

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja veinticuatro (24) de julio de dos mil quince (2015)

Demandante: Luis Francisco González Cadena

**Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

Radicación : 150013333011201400160-00

Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Luis Francisco González Cadena, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor Luis Francisco González Cadena, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 000833 de 27 de febrero de 2014, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión del actor.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita que se ordene a la Entidad accionada a expedir un nuevo acto en el cual se incluya como factor salarial el sobresueldo del veinte por ciento (20%) y las horas extra, devengadas por el accionante durante el año inmediatamente anterior al estatus pensional, “...es decir desde el 23 DE DICIEMBRE DE 2007 AL 22 DE DICIEMBRE DE 2008...” (f. 2). Así mismo, demanda que se ordene a la accionada a pagar en forma indexada, la diferencia de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales desde la fecha en que se cumplieron los requisitos de la pensión.

Finalmente, pide que se dé cumplimiento a la sentencia, de conformidad con el artículo 192 y siguientes del CPACA y se condene a la Entidad demandada a pagar las costas y agencias en derecho.

2. Hechos

Refiere el apoderado de la parte actora que el accionante nació el 22 de diciembre de 1953, ingresó al servicio público de la educación el 13 de agosto de 1979 y adquirió el status jurídico para percibir la pensión de jubilación el día 22 de diciembre de 2008. Agrega que una vez cumplidos los requisitos de ley, elevó solicitud de reconocimiento de pensión, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 0749 de 11 de septiembre de 2009.

Manifiesta que a través de proceso ejecutivo laboral adelantado en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, Radicado No. 2011-00036, se libró mandamiento de pago en contra del Departamento de Boyacá para el cobro forzado del sobresueldo del veinte por ciento (20%) (Ordenanza 23 de 1959) desde el 1º de enero de 2004 hasta el 21 de diciembre de 2008.

Relata que mediante petición de fecha 28 de agosto de 2013, solicitó la inclusión del sobresueldo del veinte por ciento (20%) como factor salarial y las horas extra, para ser tenido en cuenta dentro del año base de liquidación del status de pensionado y que dicha solicitud fue resuelta mediante el acto administrativo demandado negando la reliquidación de la pensión.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados el preámbulo y los artículos 2, 4 y 25 de la Constitución Política; los artículos 2, 3, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011; 2 de la ley 4ª de 1992; 5 del Decreto 1919 de 2002; 4 de la Ley 4ª de 1966; 27 del Decreto 3135 de 1968; 45 del Decreto 1045 de 1978 y la Ley 812 de 2003.

Refiere que al negar la reliquidación de la pensión de jubilación, se está poniendo al accionante en una situación de desigualdad respecto de otros

pensionados y que se actuó indebidamente, vulnerando los derechos del trabajador y el orden justo.

Expresa que el acto administrativo demandado desconoció la finalidad de las situaciones administrativas, como son los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad y transparencia y que además existe una actuación indebida de la Administración, la cual se agrava cuando existiendo la posibilidad de subsanar el error en sede administrativa, decide sin soporte legal, desconocer derechos irrenunciables.

Manifiesta que existió un desconocimiento de los derechos de los servidores públicos y de las normas superiores, así como de los derechos adquiridos. Agrega que atendiendo a lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, los docentes vinculados con anterioridad a la misma, tienen derecho a que se les aplique el régimen anterior, que para este caso comprenden las Leyes 4ª de 1992, 4ª de 1966 y los Decretos 1919 de 2002, 3135 de 1968 y 1045 de 1978, según las cuales, para la liquidación de la pensión se debió tener en cuenta todos los factores salariales.

Aduce que en el certificado de salarios devengados se expresó que se hicieron los aportes sobre todos los devengados al fondo prestacional del Magisterio de conformidad con la Ley 812 de 2003 y su Decreto Reglamentario 3752 de 2003. Aclara que en caso que no se hubiesen efectuado algunos de los aportes, dicha omisión o negligencia no debe ser asumida por el demandante, sino que el Fondo tiene el deber de acudir a las acciones legales respectivas en contra de la Entidad patronal.

Por último, indica que el acto demandado adolece de falsa motivación, por cuanto se desconocieron los elementos probatorios aportados por la demandante, los cuales fueron expedidos por otra autoridad administrativa.

4. Contestación de la demanda

La apoderada judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 82 s.):

Señala que como el accionante se vinculó como docente el 13 de agosto de 1979, el régimen aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985 con los factores salariales contenidos en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, razón por la cual la pensión debe calcularse teniendo en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de los factores consagrados en las precitadas normas. Agrega que la Resolución No. 0076 de 6 de febrero de 2008, incluyó todos los factores e incluso más, de los que hoy pretende la parte actora.

Expone que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones se deben liquidar sobre los factores que hayan servido para calcular los aportes, “...siempre y cuando éstos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues con esto se propende por la sostenibilidad del sistema...” (f. 84). Agrega que la Entidad no puede reconocer, motu proprio, factores distintos a los establecidos en las precitadas normas y que el Decreto 3752 de 2003 modificó el ingreso base de liquidación de las prestaciones, sujetándolos a los factores previstos para cotización, razón por la cual el Fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a dicho Decreto, factores diferentes a los cotizados, pues la medida adoptada por la precitada normatividad constituye una medida de equilibrio que busca proteger las reservas del Fondo y garantizar la continuidad del sistema.

Formula la excepción de **Prescripción**, sustentada en que se debe declarar dicho fenómeno en caso de una eventual condena, en los términos de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

5. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (f. 131), la **parte actora guardó silencio**. La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó alegatos en los siguientes términos (f. 133 s.):

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agrega que no es correcta la interpretación contenida en la sentencia de 4 de agosto de 2010 (0112-09) proferida por el Consejo de Estado, según la cual los factores contenidos en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, no son taxativos, habida cuenta que dicho pronunciamiento no

cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 171 del CPACA, de manera que no tiene la condición de una sentencia de unificación.

Concluye que en atención a lo expuesto, la interpretación correcta frente al tema de factores es la taxatividad, como lo refirió el Magistrado Gerardo Arenas Monsalve en salvamento de voto de la sentencia de 10 de agosto de 2010, por estar acorde con el inciso 12 del artículo 48 de la Constitución y la Sentencia C-258 de 2013.

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Problema jurídico

Corresponde al Despacho establecer si el accionante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo el sobresueldo del 20% y las horas extras, como factores salariales.

Para resolver el problema jurídico, el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

1.1. De los factores de liquidación demandados

El Despacho advierte que el sobresueldo del 20% fue reconocido como factor salarial, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, así:

“...De conformidad con la ley, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones. Según jurisprudencia coincidente de esta corporación y de la Corte Suprema de Justicia se requiere: que exista una relación laboral; que la suma recibida

corresponda a la contraprestación que el empleador debe al trabajador no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero; que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del empleador y que, además no sea habitual, y que constituya un ingreso personal del trabajador y, por tanto, que no corresponda a lo que éste recibe en dinero o 'en especie para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por el empleador...' ¹ (Negrilla fuera del texto).

De igual forma, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá en un caso similar al que aquí se estudia, al resolver la pregunta formulada, concluyó lo siguiente:

“¿...la señora ARACELY LAITON CORTES tiene derecho a la reliquidación de la pensión gracia reconocida por CAJANAL, incluyendo el sobresueldo del 20% cuyo pago fue ordenado mediante proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja?

En ese orden de ideas, concluye la Sala que la entidad demandada debe incluir como factor salarial para la liquidación de la pensión gracia de la actora, el sobresueldo del 20%, debido a que las certificaciones mencionadas dan cuenta de que el proceso ejecutivo laboral adelantado por la señora Aracely Laitón Cortes en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja, se libró mandamiento de pago a su favor por concepto del sobresueldo del 20% de la remuneración básica que devengó desde el 1° de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2008, periodo que incluye el año anterior a la consolidación del derecho pensional de la demandante, que lo fue del 06 de febrero de 2005 al 06 de febrero de 2006, y que además, fue terminado el proceso por pago total de la obligación, tal como lo dejaron establecido. (Negrilla fuera del texto).

Precisa la Sala que para efectos de la inclusión del sobresueldo del 20% dentro de la pensión gracia de la demandante, no es indispensable la existencia de un certificado de factores salariales expedida por la entidad pagadora ni constancia de pago del mismo, como lo afirmó la entidad demandada, pues como lo señaló el Consejo de Estado en sentencia del 25 de enero de 2007, donde se estudió un caso similar al que ahora es objeto de litigio, “ El sobresueldo es un derecho adquirido. Si debe percibirse de forma congelada o no, no es objeto de litigio en este proceso ya que mediante una providencia judicial se ordenó su reconocimiento completo; el pago ordenado por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C. como reconocimiento de ese sobresueldo constituye una situación consolidada, no susceptible de discutir en este proceso y como la norma ordena incluir todo lo que constituye salario, como lo

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto radicado bajo el número: 954 del veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

es, a no dudarlo, el sobresueldo como le fue pagado, se ordenará su inclusión.(Negrilla y subrayado del Tribunal)².

Asimismo, en reciente jurisprudencia el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo reiteró su calidad de factor salarial:

“...En este orden de ideas, resulta válido afirmar que el porcentaje del 20% previsto por la Ordenanza No. 54 de 1967 tiene la naturaleza de factor salarial, toda vez que se creó para retribuir directamente los servicios del trabajador y no pretende cubrir una contingencia a la que pudiera verse sometido. Además, el aludido porcentaje sería liquidable sobre la asignación básica devengada por el servidor, esto es, la retribución correspondiente a cada empleo en atención a las funciones y responsabilidades asignadas y a los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y grado establecidos en la nomenclatura y escala del respectivo nivel.”³ (Negrilla fuera del texto).

Ahora bien sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 expresó:

“ e) De los factores de salario para liquidar pensiones.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002⁴, precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

“...El salario (...) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (...). En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del

² Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 5. Sentencia del 29 de septiembre de 2014. Radicado: 15001-33-33-004-2012-00140-02.M.P. Félix Alberto Rodríguez Rivero. Actor: Aracely Laiton Cortes.

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 30 de junio de 2011. Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00902-01(2031-09). C.P.: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Actor: Ministerio de Educación Nacional.

⁴ Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."

(...)

*Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador : la asignación básica, **el valor del trabajo suplementario** y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(...).".*

*Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, **horas extras**, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. **Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando...**"⁵ (Negrilla de la Sala).*

Por su parte la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al referirse al alcance de la precitada sentencia sostuvo:

"...Ahora bien, frente a esta pluralidad de enfoques, la sentencia analizada resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición; se apoya para ello en los principios de igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Así, considera que la lista de factores salariales del artículo 3 de ley 33 de 1985 no es taxativa sino meramente enunciativa, de manera que para el cálculo de la pensión de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica dicha ley, deberán tenerse en cuenta todos los factores que

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado: 25000-2325-000-2006-07509-01 Actor: Luis Mario Velandia. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nacionales.

materialmente constituyen salario, independientemente de que se encuentren relacionados en esa disposición legal o de que hubieren sido objeto de cotización. Se explicó así esta unificación jurisprudencial:

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

(...)

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(..)

Con base en lo anterior, la sentencia concluyó entonces que para liquidar las pensiones de las personas en régimen de transición a quienes se les aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario, inclusive, las primas de servicios, navidad y vacaciones a que alude la consulta...”⁶ (Negrilla fuera de texto).

Los anteriores argumentos sirven para desatar el problema jurídico relacionado con la inclusión de las horas extra, como factor de liquidación de la pensión de jubilación, pues los apartes citados son claros en establecer que dicho emolumento debe incluirse al momento de liquidar el monto de la pensión.

⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de febrero de 2012. Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069).C.P.: William Zambrano Cetina. Actor: Ministerio de Educación Nacional

En lo que respecta al argumento expuesto por la Entidad demandada en el escrito de alegatos de conclusión, al manifestar que la sentencia de 4 de agosto de 2010, no tiene la condición de sentencia de unificación, dado que no cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 171 del CPACA, ha de señalarse que para la fecha en que se profirió dicha sentencia no se encontraba vigente el citado precepto.

Así mismo, dirá el Despacho que la discusión planteada por la parte demandada se encuentra superada, habida cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil en el precitado pronunciamiento de 16 de febrero de 2012, luego de analizar el contenido del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, concluyó que la sentencia de 4 de agosto de 2010 objeto de debate, tiene la fuerza vinculante de un precedente de unificación. Sobre el particular se señaló en el precitado concepto que “...a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010⁷, la sección segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición de la ley 100 de 1993 (art.36⁸) se les aplica la ley 33 de 1985...” y que “...frente a esta pluralidad de enfoques, la sentencia analizada resuelve unificar su jurisprudencia, adoptando la tesis menos restrictiva de los derechos de las personas en régimen de transición...”, con lo cual reconoció que la sentencia de 4 de agosto de 2010, constituye una verdadera sentencia de unificación, que sirvió además de base para consolidar una línea jurisprudencial frente al tema de factores salariales. Al respecto se agregó:

“...1. Reiteración de la sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado.

A partir de la unificación de jurisprudencia hecha en la sentencia del 4 de agosto de 2010 revisada anteriormente, la sección segunda del Consejo de Estado ha venido reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores

⁷ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 2006-7509. Salvamento de voto M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ “Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).”

constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones.

Así por ejemplo, en sentencia del 26 de agosto de 2010⁹ se replica lo dicho en la sentencia de unificación y con base en ello se ordena incluir las primas de vacaciones, alimentación y navidad en la liquidación de una pensión; luego, en sentencia del 25 de noviembre de 2010¹⁰, se dispone reliquidar la pensión con base en la bonificación semestral y las primas de productividad, navidad y de vacaciones que no habían sido tenidas en cuenta ni por la autoridad administrativa ni por el tribunal de primera instancia.

(...)

Posteriormente en un caso en que es demandado el Instituto de Seguros Sociales, nuevamente se advierte sobre la unificación de jurisprudencia en relación con los factores de liquidación pensional de las personas amparadas por el régimen de transición y con base en ello se confirma la sentencia de instancia que ordenó la reliquidación con base en las primas de navidad, servicios y vacaciones:

En este mismo sentido, pueden revisarse además las sentencias del 27 de enero de 2011¹¹, del 10 de febrero de 2011¹², del 10 de marzo de 2011¹³, del 17 de marzo de 2011¹⁴, entre otras.

Adicionalmente, en sentencia del 31 de marzo de 2011 el Consejo de Estado amparó por vía de tutela los derechos al debido proceso y la igualdad vulnerados por un tribunal en sentencia de segunda instancia, al desconocer el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda en su Sentencia del 4 de agosto de 2010 y negar la reliquidación pensional de un trabajador en

⁹ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp. 2055-2159.

¹⁰ M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, exp.2007-00146.

¹¹ M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp.2007-00112.

¹² M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, exp. 2002-2629: “Teniendo en cuenta la normatividad aplicable al caso, el alcance que Jurisprudencialmente se le ha dado y las directrices trazadas por los jueces de la República en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido que para tales efectos se tengan en cuenta **todos los factores que constituyen salario**, entendido como tal todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, vr.gr., primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. En suma, aquellos acrecimientos que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios (...) Así las cosas, en el caso concreto el actor tendría derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido **incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación, a saber: viáticos, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de antigüedad**”. (Negrilla fuera del texto)

¹³ M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 2006-2553: “En relación con la inclusión de los factores para efectos de establecer el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan:”

¹⁴ M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp.2006-00577 y de la misma fecha M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 2007-00064.

régimen de transición, a quien no se le tuvieron en cuenta las primas de navidad, de vacaciones y semestral¹⁵.

En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones...”

No le asiste razón entonces a la apoderada de la parte accionada para señalar que se debe acudir a un criterio de interpretación distinto, pues como lo señaló la Sala de Consulta el precedente vincula a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de manera que se debe concluir que el accionante tiene derecho a la inclusión del sobresueldo del veinte por ciento (20%), para efectos de la liquidación de su pensión de jubilación, pues al plenario se allegó constancia expedida por el Secretario del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja (f. 23), en la cual se indicó que en dicho Despacho Judicial cursó proceso ejecutivo laboral No. 2011-0036, “...por medio del cual se ejecutó el sobresueldo del 20% sobre la asignación básica, siendo demandante, LUIS FRANCISCO GONZALEZ CADENA, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.285.375 de Turmequé (Boy) en contra del Departamento de Boyacá...” (f. 23), en el cual se libró mandamiento de pago el día 7 de marzo de 2011, por la suma correspondiente al sobresueldo del 20% desde el 1° de enero de 2004 hasta el 21 de diciembre de 2008.

El precitado mandamiento ejecutivo, indicó en su parte motiva que “...Se presenta como título ejecutivo complejo, copia auténtica del acto administrativo Oficio DJ1658 de agosto 27 de 2001, mediante el cual la Entidad demandada reconoce al demandante que tiene derecho al pago del 20% de sobresueldo, original del certificado de salarios y devengados del ejecutante, hasta el mes de diciembre de 2008 y original del formato único par la expedición de certificado de historia laboral...” (f. 29).

Así también, el Departamento de Boyacá remitió copia del Oficio DJ 1658 de 27 de agosto de 2001 (f. 121) y el certificado de salarios y devengados (f.

¹⁵ la sentencia de tutela resaltó la importancia del precedente fijado en la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 y su carácter vinculante para la Administración y demás operadores jurídicos: “En efecto, el precedente fijado por esta Corporación en la sentencia del 4 de agosto de 2010, representa un efecto de trascendencia superior en el funcionamiento del orden jurídico, por lo que aún en el plano mismo del análisis objetivo del ordenamiento, no es posible negar que existe en estas sentencias un especial poder vinculante, que desde luego no puede ser desconocido por la Administración Pública o por la sociedad civil y mucho menos por los operadores jurídicos. Si una sentencia unificada es ignorada por esos tres agentes de la vida colectiva, produce inequívocamente el evento de una violación constitucional.”

125 s.), documentos que en su conjunto, permiten advertir que en el año anterior a la consolidación del estatus pensional, esto es del 21 de diciembre de 2007 al 21 de diciembre de 2008, el accionante **devengó el sobresueldo del veinte por ciento (20%) y horas extra.**

Así las cosas, como el sobresueldo del veinte por ciento (20%) y lo devengado por concepto de horas extra no fue incluido en la base de liquidación de la pensión reconocida a la demandante (f. 35), atendiendo a los precedentes previamente citados, este Despacho declarará la nulidad del acto acusado y en consecuencia ordenará la reliquidación de la pensión, incluyendo dichos emolumentos como factor de liquidación.

1.2. De los aportes

Como parte de la tesis de la Entidad accionada, se manifiesta que no es viable acceder a la reliquidación pretendida en atención a que las pensiones de los empleados oficiales se liquidan sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, argumentación frente a la cual dirá el Despacho que el hecho que al funcionario no se le hayan hecho los descuentos correspondientes sobre todos los conceptos salariales, no afecta el reconocimiento de ellos dentro de la liquidación de la mesada pensional, como quiera que la omisión en los descuentos correspondientes por parte del empleador no tiene por qué afectar el derecho pensional.

Frente al tema, el Consejo de Estado en sentencia de 25 de marzo de 2004, radicado interno 0890-03, señaló que “...cuando se trate de una pensión de régimen especial, al empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por lo demás, sino se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino que al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes, como lo aclaró la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1º de febrero de 1989, al declarar la exequibilidad de este inciso...”.

Así las cosas, se ordenará a la Entidad accionada que efectúe las deducciones a que haya lugar si el demandante no cotizó respecto del factor salarial que aquí se ordena incluir como base de liquidación.

Por último, advierte el Despacho que la reliquidación de la pensión debe realizarse a partir de la fecha en que se hizo efectivo el derecho, esto es, desde el 23 de diciembre de 2008, pues solo así se garantiza que el monto de la pensión no pierda su poder adquisitivo, ya que se deben tener en cuenta los distintos incrementos que anualmente se efectúen de conformidad con el índice de precios al consumidor (IPC).

2. Excepción de prescripción

El Despacho advierte que la excepción planteada por la Entidad demandada se encuentra llamada a prosperar, como quiera que entre la fecha que se otorgó la pensión y el reclamo de reliquidación efectuado por la parte demandante, transcurrieron más de tres (3) años.

En efecto, como la petición que dio lugar al acto demandado fue presentada el 28 de agosto de 2013 (f. 12 s.), es preciso declarar prescritas las diferencias dejadas de percibir respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de agosto de 2010, **sin perjuicio que la reliquidación se efectúe a partir del 23 de diciembre de 2008, fecha en que como se indicó, el demandante obtuvo el derecho a la pensión.**

3. De las costas

Atendiendo a lo señalado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 10 de abril de 2014, en concordancia con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas, en atención a la prosperidad parcial de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 000833 de 27 de febrero de 2014, proferida por el Secretario de Educación de Boyacá, en

nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar y pagar la pensión de jubilación del señor Luis Francisco González Cadena, efectiva desde el 23 de diciembre de 2008, incluyendo en la base de liquidación además de los factores ya reconocidos, **el sobresueldo del veinte por ciento (20%) y las horas extras**. Se advierte a la Entidad demandada, que si el accionante no cotizó sobre dicho factor salarial, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dineros a reconocer. La reliquidación de la pensión surtirá efectos fiscales a partir del 28 de agosto de 2010, por prescripción trienal, comoquiera que la petición fue presentada el 28 de agosto de 2013.

Las sumas que resulten en favor de la accionante, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse cada pago.

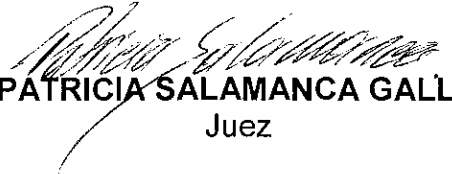
TERCERO: DECLARASE probada la excepción de **Prescripción**, formulada por la Entidad accionada respecto de las sumas causadas con anterioridad al 28 de agosto de 2010.

CUARTO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

QUINTO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

SEXTO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez