



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

DEMANDANTE: ALFREDO MENDOZA BUSTOS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA

RADICADO: 73001-33 -33- 011-2018-00440-00

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del presente medio de control presentado por el señor Alfredo Mendoza Bustos, en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y de Cultura.

I. ANTECEDENTES

1.1. La Demanda (Fols. 7 a 17¹)

1.1.1. Pretensiones (Fols. 7 y 8²)

Declaraciones:

1. *Que se declare la nulidad parcial de la Resolución Nro. 1250 del 09 de febrero de 2018, en cuanto y tan solo tiene que ver con la cuantía de la pensión vitalicia de jubilación reconocida al señor (a) ALFREDO MENDOZA BUSTOS.*

Condenas:

1. *Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, reliquide la pensión de jubilación incluyendo el promedio de los factores salariales devengados por mi poderdante durante el último año de servicio (anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionado) tales como prima de navidad, de servicios, de vacaciones, de antigüedad, semestral, de bonificación y demás que estén*

¹ Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

² Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

contemplados como factores salariales en el certificado de servicios del año anterior al que adquirió el status de pensionada.

2. *Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, reconozca y pague los reajustes de ley; así como el ajuste al valor o indexación laboral por la depreciación de la moneda.*

3. *Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN reconozca y pague los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas, si a ello hubiera lugar.*

4. *Condenar a la parte demandada al pago de las agencias en derecho y a las costas procesales.*

1.1.2. Hechos (Fol. 8³)

La apoderada judicial del demandante expuso los siguientes hechos:

1. Manifestó al actor que le fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución No. 1250 del 09 de febrero de 2018 por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, la cual habría de ser efectiva a partir del 5 de enero de 2015, en una cuantía equivalente a la suma de \$2.647.746.

2. Refirió que el demandante ingresó al servicio educativo oficial el 17 de septiembre de 1996, esto es antes de ser expedida la Ley 812 de 2003, y que al momento de liquidarse la pensión de jubilación solamente se tomó el promedio de la asignación básica mensual que devengó en el último año de servicio a la fecha que adquirió el status de pensionado, sin incluir los factores de prima de navidad, de servicios, de vacaciones, entre otros.

1.1.3. Normas Violadas y concepto de la violación (Fols. 9 al 15⁴)

Indicó la profesional del derecho como normas violadas constitucionales el artículo 23, 25, 48 y 53, y legales, la Ley 6 de 1945, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988, la Ley 71 de 1988, la Ley 91 de 1989, los artículos 11, 36 y 279 de la Ley 100 de 1993, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007.

En primer lugar, manifestó que se daba una indebida aplicación del artículo tercero del Decreto 3752 de 2003, en cuanto que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha interpretado que para la liquidación de las pensiones que se causen luego de la expedición de la Ley 812 de 2003 se tomaba la base de cotización sobre la que hubieren hecho aportes los docentes, situación que era contraria a la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado.

Arguyó que no se estaba dando aplicación al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sobre el régimen de transición, toda vez que el régimen aplicable era el anterior al que se encontraren afiliados al primero de abril de 1994, resaltando que la Ley 33 de 1985

³ Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁴ Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

era la que establecía el régimen prestacional de todos los empleados oficiales previo a que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993 y que al demandante le era aplicable tal régimen de transición, de manera que su pensión se regía por lo previsto en la Ley 33 de 1985.

Asimismo, advirtió la inaplicación del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, el cual contemplaba los factores a tomarse para determinar la base de liquidación en temas de pensiones.

Se refirió a la sentencia proferida el 04 de agosto de 2010 por el Consejo de Estado, con ponencia del consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 0112-09, que abordó lo concerniente a los factores para establecer el ingreso base de liquidación, coligiendo la Corporación que los factores enunciados en la Ley 62 de 1985 no podían ser considerados de forma taxativa, destacando que al actor debían incluirse en su mesada pensional los factores que devengó en el año previo a adquirir su status pensional.

Igualmente, señaló que no se estaba aplicando el parágrafo transitorio 1 del acto legislativo 01 de 2005, explicando que como el señor Alfredo Mendoza Bustos había ingresado al servicio docente con anterioridad a que se expidiera la Ley 812 de 2003, el régimen pensional que le aplicaba era el estipulado en la Ley 6 de 1945, la Ley 33 de 1985 y la Ley 91 de 1989, que prevén que la mesada pensional se habrá de liquidar tomando el salario percibido en el último año de servicio.

Por último, mencionó que se está dejando de aplicar el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, sobre el régimen prestacional de los docentes oficiales.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Contestación de la demanda por el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁵

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la entidad demandada presentó escrito de contestación a través de su apoderado judicial, en los siguientes términos:

La apoderada de la entidad al pronunciarse frente a los hechos, manifestó que eran cierto el primero y el tercero, pero que el segundo no lo constaba, para lo cual se atendería a lo que resultara probado en el proceso y, sobre las pretensiones, aludió que se oponía a todas, posición sustentada en que el actor no tiene derecho a lo pedido, ya que los factores salariales tomados para liquidar su pensión de jubilación eran los que la Ley de manera expresa contemplaba y respecto de los cuales se efectuaron los aportes, con lo que advierte que acceder a lo solicitado afectaría el presupuesto para el debido funcionamiento del sistema, vulnerándose igualmente el principio de solidaridad que rige en el tema de la seguridad social, así como la libre configuración del legislador para determinar los factores que servirán de base en la cotizaciones a pensiones.

Abordó el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que consagra el régimen pensional de los docentes nacionales y nacionalizados, señalando que al señor Alfredo Mendoza Bustos le eran aplicables las disposiciones normativas consagradas en el numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978,

⁵ Visto a folios 42 a 47 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

y que a los docentes que se hubieren vinculado al servicio luego de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les reconocerían los mismos derechos que tienen los beneficiarios del régimen de prima de prima media de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, situación en la que no se encontraba inmerso el demandante.

Excepciones de mérito propuestas⁶

(i) Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido

Refirió que la entidad no estaba obligada a reliquidar la pensión de jubilación del accionante, atendiendo lo decidido en la sentencia de unificación SUJ-14-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, consejero ponente César Palomino Cortés, aplicable obligatoriamente a los procesos sobre el tema en vía administrativa y judicial, que se pronunció sobre los factores que deben tomarse en el ingreso base de liquidación, siendo estos únicamente respecto de los que se hubieren realizado los aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión.

(ii) Excepción genérica

Solicitó que se practicaran de oficio las pruebas que fueran pertinentes y que se declarara probada por el juzgador cualquier excepción que se configurara en el curso del proceso.

1.2.2 Contestación del Departamento del Tolima

La entidad allegó escrito de contestación a la demanda de manera extemporánea, teniendo en cuenta que la presentó el 12 de diciembre de 2019 y el termino venció el 9 de septiembre de ese mismo año ⁷.

1.3. Pronunciamiento frente a las excepciones propuestas

En el término de traslado para pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la entidad demandada, la parte demandante guardó silencio, según se observa en constancia secretarial de fecha 01 de septiembre de 2019⁸.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda que ocupa fue presentada el 11 de octubre de 2018 ante la Oficina de Reparto⁹, correspondiendo su conocimiento a este Juzgado. La misma fue admitida a través de auto del 04 de abril de 2019, donde se ordenó la notificación a las entidades demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁰.

⁶ Visto a folios 45 a 47 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁷ Folios 73 y 79 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁸ Vista a folio 75 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

⁹ Visto en el Fol. 4 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

¹⁰ Visto a folios 25 y 26 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

Posteriormente, por medio de auto calendado del 27 de agosto de 2021¹¹, se tuvo por no contestada la demanda por parte del Departamento del Tolima, se dio valor probatorio a las pruebas allegadas por el demandante, se fijó el litigio del proceso y se corrió traslado por el término diez (10) días a las partes para que rindieran por escrito sus alegatos y el Ministerio Público emitiera concepto si lo consideraba necesario.

Finalmente, el expediente ingresó al despacho para dictar sentencia el día 26 de octubre de 2021, según constancia secretarial de la misma fecha¹².

2.1. Alegatos de conclusión

La parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

2.1.1. Parte demandada Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹³

En primer lugar, pidió que se negaran las pretensiones elevadas en el escrito de la demanda, por cuanto el acto administrativo demandado se había proferido acorde con la normatividad que le era aplicable al demandante para el reconocimiento de su pensión, de manera que no había lugar a incluir factores salariales distintos a los tenidos en cuenta al liquidar el monto de la pensión, haciendo mención a la diferencia que se presentaba al hablar de elementos salariales y factores salariales.

Adicionalmente, arguyó que el actor no había desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado, por lo que no había lugar a reliquidar su pensión de jubilación, que tal prestación se reconoció con aplicación de la Ley 33 de 1985, resaltando que la liquidación se efectúa con el promedio del 75% de lo que sirvió de base para realizar los aportes en el último año de servicio, esto es el salario promedio, no siendo procedente reconocer factores distintos a los tenidos en cuenta al momento de dicho reconocimiento, por cuanto los que se tomaron para determinar el ingreso base de liquidación fueron respecto de los cuales se efectuaron los aportes.

Hizo alusión a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, radicado 2012-00143-01 y a la sentencia de unificación de la misma Corporación SUJ-014 calendada del 25 de abril de 2019, en la que se señaló que el régimen pensional aplicable a los docentes dependerá de la fecha en que ingresaron al servicio docente, teniendo como punto de referencia la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y los factores salariales a tomarse serán los indicados en la Ley 62 de 1985 y Ley 1158 de 1994, pudiendo incluirse únicamente aquéllos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones dependiendo del régimen al que pertenezca, sentencia que es de aplicación a los asuntos pendientes de resolverse en vía administrativa y judicial.

Finalizó sus alegaciones expresando que el acto demandado adolecía de nulidad y requirió que se negaran las pretensiones incoadas en el libelo introductorio.

2.1.2. Parte demandada- Departamento del Tolima¹⁴

¹¹ Visto en el anexo 4 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

¹² Visto en el anexo 11 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

¹³ Visto en el anexo 7 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

¹⁴ Visto en el anexo 10 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

El apoderado de la entidad puso de presente la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad territorial, por cuanto la Secretaría de Educación y Cultura era la encargada de proyectar el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones sociales, pero que correspondía al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio aprobar, modificar, o corregir el referido acto, siendo la Secretaría solamente una intermediaria en el proceso, de conformidad con las facultades que le fueron delegadas por el Ministerio de Educación, según el Decreto 2831 de 2005.

Por lo anterior, expresó que quien estaba llamado a pagar una eventual condena y representar judicialmente los asuntos como el que se demanda era el Ministerio de Educación y que es al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio quien, por intermedio de la Fiduprevisora S.A. podría reconocer y pagar la totalidad de los factores salariales para liquidar el monto pensional.

Mencionó la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado dictada el 28 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, Radicado 2012-043, en el sentido de que la mesada pensional estará conformada por lo que efectivamente haya cotizado la persona al sistema pensional, motivo por el que solicitó que no se accediera a las pretensiones incoadas y se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad.

2.2. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁵

El Director de Defensa Jurídica Nacional indicó que la posición adoptada por la entidad era que debía ser negada la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante incluyendo factores respecto de los cuales no se había realizado el aporte o cotización, teniendo en cuenta lo determinado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, debiéndose verificar la fecha de vinculación del actor como docente al servicio público educativo y los factores respecto de los cuales se efectuaron los aportes o cotizaciones, lo cual permitiría establecer el régimen pensional que le era aplicable a aquél, así como su ingreso base de liquidación de la mesada pensional.

2.3. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no presentó concepto dentro del asunto de la referencia.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

¿Se encuentra afectado parcialmente de nulidad el acto administrativo contenido en la Resolución No. 1250 del 9 de febrero de 2018, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, al no haber tenido en cuenta en el ingreso base de liquidación para calcular el monto de la pensión de jubilación todos los factores percibidos durante el año anterior al momento de adquirir el actor su status pensional, y, en consecuencia, si tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de esos factores?

¹⁵ Visto en el anexo 12 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

3.2. Tesis

Revisada la prueba documental aportada en el proceso, se tiene que es posible incluir como factor salarial para liquidar la mesada pensional de la pensión de jubilación del demandante las horas extras, las cuales se encuentran dentro de los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, toda vez que estas no fueron tomadas en cuenta por la entidad demandada al momento de realizar tal liquidación, razón por la cual se declarará la nulidad parcial del acto que reconoció y ordenó el pago de la referida prestación, y, en consecuencia, se concederán parcialmente las pretensiones de la demanda.

4. Marco Jurídico

Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹⁶:

Con relación al régimen pensional y a la manera de efectuar la liquidación de las pensiones del personal docente, el Consejo de Estado dictó sentencia de unificación al respecto, en la cual determinó lo siguiente:

“...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 sólo 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.*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 el 25 de abril de 2019, expediente 680012333000201500569-01.

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.
66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.
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 reemplazo: 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; 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.**
- A. **Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.**
68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.
69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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.

(...)

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el parágrafo 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, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- 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.”** (Negrillas fuera del texto original).

5. La legitimación por pasiva material y la responsabilidad por el reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes

A fin de abordar el estudio de la legitimación en la causa material de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y dilucidar si está llamado a responder frente a las pretensiones de la demanda, considera el Juzgado que esta entidad debe responder exclusivamente por la reliquidación pensional deprecada por el demandante como se sustentará a continuación.

La ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos artículos 5 y 9 estipularon:

“ARTÍCULO 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1. **Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. (...).**

ARTÍCULO 9. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.”

De otro lado, con relación a la función de intermediario que cumplen las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, en cuanto les concierne la elaboración del acto administrativo que reconozca una pensión pagadera por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, “*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*”, consagra que:

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. (...)

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. (...)”

6. Hechos probados

De conformidad con el material probatorio válido y oportunamente aportado al proceso, el Despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes:

- Que el demandante nació el 04 de octubre de 1962, que ingresó al servicio como docente el 17 de septiembre de 1996 y que adquirió el status pensional el 04 de octubre de 2017. (Fl. 18 del anexo 1 del cuaderno principal del expediente digital).
- Que el Secretario de Educación del Departamento del Tolima en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la Resolución No. 1250 del 09 de febrero de 2018, reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación al señor Alfredo Mendoza Bustos a partir del 05 de octubre de 2017, teniendo como factores salariales el sueldo y la prima de vacaciones. (Fls. 18 y 19 del anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital).
- Que los factores devengados por el señor Alfredo Mendoza Bustos entre 05 de octubre de 2016 al 04 de octubre de 2017 fueron asignación básica, horas extras, primas de navidad servicios y de vacaciones docente. (Fls. 21 a 23 del Anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital).

Los documentos aportados en copia gozan de autenticidad por ser emanados de la administración, a lo que se agrega que los mismos no fueron objeto de tacha por la contraparte.

7. Caso concreto

Inicialmente, se analizará el cumplimiento de los requisitos para adquirir la pensión de jubilación por parte del demandante con el fin de establecer cuál es el régimen pensional al cual pertenece.

De conformidad con la subregla de derecho establecida en la sentencia de unificación previamente mencionada, en razón a que el actor ingresó al servicio

docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional es el consagrado en las Ley 33 de 1985, que determina:

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

Respecto a los factores salariales a tener en cuenta, el artículo primero de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la ley 33 de 1985, señala expresamente:

“ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación 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.

En este orden de ideas, en la Resolución 1250 del 09 de febrero de 2018, mediante la cual se le reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación al demandante, solo le tuvo en cuenta como factores para liquidar la prestación el sueldo y la prima de vacaciones.

No obstante lo anterior, a través del certificado de salarios del señor Alfredo Mendoza Bustos y que obra en el expediente, se evidencia que entre el 05 de octubre de 2016 al 04 de octubre de 2017, el misma devengó: asignación básica, horas extras, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones docente.

En cuanto a las horas extras, se tiene que, según el certificado de salarios obrante a folios 21 a 23 del anexo No. 1 del cuaderno principal del expediente digital, el demandante recibió los siguientes valores por concepto de horas extras, durante los años 2016 y 2017:

AÑO 2016

MES	VALOR
Marzo	\$455.800
Abril	\$455.800
Mayo	\$455.800
Junio	\$455.800
Julio	\$455.800
Agosto	\$455.800
Septiembre	\$455.800
Octubre	\$455.800
Noviembre	\$455.800
Diciembre	\$410.220

AÑO 2017

MES	VALOR
Febrero	\$218.970
Marzo	\$486.600
Abril	\$486.600
Mayo	\$486.600
Junio	\$121.650
Septiembre	\$875.880
Octubre	\$486.600
Noviembre	\$437.940
Diciembre	\$389.280

Por lo anterior, es dable colegir que la pensión de jubilación reconocida al accionante por parte del Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No. 1250 del 09 de febrero de 2018, no tuvo en cuenta las horas extras contempladas como factor salarial para liquidar las mesadas pensionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la ley 62 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 25 de abril de 2019.

Consecuente con lo previamente indicado, se despacharán favorablemente las pretensiones de la demanda, de manera parcial, en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión del señor Alfredo Mendoza Bustos, con la inclusión del valor correspondiente a las horas extras como factor salarial.

En relación con la solicitud de reajuste pensional, si bien, las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran exceptuadas del Sistema Integral de Seguridad Social, esta excepción no implica negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, el artículo 14 señala que las pensiones de jubilación, se reajustarán anualmente, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, razón por la cual, se concederá lo pedido al respecto, con fundamento en el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Así mismo, se dispondrá el pago de lo pretendido por la parte demandante respecto del índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A. mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de la diferencia entre la reliquidación ordenada en este fallo y las mesadas pensionales efectivamente pagadas a la parte demandante, por la operación que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional.

8. Descuento de aportes

La entidad demandada, Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio queda autorizada para descontar el valor de los aportes correspondientes a los factores salariales a incluir como base del *quantum* pensional y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Lo anterior, de conformidad con lo señalado por el Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia del 20 de junio de 2019¹⁷:

“En virtud de lo anterior, la Sala modificará el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 7 de diciembre de 2018, para autorizar al Departamento del Tolima –Fondo Territorial de Pensiones que efectúe el descuento de los aportes debidamente actualizados conforme al índice de precios al consumidor (artículo 187 del código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo), sobre los factores ordenados incluir al cálculo pensional (prima de navidad y prima de vacaciones), por el tiempo que la señora Leticia Méndez los haya percibido”

9. Prescripción

En cuanto a la prescripción, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968¹⁸, que estipula:

“Artículo 41º.-Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual” (Subraya el Despacho).

A su turno el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969¹⁹, en su artículo 102, señala:

“Artículo 102º.-Prescripción de acciones.

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

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual” (Se destaca por el Despacho).

Es así como la pensión de jubilación del accionante se causó 04 de octubre de 2017 y la solicitud de reconocimiento pensional fue presentada el 10 de octubre de 2017, de modo que no transcurrieron más de tres (3) años entre una y otra fecha, por lo tanto, no encuentra el Despacho que se haya presentado el fenómeno de la prescripción.

10. Con relación a la condena en costas

¹⁷ Sentencia del 20 de junio de 2019. M.P: Carlos Arturo Mendieta. Rad. 73001333300920180013101.

¹⁸ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

¹⁹ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”.

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado²⁰ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. Las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que la apoderada de la parte demandante presentó la demanda (Fols. 7 a 17 del anexo 1 del cuaderno principal del expediente digital), causándose así agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$194.092 a favor de la parte demandante, de conformidad con el Acuerdo No. PSSA – 16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y que equivale al 4% de la estimación razonada de la cuantía (Fol. 16 del anexo 1 del cuaderno principal del expediente digital).

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones denominadas: “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” y “excepción genérica”, propuestas por la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de la resolución No. 1250 del 09 de febrero de 2018, expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la cual se le reconoció pensión de jubilación al demandante, por cuanto no tuvo en

²⁰ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

cuenta como factor salarial el valor correspondiente a las horas extras del año anterior a que adquirió el status de pensionado el demandante.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho se le ordena a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación del señor Alfredo Mendoza Bustos, identificado con C.C. 14.319.295, adicionando a los factores ya reconocidos el valor correspondiente a las horas extras devengadas entre el 05 de octubre de 2016 al 04 de octubre de 2017, en cuantía del 75%.

QUINTO: Una vez reliquidada la pensión de jubilación se efectuarán los reajustes anuales del artículo 14 de la ley 100 de 1993.

SEXTO: CONDENAR a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar las diferencias que se generen entre la reliquidación ordenada y las mesadas pensionales efectivamente pagadas al actor desde el 05 de octubre de 2017.

SÉPTIMO: CONDENAR a la entidad demandada a que, sobre las sumas a pagar, liquide y pague el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula reseñada en la parte motiva de este fallo y con las precisiones efectuadas sobre dicha fórmula.

En todo caso, la entidad demandada deberá seguir pagando la reliquidación ordenada en las mesadas futuras.

OCTAVO: Se ordena a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dar cumplimiento al fallo de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

NOVENO: En caso que no se hubiesen efectuado aportes sobre el factor que se ordena reconocer, éstos se descontarán de la condena por parte de la entidad demandada, Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la parte demandante.

DÉCIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO PRIMERO: CONDENAR en costas a la parte demandada Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tásense tomando como agencias en derecho la suma de \$194.092, que serán tenidas en cuenta por secretaría al momento de liquidar las costas.

DÉCIMO SEGUNDO: Reconózcase personería adjetiva a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez, identificada con la cédula de ciudadanía N° 52.203.675 de Bogotá, portadora de la tarjeta profesional N° 252.440 expedida por el C. S. de la J., para que actúe como apoderada sustituta de la parte demandada: la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, con el fin de que represente sus intereses en los términos y para los efectos de la sustitución del poder principal efectuada visto a folio 55 del anexo 7 del cuaderno Ppal. - expediente digital.

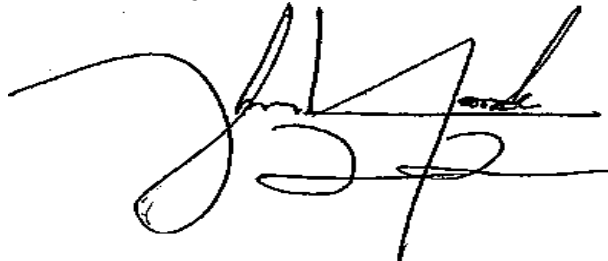
Expediente No 73 001 33 33 011 2018 00440 00

Demandante: Alfredo Mendoza Bustos

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de
Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima –
Secretaría de Educación y Cultura

DÉCIMO TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, liquídense las costas y archívese el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI. Además, para su cumplimiento, por Secretaría expídanse copias auténticas con destino y a costa de la parte demandante, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. con fines de ejecución, previa acreditación del pago del arancel judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
JUEZ**

Firmado Por:

John Libardo Andrade Florez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

11

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: 5d2dc0e8beb0178f7bf404f78c370ab1dc76960589431cf5b4b0e3a86e2c54d

Documento generado en 30/06/2022 11:37:39 AM

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