una entidad de economía mixta que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y este a su vez es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades reconozcan a su planta de personal docente, en tanto que la Previsora es una simple administradora de recursos que no está llamada a ser legitimada en la causa por pasiva en el presente evento, además porque no está avalada para consentir actos administrativos.

EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

Que el acto administrativo acusado no viola las disposiciones invocadas por la parte actora, antes bien está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse tanto legales como jurisprudenciales, pues es aquí donde debe recordarse que la regla general del ordenamiento jurídico colombiano para todas las pensiones es el descuento del 12% para cotizaciones en salud, y qué además ha sido esta la posición jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado en diversos pronunciamientos, en alusión a ello, en lo que respecta al régimen pensional docente, en especial a las cotizaciones en salud, tanto para los pensionados por el FOMAG (pensión ordinaria), como para los pensionados por la UGPP (pensión gracia)

EXCEPCIÓN DE INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO.

Que, no encuentra sustento jurídico en las pretensiones si se tiene en cuenta que para “la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”, ya que el legislador “enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base”, tal y como lo ha venido reiterando la jurisprudencia de Unificación del Consejo de Estado

EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO

El artículo 3º de la ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señaló que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas “sobre los que hayan servido de base para calcular los aportes”, para tal efecto enlistó los factores que debían ser incluidos al momento de fijar el monto para liquidar la pensión de jubilación entre los que se encuentra: “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 el presente caso, los factores salariales que alega la parte demandante no se encuentran previstos en el artículo 3 de la ley 33 de 1985, por lo que la entidad al reconocer el derecho pensional se ajustó a derecho, sin que sea procedente el cobro de la misma para incluirla en una reliquidación pensional.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Que es la naturaleza propia de los actos o hechos alrededor de los cuales versa la controversia jurídica, la que recomienda la fijación de un plazo más o menos largo para controvertir la conducta oficial, en desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas (artículo 150 C. P.), el legislador goza de libertad para configurar los procedimientos a través de los cuales se protegen los derechos ciudadanos

y la integridad del ordenamiento jurídico. Resulta pertinente, entonces, que, como consecuencia de esta facultad, se puedan fijar límites en el tiempo para alegar el reconocimiento de garantías o impugnar la juridicidad de ciertos actos. Resulta necesario dotar de firmeza a las determinaciones.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Que sin que implique reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la demandante, que esta excepción correspondiente a cualquier derecho que se hubiere causado en favor del mismo y que de acuerdo con las normas quedará cobijado por el fenómeno de la prescripción, indicando que la misma consiste en la formalización de una situación de hecho por el paso del tiempo, lo que produce la adquisición o la extinción de una obligación. Esto quiere decir que el derecho a desarrollar una determinada acción puede extinguirse cuando pasa una cierta cantidad de tiempo y se produce la prescripción

EXCEPCIÓN DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obligo a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

En tal sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, afirmo que los principios de sostenibilidad financiera, y sostenibilidad fiscal tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determinó que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

EXCEPCIÓN DE BUENA FE

Que tal como se especificó en la resolución mediante la cual se reconoció la prestación, esta se expidió a favor del demandante. De igual manera actúa de buena fe la entidad, cuando es respetuoso de la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento Constitucional y Procedimental, aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando el patrimonio público

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA[4]

El apoderado judicial del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA señala que las pretensiones planteadas por el accionante carecen de fundamento de hecho y de derecho, que permitan reconocer la inclusión de factores salariales en la pensión de jubilación de la accionante

Que el Departamento del Tolima, si bien, interviene en el proceso de elaboración del acto administrativo complejo de las solicitudes que se realicen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, existe una mínima injerencia del ente territorial, en la toma de la decisión sobre las prestaciones sociales del

[4] Visto en el archivo denominado "014ContestacionDemandaDepartamentoTolima" de la carpeta "001CuadernoPincipal" del expediente digital.

personal docente, pues, es cierto que el secretario de educación es el encargado de elaborar el proyecto de la decisión, en realidad no es la administración la que decide, crea, modifica o extingue la situación jurídica del docente, por cuanto el proyecto se encuentra sujeto a la aprobación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales; de ello se concluye que en realidad quien expresa su voluntad en el acto administrativo es el mismo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales siendo este el responsable ante la presunta ilegalidad del acto.

Por último, la apoderada judicial de la entidad territorial demandada propuso las siguientes excepciones:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

El Departamento del Tolima está librado de toda responsabilidad que se le pueda mal endilgar en el reconocimiento pensional de personal adscrito al magisterio, pues como es bien sabido la Secretaria de Educación y Cultura actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación en la elaboración del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones sociales. Pero esta no es la entidad que tiene la facultad dispositiva de manifestación de su voluntad en dicho reconocimiento, toda vez que quien tiene esta facultad es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio entidad que posee la liberalidad de aprobar, modificar, improbar o rechazar dicho proyecto de acto administrativo.

AUSENCIA DE CULPA DEL DEPARTAMENTO

Que la ausencia de responsabilidad del Departamento del Tolima en el pago de pensiones al personal adscrito al magisterio, como es el caso de la señora Nancy Orosia Castillo Gracia. Toda vez que la entidad territorial actúa simplemente a través de funciones delegadas en la elaboración del proyecto de acto administrativo que estará sujeto a la decisión final del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Por lo que este último es en realidad quien suscribe el acto administrativo hoy demandado.

Así es de señalar que lo aquí deprecado corresponde a la inclusión de los factores salariales de horas extras en el ingreso base de liquidación del monto pensional, pago que no corresponde realizar al Departamento, ni tiene injerencia alguna en su consignación. La secretaria de Educación Departamental solamente tiene a su cargo la elaboración del proyecto, el cual fue diligentemente elaborado y después remitido al FOMAG, con apego estricto a la ley, para lo de su competencia, es decir, su aprobación y correspondiente pago.

IMPROCEDENCIA DE LA RE-LIQUIDACIÓN SOLICITADA SEGÚN SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

Que, si se llegare a aceptar la procedencia de la reliquidación pensional en los términos solicitados, la misma no tendría vocación de cambio en la mesada pensional, toda vez que, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Sentencia del 28 de agosto de 2018, Radicado 2012-043, nuestra corporación de cierre a través de Sentencia de Unificación, la sala de lo contencioso administrativo, rectifico la postura asumida en la sentencia del 4 de agosto de 2010 y en su lugar adopto en todos sus efectos la línea jurisprudencial sostenida por la Corte Constitucional, en lo más importante que en aras de garantizar la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe mantener entre lo aportado, lo que el sistema retorna al afiliado y el aseguramiento de la viabilidad financiera del sistema, el ingreso base de liquidación (IBL) para las pensiones públicas únicamente será conformado por lo

efectivamente cotizado al sistema por el afiliado y no el depuesto criterio de lo comprendido por el concepto de salario.

PRESCRIPCIÓN

Que en el hipotético caso de que se acceda a las pretensiones del demandante, se declare la prescripción de los valores y/o mesadas reclamadas con tres años de anterioridad a la fecha de la radicación de la solicitud.

Surtido el traslado de la constelación de demanda, se tiene que la parte demandante emitió pronunciamiento frente a lo medios exceptivos propuestos, por la parte demandada

Que, mediante auto del once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022)[5], se declara precluido el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión, término dentro del cual ambas partes emitieron pronunciamiento[6]

3.2.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.2.1. PARTE DEMANDANTE[7]

Dentro de su escrito conclusivo, el apoderado de la parte demandante, manifiesta que, conforme a la jurisprudencia unificadora del Honorable Consejo de Estado, la pensión mensual vitalicia de jubilación debía ser liquidada conforme lo estipulado en la Ley 33 de 1985, el Artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, es decir, con el promedio de lo devengado en el último año de servicios e incluyéndose el factor salarial denominado "horas extras" sobre el cual se realizaron los respectivos aportes al Sistema de Pensiones y se encuentra enlistado de manera taxativa en la Ley 62 de 1985, conforme con el criterio establecido por el Consejo de Estado.

Finalmente, se hace necesario precisar que, aunque la Pensión Vitalicia de Jubilación reconocida a la demandante tuvo para efectos de su reconocimiento los factores denominados "asignación básica" y "prima de vacaciones", y este último no está expresamente enlistado en el Artículo 1 de la Ley 62 de 1985, el acto administrativo demandado conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión está dirigida a que se incluyan factores adicionales a los reconocidos por la entidad, así mismo, el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

3.2.2. PARTE DEMANDADA - DEPARTAMENTO DEL TOLIMA[8]

Dentro de su escrito conclusivo, el apoderado de la parte pasiva, indica que la resolución demandada, por medio del cual se reconoce y paga la pensión de jubilación a la demandante, se trata de aquellos denominados como actos administrativos complejos los cuales tienen un trámite especial el cual requiere y establece la elaboración de un proyecto de acto administrativo a cargo de la secretaria de educación respectiva al lugar donde se encuentre suscrito el maestro, proyecto que es enviado al

[5] Visto en el archivo denominado "033AutoPrecluyePruebasCorreTrasladoAlegatos" de la carpeta "001CuadernoPincipal" del expediente digital.
[6] Visto en la constancia secretarial del archivo denominado "043VencimientoTrasladoAlegacionesPasaDespachoSentencia" de la carpeta "001CuadernnoPrincipal" de la del expediente digital.
[7] Visto en el archivo denominado "034EscritoAlegacionesParteDemandante" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.
[8] Visto en el archivo denominado "037EscritoAlegacionesDepartamentoTolima" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio para su aprobación, contando con las facultades de modificarlo, corregirlo, o hasta cambiar su sentido. La revisión del proyecto del acto administrativo es presupuesto para su emisión.

PARTE DEMANDADA - LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG[9]

Que los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión de la demandante, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el cual dispuso que las pensiones de los empleados oficiales deben ser liquidadas sobre los mismos que hubiesen servido de base para calcular los aportes, y enlisto en su artículo 3º, modificado por la Ley 62 de 1985, los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes, dentro de las que se encuentran: Asignación Básica, Gastos De Representación; Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación; Dominicales y feriados; Horas Extras; Bonificación Por Servidos Prestados; Y Trabajo Suplementario o Realizado en Jornada Nocturna o en Jornada de Descanso Obligatorio. Y que las pensiones siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Que en jurisprudencia emanada del órgano de cierre en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se trata, respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, se debe precisar que si bien se venía aplicando la tesis expuesta en Sentencia de Unificación de fecha 04 de agosto de 2010, con ponencia del Consejero Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, plasmada en el expediente número 150012331000200502159, criterio según el cual los factores salariales contenidos en las leyes 33 y62 de 1985 no son taxativos sino meramente enunciativos, lo cierto es que la Sala Plena del Consejo de Estado, en reciente Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, con expediente número 68001233300020150056 9-01 del 25 de abril de 2019, consejero ponente Cesar Palomino Cortés, dejó claro frete al tema de unificación, que para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones es el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, en el sentido que solo se incluyen aquellos sobre los que se haya realizado el aporte o cotización

Que el solo tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se han efectuado aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo el derecho irrenunciable a la pensión de todos aquellos que habitan el territorio nacional, cuya asegurabilidad le corresponde al estado en observancia a los principios constitucionales de universalidad y eficacia. Finalmente, el órgano de cierre concluye, que con esta nueva interpretación a. Se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; b. Se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y c. Se asegura la viabilidad del sistema.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes:

[9] Visto en el archivo denominado "041EscritoAlegacionesMineducacion" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

IV.- C O N S I D E R A C I O N E S

Sin manifestaciones que efectuar respecto a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia analizados en el auto admisorio de la demanda, se procede a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si a la señora Nancy Orosia Castillo Gracia, le asiste derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada, incluyendo en su ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados por ella durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio y, por consiguiente, establecer si es o no ilegal el acto administrativo demandado.

4.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURIDICO

- Ley 6ª de 1945
- Decreto Ley 3135 de 1968
- Ley 33 de 1985
- Ley 62 de 1985
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, de veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 68001233300020150056 9-01 N.° Interno: 0935-2017

FUNDAMENTO A LA TESIS DEL DESPACHO

4.2.1. LEY 6ª DE 1945

En materia pensional estableció dicha prestación para los servidores públicos nacionales, extendiéndose posteriormente, en aplicación de otros mandatos, a los servidores públicos del orden territorial. Esta ley dejó de aplicarse para los empleados nacionales con la expedición del Decreto Ley 3135 de 1968 que reguló la materia para ese grupo, mientras que los empleados territoriales dejaron de estar sometidos a esta ley con la expedición de la Ley 33 de 1985. En el interregno, el legislador promulgó algunos regímenes especiales en materia pensional y también dictó algunas normas relevantes sobre el mismo asunto, aplicables para determinadas actividades

DECRETO LEY 3135 DE 1968

Señaló, para el ámbito nacional, que el empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendría derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio,** con excepción de aquellas personas que se desempeñen en actividades expresamente determinadas por ley.

Igualmente estableció, que a los empleados que, a la fecha del Decreto, hubiesen cumplido dieciocho años continuos o discontinuos de servicios, en cuanto a la edad de jubilación, se les seguiría aplicando las disposiciones anteriores.

Respecto a quienes se hallaren retirados del servicio, con veinte (20) años de labor continua o discontinua, tendrían derecho cuando cumplieran los 50 años de edad, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Decreto No. 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, estableció que la cuantía de la pensión, sería el equivalente al **setenta y cinco (75%) por ciento del promedio de los salarios y primas de toda especie** devengados durante el último año de servicios.

Decreto Ley 1045 de 1978, en su artículo 45**,** modificó el anterior decreto al señalar expresamente los factores salariales que se tendrían en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así:

a. La asignación básica mensual,
b. Los gastos de representación y la prima técnica.
c. Los dominicales y feriados,
d. Las horas extras,
e. Los auxilios de alimentación y transporte,
f. La prima de navidad
g. La bonificación por servicios prestados,
h. La prima de servicios,
i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio,
j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978,
k. La prima de vacaciones,
l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio,
m. Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

De esa manera, la pensión de jubilación consagrada en el Decreto Ley 3135 de 1968 se continuó reconociendo, pero ya no sobre los salarios y primas de toda especie como lo indicaba el Decreto 1848 de 1969, sino sobre los factores explícitamente relacionados en el artículo 45 de este Decreto Ley.

LEY 33 DE 1985

Esta norma que sirvió de preámbulo al régimen pensional de carácter general, señaló en su artículo primero, que 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 haya servido de base para los aportes durante el último año de servicio.**

Del contenido del artículo 1º de esta ley, se deduce que la misma le es aplicable al sector público sin distinción, es decir, a los empleados oficiales de todos los niveles (nacional y territorial), exceptuando de su aplicación a los siguientes servidores:

a) Los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la **excepción que la ley haya determinado expresamente y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones;**

b) Los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de esa ley hubiesen 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 esa ley,** siempre y cuando dichas disposiciones hubiesen sido expedidas conforme a la Constitución.

c) Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, **estuviesen retirados del servicio a la entrada en vigencia de esa Ley**, tendrían derecho, cuando cumplieran 50 años de edad, en el caso de las mujeres, o 55 años, en el caso de los varones, a una pensión de jubilación que se reconocería y pagaría de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro;

d) Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de la ley **hubiesen cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación**, quienes continuarían sometidos a las normas anteriores a la misma.

A su vez, en su artículo 3º señala que todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión **deben pagar los aportes** que prevean las normas de dicha caja.

La **Ley 62 de 1985,** modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, señalando en forma explícita los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados del orden nacional, así:

a) asignación básica;
b) gastos de representación;
c) primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;
d) dominicales y feriados;
e) horas extras;
f) bonificación por servicios prestados; y
g) trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

De manera expresa señaló dicha modificación 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***.

Cabe señalar que esta previsión legal se incluyó en los mismos términos como una disposición de carácter constitucional a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de nuestra Carta Magna.

Por último, si bien es cierto que el régimen de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de lo señalado en el inciso segundo de su artículo 279, también lo es que, conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma *-27 de junio de 2003-,* les resulta aplicable el régimen de prima media con prestación definida contenido en el Sistema General de Pensiones.

En efecto, respecto del régimen prestacional de los docentes, la ley 812 de 2003, mediante la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, dispuso en su artículo 81:

> ***ARTICULO 81. REGIMEN 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…".*

Como conclusiones generales del anterior análisis normativo, respecto del régimen pensional aplicable a los docentes públicos, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y que ingresaron al servicio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, como es el caso de la demandante, se tiene:

a) Su pensión no se rige por la Ley 100 de 1993, por encontrarse los docentes públicos excluidos expresamente de su aplicación en los términos del artículo 279 de la mencionada Ley.

b) En consecuencia, los docentes tampoco son beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ende, su régimen pensional no sufrió cambio alguno con la entrada en vigencia de la mencionada Ley 100 de 1993.

c) Por tales razones, tampoco les resulta aplicable la Sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado con fecha 4 de Agosto de 2010, ni puede ser sustentada con su texto una decisión sobre una pensión de docente, de una parte, porque dicho pronunciamiento hizo referencia a los principios de favorabilidad, progresividad y no regresividad de la legislación laboral, respecto de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a quienes se les modificó su régimen pensional a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley y, de otra parte, porque a la fecha, las conclusiones de esa jurisprudencia no cuentan con el respaldo del Consejo de Estado pues mediante Sentencia de Sala Plena del 28 de agosto del presente año, adoptó una posición jurisprudencial totalmente contraria a las de la sentencia en mención.

d) En consecuencia, la pensión de los docentes beneficiarios del régimen general de los servidores públicos es el previsto en la Ley 33 de 1985, que supone la determinación del Ingreso Básico de liquidación con base en los factores explícitamente establecidos en la Ley 62 de 1985, que hayan sido devengados por el pensionado durante el último año de prestación de servicios, siempre y cuando se hayan efectuado sobre ellos los aportes correspondientes, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 48 de nuestra Constitución Nacional, conforme fue modificado por el Acto Legislativo No 01 de 2005.

Los anteriores argumentos fueron recogidos por la **Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien en providencia de 25 de abril de 2019**[10], en la que concluyó que no es posible tener en cuenta al momento de reconocer la pensión del personal docente, la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, lo cual sustentó en los siguientes términos:

> 62. *La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:*
>
> - ***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 los factores 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.***
>
> 63. *Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.*
>
> 64. *De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*
>
> 65. *La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. (…)*
>
> *67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:*
>
> ✓ *Edad: 55 años*
>
> ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
>
> ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
>
> ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de* ***servicio docente*** *y ii) los* ***factores*** *que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son:* ***asignación básica, gastos de representación;***

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, de veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 68001233300020150056 9-01 N.° Interno: 0935-2017 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Abadía Reynel Toloza Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fomag -

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.

Frente al carácter vinculante de la anterior decisión, la misma Sección Segunda fue clara en determinar lo siguiente:

Efectos de la presente decisión

1. *Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio"**.*

2. *En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.*

3. *Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia. (…)"*

4.3. HECHOS PROBADOS RELEVANTES PARA RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

4.3.1. Que la señora **NANCI OROSIA CASTILLO GRACIA** nació, el 09 de junio de 1951.[11]

4.3.2 Resolución No. 02927 del 13 de julio de 2012, por medio de la cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA – FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, le reconoció a la señora **NANCI OROSIA CASTILLO GRACIA,** pensión de Jubilación tomo como factores salariales para su liquidación el **sueldo y prima de vacaciones**.[12]

4.3.3. Resolución No. 1578 del 21 de marzo de 2017, mediante la cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, reliquidó la pensión de Jubilación de la señora **NANCI OROSIA CASTILLO GRACIA** por retiro definitivo del servicio conforme a la solicitud presentada por la accionante, acto administrativo que en su liquidación tomo como factor salarial, el sueldo y prima de vacaciones.[13]

---

[11] Visto a folio 15 del archivo denominado "ANTECEDENTESNANCYOROSIACASTILLO" ubicado en la subcarpeta "001AntecedentesAdministrativos" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital

[12] Visto a folios 27 - 29 del archivo denominado "ANTECEDENTESNANCYOROSIACASTILLO" ubicado en la subcarpeta "001AntecedentesAdministrativos" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital

[13] Visto a folios 04 - 06 del archivo denominado "ANTECEDENTESNANCYOROSIACASTILLO" ubicado en la subcarpeta "001AntecedentesAdministrativos" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital.

4.3.4. Resolución No. 4405 del 27 de junio de 2018, por medio de la cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA – FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, resuelve un Derecho de petición de reliquidación pensional[14]. Disipando de forma negativa la petición de la accionada

4.3.5. Resolución No. 3860 del 30 de mayo del 2018, por medio de la cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, niega una solicitud de revisión de pensión de jubilación y re liquidación[15]

4.3.5. Certificado del salario percibido por la señora por la señora **NANCI OROSIA CASTILLO GRACIA** expedido por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA, de fecha del 08 de septiembre de 2021, en el que se evidencia los factores salariales, del último año de servicio fueron sueldo básico, prima de vacaciones, horas extras y bonificación mensual de docente[16]

4.4. <u>DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO:</u>

Reseñados los hechos que se encuentran probados en el plenario, se procederá a analizarlos con el fin de determinar si la señora **NANCI OROSIA CASTILLO GRACIA** tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación adquirida mediante la **Resolución 02927 del 13 de julio de 2012,** expedida por el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (v.num.4.3.2), reliquidada a través de la **Resolución No. 1578 del 21 de marzo de 2017**,(v.num.4.3.3), tomando para ello no sólo la última asignación básica devengada y prima de vacaciones, sino todos los haberes devengados durante el último año de servicios.

En primer lugar, es necesario establecer que mirarse a la luz de lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y con las previsiones constitucionales del Acto Legislativo 01 de 2005 y de conformidad con lo señalado en la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado con fecha 25 de abril de 2019

Revisado el material probatorio del expediente se concluye que al haberse vinculado al servicio la demandante con anterioridad al año 2003, en materia pensional le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, pues si bien es cierto, la referida ley 33 de 1985 estableció un régimen de transición, este no es aplicable a la demandante, por cuanto **nació el 09 de junio de 1951** e ingresó al servicio de la educación el **06 de septiembre de 1991**[17]

Teniendo en cuenta lo anterior, existe claridad que al aplicársele a la demandante la ley 33 de 1985 para efectos del reconocimiento de su pensión de vejez, **<u>los factores sobre los cuales debe reconocerse la misma, por mandato legal, son los establecidos en el artículo 1 de la ley 62 de 1985.</u>**

Ahora bien, en la Resolución que reconoció la pensión de jubilación a la demandante, se señaló que los factores que se tuvieron en cuenta para efectuar su liquidación fueron: la **asignación básica y prima de vacaciones.**

---

[14] Visto a folios 30 - 33 del archivo denominado "ANTECEDENTESNANCYOROSIACASTILLO" ubicado en la subcarpeta "001AntecedentesAdministrativos" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital.
[15] Visto a folios 34 - 37 del archivo denominado "ANTECEDENTESNANCYOROSIACASTILLO" ubicado en la subcarpeta "001AntecedentesAdministrativos" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital.
[16] Visto en los folios 8-10 del archivo denominado "005RespuestaRequerimientoDepartamentoTolima" ubicado en la subcarpeta "001AntecedentesAdministrativos" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital.
[17] Visto en el archivo denominado "TIEMPO DE SERVICIO NANCY OROSIA CASTILLO" ubicado en la subcarpeta "001AntecedentesAdministrativos" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital.

Con posterioridad la demandante solicitó ante el **DEPARTAMETNO DEL TOLIMA – SECRETARIA DE EDUCACION**, la reliquidación y pago de la pensión de jubilación con la inclusión como factores de liquidación, además de la asignación básica y prima de vacaciones, los demás factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional. La cual no fue resuelta de manera negativa por la demandada.

De acuerdo con las consideraciones generales ya planteadas y su aplicación al caso concreto, debieron tenérsele en cuenta los siguientes factores salariales**: 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.**

Observando el certificado de salarios del año anterior al reconocimiento pensional,(v.num.4.3.5), se tiene que, además de la **asignación básica,** bonificación mensual de docente**, horas extras,** prima de navidad y prima de servicios, en ese periodo, las cuales la asignación básica y horas extras se encuentran relacionadas en la ley 62 de 1985 como factores a tener en cuenta dentro de la liquidación para el pago de pensión de jubilación ordinaria, razón por la cual resulta procedente su inclusión para tal propósito.

En ese orden de ideas, y conforme a la normatividad aplicable al presente asunto, y dando estricta aplicación al mandato constitucional establecido en el acto legislativo 01 de 2005, esta dependencia judicial considera que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada **reliquide** y pague su pensión de jubilación ajustado la misma al ordenamiento jurídico, incluyendo como factor pensional solo la **asignación básica y las horas extras**, devengados durante el último año de servicio, entendiendo que el factor salarial correspondiente a la prima de vacaciones el cual le fue reconocido, no está enlistado **en el artículo 1 de la ley 62 de 1985**, como factor a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de los docentes, y mal podría este administrador de justicia, ordenar la revisión y reliquidación de la pensión de la accionante conservando para el efecto un factor tenido en cuenta que legalmente no está constituido para liquidar la pensión de jubilación regida por la ley 33 de 1985, pues ello estaría en contravía del mandato superior establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia que sostiene que *para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones;* y de igual manera, seria desconocer los efectos vinculantes de lla **Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 25 de abril de 2019.**

No obstante lo anterior, si el monto de la pensión de la demandante reliquidada en los términos acá expuestos, resulta ser inferior a la que viene devengando la demandante, se debe mantener en firme el monto pensional que viene disfrutando la actora, atendiendo al principio de favorabilidad en materia laboral establecido en nuestra carta magna.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Es menester señalar que la parte demandada DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES propuso la excepción que denominó "PRESCRIPCIÓN" para que, en el evento de prosperar las pretensiones del demandante, se tuvieran en cuenta los derechos económicos a partir de los últimos tres años.

Para el efecto, se tiene que el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, consagra un término de prescripción de tres años, contados desde que la

respectiva obligación se haya hecho exigible, el cual se interrumpe por una sola vez y por un lapso igual, por el simple reclamo escrito del empleado o trabajador a la autoridad competente.

En ese orden de ideas, se tiene que la pensión de Jubilación del demandante le fue concedida mediante la Resolución **No 02927 del 13 de julio de 2012** , y que la parte actora **presentó reclamación administrativa el dos (02) de marzo de 2018**[18] presentándose la demanda el veintiocho (28) de octubre de 2019, razón por la cual es menester declarar probada la excepción de prescripción, pero sólo respecto del pago de las diferencias causadas con anterioridad al 02 de marzo de 2015, tres años anteriores a la reclamación administrativa. .

4.4. DE LA CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, que en su artículo 365 dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y, como quiera que la parte demandada ha resultado como parte vencida, sería del caso aplicar este criterio; sin embargo, teniendo en cuenta que el tema pensional de los docentes, es un asunto que no ha sido pacífico en la jurisdicción, se abstendrá esta dependencia judicial de la imposición de costas a la parte demandada.

V.- DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, el Juez Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **DECLARAR** probada la excepción denominada "*PRESCRIPCIÓN"*, propuesta por la parte demandada, conforme a lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: **DECLARAR** no probadas las demás excepciones propuestas por las entidades demandadas, de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: **DECLARAR** la nulidad de los actos administrativo **Resolución No 4405 del veintisiete (27) de junio de 2018, y Resolución No 3860 del treinta (30) de mayo de 2018**, mediante las cuales se negó a la demandante la reliquidación de su pensión de Jubilación.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, CONDÉNESE al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES** a: i) **Reliquidar** la pensión de Jubilación de la señora **NANCY OROSIA CASTILLO GRACIA**, otorgada mediante la **Resolución No 02927 del 13 de julio de 2012**, posteriormente reliquidada mediante la **Resolución No 1578 del 21 de marzo de 2017**, incluyendo como factor pensional la **ASIGNACIÓN BÁSICA Y LAS HORAS EXTRAS**, devengados durante el último año de servicio, pero advirtiendo que, si el nuevo monto pensional que resulte de la reliquidación ordenada

[18] Visto en los folios 38 – 41 del archivo denominado "ANTECEDENTESNANCYOROSIACASTILLO" de la subcarpeta "001AntecedentesAdministrativos" de la carpeta "002CuadernoPruebasOficio" del expediente digital

resulta ser inferior a la ya reconocía, esta última se mantendrá en firme, conforme lo anotado en la parte motiva de esta sentencia.

Conforme a lo anterior, si la nueva reliquidación es superior a la ya reconocida, se deberá, ii) **Reajustar** la pensión de la señora **NANCY OROSIA CASTILLO GRACIA**, a partir de la fecha de su reconocimiento y en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho, iii) **Pagar** las diferencias generadas con ocasión de la anterior liquidación y reajuste, a partir del 02 de marzo de 2015, atendiendo la prescripción, conforme a lo ya expuesto en la presente sentencia.

SEXTO: sin costas

SEEPTIMO: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa Siglo XXI y, una vez en firme, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR GIOVANNY POLANIA LOZANO
JUEZ

Firmado Por:
Oscar Giovanny Polania Lozano
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fe6c2323cf4a8e74a47c01cb104aef26c4687686da56da3cad83699c9ac2ef0a**
Documento generado en 28/04/2023 03:52:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica