



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veintiuno (21) de julio del dos mil veinte (2020)

Radicado: 73001-33-33-010-2018-00274-00
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARÍA AMANDA BERMÚDEZ PÉREZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.
Asunto: Reliquidación pensional
Sentencia: 00052

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187, del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **MARÍA AMANDA BERMÚDEZ PÉREZ** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.**

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. **5464** del **6 de junio del 2017** mediante la cual la Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la señora **María Amanda Bermúdez Pérez**, sin incluir la bonificación mensual y la prima de servicios como factores salariales devengados en el último año de servicios al de adquirir el status de pensionada.

1.2 Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima secretaría de educación y cultura, a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante con inclusión de la totalidad de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación mensual, la prima de servicios y todos los que se lleguen a demostrar en el presente proceso con efecto retroactivo desde el 16 de junio del 2016 hasta el 9 de junio del 2017 y a partir de esa fecha reliquidar la pensión por retiro definitivo.

1.3 Condenar a la accionada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor con motivo de la disminución del poder adquisitivo de las diferencias pensionales, tomando como base el índice de precios al consumidor, mes a mes.

1.4 Condenar a la accionada al pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se cumpla en su totalidad, acorde con la adición de la ley 446 de 1998 y la sentencia T – 418 de 1996

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que la señora **María Amanda Bermúdez Pérez** nació el 16 de septiembre de 1961 y labora como docente en la Institución educativa Luis Felipe Pinto del municipio de Prado Tolima y adquirió su status de pensionada el 16 de septiembre del 2016

2.2 Que a la accionante le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la resolución No. **5464 del 6 de septiembre del 2017** proferida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta como factor salarial el 75% del promedio del sueldo mensual, las horas extras, la prima de navidad y la prima de vacaciones devengados durante el último año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, acorde a la ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988 y artículo 180 Ley 115 de 1994, a partir del 17 de septiembre del 2016.

Que a la accionante en la liquidación de la pensión no se le tuvo en cuenta la bonificación mensual y la prima de servicios devengadas en el último año de servicios al de adquirir el status de pensionada.

2.3 Que la accionante tienen derecho a que se reajuste y reliquiden la pensión con inclusión de todos los factores salariales efectivos a partir de que adquirió su status de pensionada.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Dentro de la oportunidad legal para ello, el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la accionante, señalando que la prestación fue reconocida en debida forma siguiendo los lineamientos de la Ley 33 de 1985, la Ley 91 de 1989, la Ley 812 del 2003, el Decreto 3752 del 2003 y el Decreto 1158 de 1998, normas según las cuales no hay lugar al reconocimiento de los factores salariales que la actora reclama, pues las mismas establecen que sólo pueden incluirse los factores que sirvieron de base para efectuar los aportes a pensión y que a las Secretarías de Educación les corresponde por virtud de la Ley, el trámite de las prestaciones de los docentes porque el Ministerio de Educación perdió la facultad de nominador y por eso se sale de su competencia funcional las pretensiones de la demanda.

Manifestó, que la Corte constitucional en la sentencia de unificación SU-230 del 2015, indicó que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad (ii) tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo, pero que el ingreso base de liquidación no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen de transición, razón por la cual debía aplicarse lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

138

Finalmente señaló, que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad, como quiera que tanto el reconocimiento de la prestación como la negación de su reliquidación se efectuó por parte de la Secretaría de Educación y que no contiene la manifestación de voluntad del Ministerio de Educación Nacional.

Propuso las excepciones de: *"Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante, buena fe, prescripción y/o prescripción de diferencias de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de radicación de la demanda y/o reclamación administrativa e inexistencia de la vulneración de principios legales"*

3.2 Departamento del Tolima

El apoderado del Departamento del Tolima, dentro de la oportunidad legal contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte actora (fl 36-44) por considerar que carecen de fundamento de hecho y de derecho y no se le ha cercenado, desconocido ni vulnerado derecho alguno.

Que al momento de expedir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión se tuvo en cuenta lo dispuesto para su liquidación el 75% del promedio del sueldo salarial devengado en el último año incluyendo como factor salarial la prima de vacaciones, horas extras y la prima de navidad, sin violar en ningún momento los mandatos normativos invocados.

Que a la demandante se le liquidó la pensión conforme a las disposiciones legales respecto de los factores salariales establecidos, sin que resulte dable incluir nuevos factores los cuales no estén incluidos en la norma, por lo que la inclusión de nuevos factores no tiene fundamento alguno.

Teniendo en cuenta lo señalado a la demandante no le asiste derecho alguno para reclamar lo pretendido, toda vez que al momento de efectuarse el reconocimiento pensional en la liquidación le fueron tenidos en cuenta los preceptos normativos y los factores salariales establecidos por la ley y sobre los cuales de acuerdo con la Ley se debe realizar aportes al sistema de seguridad social y por lo tanto debe ser despachada desfavorablemente las pretensiones.

Propuso las excepciones de: "Falta de presupuestos sustanciales previstos en la Ley para invocar la reliquidación de la pensión, imposibilidad del Departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas, inexistencia del derecho pretendido, legalidad y firmeza del acto administrativo, cobro de lo debido y Prescripción de diferencias o descuentos de las mesadas"

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Parte demandante

El apoderado judicial manifestó que de acuerdo con los hechos y las pretensiones de la demanda se observa que al momento de reconocimiento de la pensión a la accionante, hubo factores salariales que no se tuvieron en cuenta, los cuales se encuentran identificados en la demanda y considera que es necesario y pertinente que el juzgado

ordene la inclusión de los mismos para llegar a una liquidación justa de la pensión ya otorgada a la demandante

4.2 Parte demandada

4.2.1 Departamento del Tolima

El día 3 de abril del 2019 en desarrollo de la audiencia inicial el despacho declaró de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Tolima y como consecuencia, separó a la entidad territorial del trámite y de los resultados del presente proceso.

4.2.2 Nación- Ministerio de Educación- Fomag

A su turno la apoderada como alegaciones finales expresó que al momento de tomar una decisión se tenga en cuenta la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018 del Consejo de Estado que modificó la posición expuesta en la sentencia del 2010 en la cual se fijaron unas reglas y subreglas para los servidores públicos que se pensionen de acuerdo con la ley 33 de 1985, aplicable a todos los servidores y también se pronunció sobre el criterio interpretativo en el 2010 porque traspasaba la voluntad del legislador enlistó los factores que forman parte del ingreso de liquidación a los que se deben limitarse, y tiene fundamento en garantizar que lo recibido por el trabajador corresponda con lo realmente cotizado al fondo de pensiones, por razones de orden constitucional.

Respecto al carácter enunciativo de los factores salariales, solicita que al tomar una decisión se tengan en cuenta aquellos factores salariales sobre los que efectivamente se hayan realizado aportes al sistema de seguridad social y se encuentren debidamente probados dentro del acervo probatorio.

4.3 Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio en su concepto expresó que teniendo como soporte jurisprudencial lo dicho por las altas cortes en sentencia SU 230 del 2015, SU 395 del 2017 y la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018 este agente del Ministerio público considera que no le asiste derecho a la accionante para que se le reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y por ende el acto atacado está ajustado al ordenamiento jurídico vigente.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. TESIS DE LAS PARTES

5.1 Tesis de la parte accionante

Considera que es procedente la reliquidación de su mesada pensional, en razón a que existe violación al principio de legalidad por la no aplicación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que establece que para los docentes vinculados a partir de 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados y los que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se reconocerá una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y la violación del

39

artículo 53 de la constitución sobre la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda o interpretación de las fuentes formales del derecho

5.2 Tesis de la parte accionada.

Argumenta que de acuerdo con la Ley 33 de 1985, la pensión de jubilación se reconocerá en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, sin que pueda tomarse en cuenta factores adicionales sobre los que no se hayan efectuado aportes a pensión acorde con el pronunciamiento del consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto del 2018 que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensión son aquellos mismos sobre los que efectivamente se hayan realizado aportes al sistema de seguridad social.

6. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿la accionante tiene derecho a que se le reliquide y pague su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a adquirir su status pensional, de conformidad con lo dispuesto en la ley 33 de 1985, por expresa disposición de las normas que rigen el régimen exceptuado de los docentes y lo señalado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 28 de agosto de 2018?

6.1 Tesis del despacho

Deberán accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda como quiera que en la liquidación de la prestación periódica no se incluyó como factor salarial la bonificación mensual devengada en el último año y sobre la cual la señora María Amanda Bermúdez Pérez realizó aportes al sistema de seguridad social en armonía con la con la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019¹ proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado en la que se determinó que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones son aquellos sobre los que efectivamente cotizó o realizó aportes al sistema general de pensiones, sin embargo, no se tendrá en cuenta la prima de servicios como factor salarial en la liquidación, en razón a que en el transcurso del litigio, la accionante no demostró que sobre los mismos hubiese hecho cotización alguna al sistema general de pensiones.

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice se declarará la nulidad del acto administrativo atacados por la accionante

7.1. Hechos jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que la señora María Amanda Bermúdez Pérez , nació el 16 de septiembre de 1961	Documental: Extraído de la Resolución No. 5464 del 6 de septiembre del 2017 (Fl. 11 - 12)

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 680012333000201500569-01 Ponencia César Palomino Cortés

2. Que ingresó a laborar al servicio de distintas entidades del Estado el 12 de septiembre de 1980	Documental: Extraído de la Resolución No. 5464 del 6 de septiembre del 2017 (fl. 11 - 12)
3. Que adquirió el status de pensionada el 16 de septiembre del 2016.	Documental: Extraído de la Resolución No. 5464 del 6 de septiembre del 2017 (fl. 11 - 12)
4. Que la entidad accionada reconoció la pensión de jubilación a la accionante, teniendo en cuenta como IBL el 75% del promedio del sueldo básico mensual, la prima de navidad, las horas extras y la prima de vacaciones, devengados durante el último año de servicio.	Documental. Copia de la Resolución No. 5464 del 6 de septiembre del 2017 (fl. 11 - 12)
5. Que el actor devengó en el último año de servicios asignación básica, prima de servicios, prima de vacaciones, horas extras y prima de navidad	Documental: Certificación de sueldos expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima (fl. 86 - 89)

8. DE LAS NORMAS RELATIVAS AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES AL PERSONAL DOCENTE

Procede el despacho a realizar el análisis normativo aplicable para el reconocimiento de las pensiones de los docentes y su reliquidación, con el fin de determinar si les es aplicable la Ley 100 de 1993.

El Decreto Ley No. 2277 de 1979 estatuto docente, comprende un régimen especial para los educadores, pese a ello dicha normativa no contiene la regulación del reconocimiento de las pensiones para dicho personal a cargo del Estado por lo que deberá acudir a las normas posteriores que desarrollaron el mencionado régimen especial.

La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sobre el tema que nos ocupa dispuso:

“Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin en el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

(....)

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 1º 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 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los

140

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.” (Resaltado fuera de texto)

Ulteriormente, la Ley 60 de 1993, preceptuó en su artículo 6:

(...)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”

A su vez, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

“Así mismo, se exceptúan 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...”

En cuanto al régimen especial de los educadores, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

La Ley 812 de 2003, en su artículo 81 sobre el régimen prestacional de los docentes oficiales señala:

“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. (Resalto fuera del texto)

Sobre el régimen aplicable a los docentes, el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en relación con el régimen pensional dispuso:

“Parágrafo transitorio 1°. 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”.

Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ninguna de las normas antes mencionadas consagró de manera específica un régimen especial para el reconocimiento de las pensiones de los docentes vinculados con anterioridad al año 2003, pues en efecto, las normas antes referenciadas señalan que el régimen pensional de dichos educadores es el establecido para los empleados públicos del orden nacional,

en esas condiciones, si el régimen de seguridad social general en materia de pensión de vejez no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, por lo que entrará a estudiar del despacho dicha normatividad con el fin de resolver el problema jurídico propuesto.

Debe decirse que, para este caso no son aplicables las sentencias C-258 DE 2013, SU-230 de 2015, y SU-395 de 2017 de la Honorable Corte Constitucional, en virtud a que en ellas se realizó un análisis de interpretación en relación con que debía entenderse por índice base de liquidación IBL, con fundamento en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual ante lo ya expuesto y al hacer un análisis conjunto del régimen especial al que se encuentran sometidos los docentes, es claro para el despacho que las sentencias antes mencionadas no son aplicables para el reconocimiento y reliquidación de las pensiones de los educadores, como quiera que los mismos no se encuentran sometidos al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, **pues la aplicación de la Ley 33 de 1985 no deviene de la norma transicional, sino única y exclusivamente de los mandatos señalados en la Ley 91 de 1989 y posteriores que regularon el régimen prestacional de los mismos, así como de la Ley 812 de 2003 debido a la fecha de vinculación al servicio del educador.**

Ahora bien, como lo señala el artículo 48 de la Constitución Política, “(...) *Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.*”

En igual sentido, la Ley 33 de 1985, norma que como ya se indicó es aplicable a los docentes, establece que:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo. 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”

De tal suerte que la Ley 33 de 1985, empezó a regir el **13 de febrero de 1985**, aplicable

a los empleados oficiales de todos los órdenes y exigiendo para el reconocimiento de pensión de jubilación haber servido 20 años continuos o discontinuos y tener 55 años de edad.

En relación con la aplicación del régimen general de pensiones de que trata la Ley 33 de 1985, se tienen 3 excepciones para su aplicación así:

- *“Los empleados oficiales que trabajen 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.*
- *Los empleados que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio.*
- *Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores”.*

En orden a lo expuesto anteriormente y en relación con los factores salariales que deben tenerse en cuenta se tiene que el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por artículo 1º de la Ley 62 de 1985 señalando:

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

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

*En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, **siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes**”.* (Negritas fuera de texto)

Conforme a lo señalado en las normas citadas y aun cuando la sentencia de unificación de Sala Plena del 28 de agosto de 2018, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, no sea expresamente aplicable al caso, este despacho considera que algunos argumentos de la misma, sirven para dilucidar cuales son los factores a tener en cuenta al momento de liquidación pensonal de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.

“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 pensonal, 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 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 pensonal y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.”

Esta misma posición se adopta en la sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019², al establecer

“De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

a. 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.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

Es por lo anterior que considera el despacho, que estos argumentos deben ser aplicados a todos y cada uno de los casos que tengan como fundamento de las pretensiones el reajuste o reliquidación de la pensión reconocida, sin importar el régimen especial al que pertenezca el empleado público, dejando entonces inmersos a los docentes en la teoría de que los factores que deben ser incluidos en el IBL, **son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado cotizaciones al sistema de pensiones**, en virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema.

9. CASO CONCRETO

Dentro del expediente se encuentra acreditado que la actora ingresó al servicio el **12 de septiembre de 1980**, que ostentaba la calidad de docente de vinculación nacionalizada situado fiscal, prestando sus servicios por más de 20 años y adquirió su status pensional el **16 de septiembre del 2016**, razón por la cual, su situación particular se regía por lo contemplado en el artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los **docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional**, es decir la Ley 33 de 1985.

Se entiende entonces, que el actor mantenía el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión, el **30 de noviembre del 2016** radicado **2016-PENS-397149**.

En materia de pensión de jubilación, a la accionante le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1º que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y 55 años de edad.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 680012333000201500569-01 Ponencia César Palomino Cortés

142

Con ocasión de lo anterior, y teniendo en cuenta que el demandante nació el **16 de septiembre de 1961** y prestó sus servicios a diferentes entidades públicas por más de 20 años y como último empleo, el de docente al servicio del Departamento del Tolima en la institución educativa Luis Felipe Pinto del Municipio de Prado Tolima, el despacho considera, que al momento de presentar la solicitud de reconocimiento pensional el **30 de noviembre del 2016**, contaba con 55 años de edad y más de 20 años de servicio, por lo que resulta evidente que cumplió a satisfacción con los requisitos previstos por el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de una pensión de jubilación.

En virtud de lo anterior, mediante Resolución No. **5464 del 6 de septiembre del 2017**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció pensión de jubilación, teniendo en cuenta como IBL el 75% del promedio del sueldo básico mensual, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones devengados durante el último año de servicios, a la fecha en que adquirió el status pensional

Como ya se indicó en la regla fijada en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, los factores que hacen parte de la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes, son a) asignación básica mensual, b) gastos de representación, c) prima técnica cuando sea factor de salario, d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario, e) remuneración por trabajo dominical o festivo, f) bonificación por servicios prestados y g) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

“51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **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.**”³

Ahora bien, según certificado expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, la demandante durante el año anterior a adquirir el status de pensionado (2015 - 2016), además de lo ya reconocido devengó bonificación mensual y la prima de servicios.

El despacho evidencia que en el reconocimiento pensional la entidad incluyó factores salariales en el IBL, como la prima de navidad y la prima de vacaciones, factores que no están incluidos en la ley 62 de 1985 como factores que sirven de base para calcular los aportes y consecuentemente la base de liquidación. No obstante, en razón a que no fue objeto de litigio, el control de legalidad del acto administrativo acusado no puede ser modificado en aquellos aspectos que no fueron objeto de demanda.

En este orden de ideas, y conforme a lo dispuesto en el artículo 48 constitucional y la Ley 33 de 1985, y como quiera que la actora no demostró que hubiese hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio sobre la mencionada prima de servicios, aunado a que este

³ SUJ-014 -CE-S2 -2019

factor no se encuentra enlistado para calcular la base de aportes y por tanto la base de liquidación de la pensión, por lo cual será negado la reliquidación y pago de la pensión incluyendo tal factor.

En cuanto a la inclusión de la bonificación mensual como factor salarial, se encuentra acreditado dentro del expediente conforme a los comprobantes de pago (nómina mensual) desde septiembre de 2015 hasta septiembre de 2016⁴ que sobre dicho factor a la accionante le efectuaron descuentos como aporte de empleado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este orden de ideas, y conforme al precedente jurisprudencial antes indicado y lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, deberá ordenarse la reliquidación de la pensión de la accionante teniendo en cuenta para ello todas aquellas sumas de dinero que de manera habitual y periódicamente haya recibido, como retribución por sus servicios durante el año anterior a adquirir el status de pensionada, o sea, del 15 de septiembre de 2015 al 16 de septiembre de 2016 y sobre los cuales se hayan servido de base para calcular los aportes, esto es incluyendo la bonificación mensual.

Así las cosas, se declarará la **nulidad** parcial del acto administrativo demandado y como consecuencia se ordenará la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora con la inclusión además de los factores ya reconocidos (sueldo básico, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones) y la **bonificación mensual docente**, quedando autorizada la entidad accionada para descontar el valor del porcentaje del aporte correspondiente, debidamente indexado, en caso de que no se hubiere efectuado la deducción legal.

10. Prescripción

De acuerdo con el Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicha normativa prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, no obstante, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación determinado, interrumpirá la prescripción por un lapso igual.

El derecho a la pensión no prescribe por ser un derecho fundamental, así como tampoco prescribe el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión, sin importar el tiempo que se haya demorado para solicitarla, sin embargo, si se pierden las mesadas pensionales con más de tres (3) años de antigüedad, las cuales estarían prescritas.

Revisado el expediente, se aprecia que el reconocimiento de la pensión de la señora Bermúdez Pérez se dio el **06 de septiembre de 2017** con la Resolución No **05464** efectiva a partir de la fecha de adquisición del status pensional el **16 de septiembre de 2016**, es decir que la accionante tenía hasta el **15 de septiembre de 2019**, para presentar el reclamo de la reliquidación de pensión ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para interrumpir la **prescripción** y la presentación de la demanda se efectuó el **20 de junio de 2018** según acta de reporte (fl. 1), es decir, que entre la fecha de reconocimiento de la pensión y la presentación de la reclamación de

⁴ Fl 13 a 22 cuaderno principal

reliquidación de la misma no han transcurrido **más de los 3 años** que señala la norma para el cómputo del término de prescripción de las mesadas pensionales, y en ese orden de ideas, no hay prescripción de la reliquidación de las mesadas pensionales, respecto de la inclusión de la bonificación mensual docente.

11. RECAPITULACIÓN

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda atendiendo lo dispuesto en el art. 48 Constitucional y teniendo como base para ello lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, que regula el régimen de pensiones de los docentes que remite a la Ley 33 de 1985, y regula el régimen de pensiones de los docentes, ordenando la inclusión de la bonificación mensual docente devengadas en el último año de servicio como factor salarial para la reliquidación de la pensión a la señora María Amanda Bermúdez Pérez, sin tener en cuenta la prima de servicios por cuanto la accionante no demostró que sobre la misma hubiese hecho aporte alguno al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

12. COSTAS

El artículo 188 del C.P.A.C.A. sobre la condena en costas señala 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, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas favorablemente de manera parcial, razón por la cual considera este despacho abstenerse de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución No **05464** del **106 de septiembre de 2017**, que reconoció la pensión de jubilación a la señora Blanca Amanda Bermúdez Pérez, omitiendo la inclusión como factor salarial la bonificación mensual devengadas en el último año de servicio.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se condena a la **Nación – Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** a reliquidar y pagar la pensión de jubilación a la señora **Blanca Amanda Bermúdez Pérez** identificada con la cedula de ciudadanía No 28.879.085, con la inclusión como factor salarial de la bonificación mensual devengada en el último año de servicio, acorde con la parte motiva de la presente providencia

TERCERO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

CUARTO. - NIEGUENSE las demás pretensiones de la demanda

QUINTO. – Sin condena en costas.

SEXTO. - Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO. - Expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

OCTAVO. - Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

NOVENO. - En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez