

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: No. 73001-33-33-008-2020-00030-01
Interno: No. 2021-659
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FOMAG-
DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Referencia: Apelación de sentencia – Reliquidación pensión docente.

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia dictada por Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 25 de mayo de 2021, mediante la cual decidió negar las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL, obrando por conducto de apoderado judicial, instauró demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FOMAG- y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, solicitando las siguientes:

I.1. PRETENSIONES

I.1.1. Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No 3200 del 6 de junio de 2016, mediante la cual se reliquidó la pensión de jubilación a la señora Betty Velásquez Carvajal, solo en lo relativo a la cuantía.

I.1.2. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a las accionadas la reliquidación de la prestación, tomando como salario base de liquidación la asignación básica con inclusión de todos los factores devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional.

I.1.3. Que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN — MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL — FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, reconocer y pagar los reajustes de ley; así como el ajuste al valor o indexación laboral por la depreciación de la moneda.

Sentencia de Segunda Instancia

I.1.4. Que se ordene a la entidad demandada, reconocer y pagar los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas, si a ello hubiera lugar.

I.1.5. Que se condene a la parte demandada al pago de las agencias en derecho y las costas procesales.

I.2. HECHOS

El extremo demandante mencionó:

I.2.1. Que la Secretaria de Educación del Departamento del Tolima mediante resolución No. 3200 del 6 de junio de 2019 reliquidó la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, efectiva a partir del 19 de febrero de 2019, en cuantía de \$2.731.445.

I.2.2. Que de la citada resolución se desprende que la demandante ingresó al servicio educativo oficial con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, esto es, el 6 de enero de 1998.

I.2.3. Que la prestación fue liquidada con base en el promedio de la asignación básica mensual devengada durante el último año de servicio, anterior al status pensional, sin inclusión de la prima de servicios, horas extras, prima de navidad, de vacaciones, bonificación mensual y demás factores devengados.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado de la demanda que trata el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, las demandadas contestaron la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y adicionalmente señalaron:

II.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

“... es pertinente considerar que el ingreso base de liquidación de los docentes oficiales, se fija con los factores salariales señalados taxativamente por la Ley, esto es, para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se aplicaran los factores sobre los cuales se hubiese efectuado aportes de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y, para los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, se aplican los factores señalados en el Decreto 1158-1994.

De lo anterior, es procedente concluir, que para efectos de la inclusión de los factores salariales como ingreso base de liquidación de la pensión, se debe acreditar:

- 1. Para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003. Que el factor se encuentre enlistado en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y que sobre ellos, se hubieran realizado aportes.*

Sentencia de Segunda Instancia

2. *Para los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003. Que el factor se encuentre enlistado en el Decreto 1158 de 1994 y sobre ellos, se hubiesen realizado aportes.*

De la demanda, se induce que la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL, es un docente Nacional vinculado al servicio docente el 6 de enero de 1998 quien a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende el reconocimiento de todos los factores salariales que hubiese percibido durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado, reconocida mediante Resolución No. 3200 del 06 de junio de 2019.

Por lo anterior, le solicito al despacho considerar las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado y para el caso concreto, y en atención a la fecha de vinculación del docente, se aplique el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 en concordancia con el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, a efectos de liquidar el ingreso de liquidación que le corresponda a la demandante con aquellos factores salariales que estén enlistados en la norma referenciada y se hayan realizado aportes sobre los mismos.”

II.2. Departamento del Tolima:

“En primer lugar resulta necesario establecer que la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL, le fue reconocida su pensión de jubilación, mediante Resolución No. 3200 del 6 de junio de 2019, de conformidad con lo establecido por la Ley 100 de 1993, ley 812 de 2003, decreto 3752 de 2003 y Ley 797 de 2003, Ley 962 de 2006, Decreto 2831 de 2005, entre otras.

Se debe resaltar que la mencionada resolución tuvo sustento en las normas que la demandante reclama como violadas, esto es, la Ley 100 de 1993, entre otras, lo que evidencia una contradicción en lo afirmado por la apoderada del accionante, toda vez que se limita a citar las disposiciones pero no logra demostrar que se hayan violado o incumplido las mismas. Por tal razón, esta defensa no considera necesario adentrarse en un debate jurídico sobre normas correctamente aplicadas en su momento.

El acto administrativo cuestionado precisamente se basó en las normas que prevén que se debe tener en cuenta el salario básico del año de liquidación aumentado en los factores salariales devengados por el docente al momento de adquirir el estatus de pensionado, de manera que no existe contradicción entre las normas invocadas por la parte actora y las aplicadas al momento de la liquidación y reconocimiento de la pensión.

(...)

Ahora, ha de tener en cuenta el despacho judicial, que en el presente asunto, al igual que todos los similares y que tengan relación con el reconocimiento de prestaciones laborales, sociales y prestacionales, las entidades territoriales certificadas (municipios y Departamentos) actúan por delegación legal a nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la fiduprevisora; según las

Sentencia de Segunda Instancia

disposiciones jurídicas que a continuación se mencionan; por tanto, de llegar a prosperar la presente acción judicial, deberá ser en contra de esta última, quien es la encargada de la revisión y aprobación de los actos administrativos que reconocen tales prestaciones; al igual que es la competente para el giro de los recursos económicos con que se sufraguen dichos gastos.”

Dentro del mismo escrito presentó la excepción que denominó “IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN FRENTE AL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA”,

III. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 25 de mayo de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de oficio la excepción (sic) denominada inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Tásense

CUARTO: FIJAR como agencias en derecho la suma de \$547.942 que serán tenidas en cuenta por Secretaria al momento de liquidar las costas.

Para llegar a la anterior decisión, el *a quo* consideró lo siguiente:

“Con base en los supuestos de hecho que se encuentran acreditados se concluye que, la edad para acceder a la pensión de jubilación, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL, se rige por la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que ingresó al servicio oficial docente antes del año 2003; en consecuencia, su pensión se rige enteramente por los mandatos de la ley 33 de 1985.

Ahora bien, lo que incumbe al despacho es dilucidar el ingreso base de liquidación pensional – IBL – que corresponde al sueldo y los factores que lo comprendan, como atrás quedó dicho, el Consejo de Estado a partir de sentencia de unificación proferida el pasado 25 de abril de 2019 en la que sienta una postura interpretativa distinta a la que sostuvo en la del 4 de agosto de 2010, y ratifica que los factores que se deben tener en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

En relación con la forma de liquidar la pensión y como se indicó en el marco normativo del problema jurídico, el Consejo de Estado determinó que deben tenerse en cuenta los factores sobre los que efectivamente se realizó los aportes en el último año de servicios, por lo que la entidad demandada debía realizar los aportes sobre los factores enlistados en el art. 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, como son:

Sentencia de Segunda Instancia

- *Asignación básica*
- *Gastos de representación*
- *Primas de antigüedad*
- *Técnica ascensorial 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.*

Para el presente asunto, la parte actora no acreditó que durante el último año anterior a la adquisición de su status de pensionada – 18 de febrero de 2018 al 17 de febrero de 2019- hubiere efectuado aportes sobre factores salariales adicionales a los que se acaban de enlistar, ni la entidad estaba obligada legalmente a efectuarlos, lo que conduce a denegar la pretensión dirigida a incluir los factores salariales de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios en el IBL de su prestación vitalicia.

Y en lo que atañe con las horas extras, que sí se encuentran enlistadas en la fuente normativa aplicable, el certificado solo da cuenta de las percibidas en el año 2016, que no corresponden con las presuntamente devengadas el año anterior a la adquisición del status pensional.

Se itera, que la parte actora no acreditó que durante el último año de servicios hubiera devengado – a excepción de la asignación básica- alguno de los factores enlistados en el art. 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

En vista del análisis efectuado, resulta claro que la entidad accionada no infringió el orden jurídico en que debía fundar su decisión, lo que conduce a concluir, que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, ante la ausencia de medios probatorios que imposibilitaron determinar por este despacho, los factores salariales solicitados en el escrito de demanda y sobre los cuales presuntamente se cotizó al sistema, por lo que no se puede proceder a dar una orden de reliquidación de la pensión de jubilación de la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL, sin soporte alguno. Todos los argumentos que fueron expuestos a lo largo de la providencia, resultan a su vez propicios para declarar probada la excepción de oficio denominada “Inexistencia de la obligación”. No será necesario que el Despacho se refiera a las demás excepciones formuladas, en los términos del inciso 3° del artículo 282 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A.”

IV. LA APELACIÓN

Oportunamente, la apoderada judicial de la parte accionante, interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 25 de mayo de 2021, señalando:

Sentencia de Segunda Instancia

“Desconoció el despacho, que una cosa son los regímenes de transición pensional, entre quienes se encuentran los regímenes especiales en pensiones de la Rama Judicial y el Ministerio Público y que otra cosa son los regímenes exceptuados de la ley 100 de 1993, como es el caso presente.

Así las cosas, dependiendo de la fecha de vinculación del docente, es que se definen las normas reguladoras de la pensión de jubilación, en el caso presente, las normas aplicables en su orden son el decreto 224 de 1972, las ley 33 de 1985, la ley 62 de 1985, la ley 91 de 1989 y la ley 115 de 1994, entre otras, pero no la ley 100 de 1993.

Ahora bien, teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la docente, es anterior a la ley 812 de 2003, es decir, que ingresó el 20 de agosto de 1998 y correlativo a los cambios en cuanto a la materia pensional, hay que decir que constitucionalmente en el artículo 48, se respetó el régimen pensional del que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, también lo que es, que dicho régimen no contempló requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de una pensión, por el contrario, lo que hace es limitarse a remitir a normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional.

Dado lo anterior, le solicito muy respetuosamente al juez de instancia, tener en cuenta la prueba aportada por esta servidora, y que certifica que la accionante BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL sí tenía unos derechos como HORAS EXTRAS y Bonificaciones al momento de cumplir el Status de Pensionada.

En tal virtud, y con todo respeto solicito al Honorable Tribunal Administrativo REVOCAR LA SENTENCIA APELADA y reconocer los derechos solicitados por mi mandante.”

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación interpuesto por el extremo accionante fue admitido mediante providencia del 9 de septiembre de 2021, en la que además se requirió al Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima y al accionante para que allegaran en su integridad el expediente administrativo de la actuación objeto de análisis, en cumplimiento del mandato contenido en el parágrafo 1º del artículo 175 del C.P.A.C.A, gestión que fue adelantada por la entidad departamental el 12 de octubre de 2021¹; posteriormente, en providencia adiada el 3 de noviembre de 2021, y dado que las partes conocieron tales antecedentes, se ordenó correr traslado para la presentación de los alegatos de conclusión, derecho del cual hizo uso la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹ Archivo 013 expediente digital – Tribunal-

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro del término conferido al representante del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, guardó silencio.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

VII.1. Competencia del Tribunal

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad a la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en varios actos sujetos al derecho administrativo expedidos por una entidad pública.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada contra las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1º del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

VII.2. Definición del recurso

Conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley 1437 de 2011, el estudio en esta segunda instancia se circunscribirá a la inconformidad formulada por la parte accionante en contra de la sentencia de primer grado.

VII.3. Problema jurídico

El problema jurídico se concreta en determinar si la demandante tiene o no derecho a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reliquide y pague la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio previo a la adquisición del status jurídico de pensionada BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL.

VII.4. Hechos probados

- Que la demandante nació el 18 de febrero 1964 (Folio 12 expediente administrativo).
- Que ingresó a prestar sus servicios como docente oficial el 6 de enero de 1998.
- Que adquirió el status pensional el 18 de febrero de 2019, fecha en la que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sentencia de Segunda Instancia

- Que durante el año anterior a la adquisición del status pensional, comprendido entre el 18 de febrero de 2018 y el 18 de febrero de 2019, según los antecedentes administrativos allegados a esta instancia, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, bonificación pedagógica, HE Adultos G 12, 13 y 14 D. 2277, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y horas extras (fols. 13-19 expediente administrativo).
- Que mediante Resolución No. 3200 del 6 de junio de 2019 el Secretario de Educación del Departamento del Tolima reconoció y ordenó el pago a favor de la señora Betty Velásquez Carvajal, de una pensión mensual de jubilación por valor de \$2.731.445, con efectos a partir del 19 de febrero de 2019.
- Que para la liquidación de la prestación la administración tuvo en cuenta el 75% del salario promedio mensual devengado por la accionante durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status.

VII.5. Régimen pensional aplicable a la accionante

Conforme al caudal probatorio que milita en el expediente, la Sala encuentra acreditado que la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL se desempeñó como docente, a orden de la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, y prestó sus servicios durante un periodo superior a 20 años; motivo por el cual mediante Resolución No 3200 del 6 de junio de 2019, se le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación.

En este punto, vale precisar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los docentes son **empleados oficiales de régimen especial**, lo cual comprende entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (art. 3º del Decreto 2277/79) pero, en manera alguna, su especialidad se extiende al régimen pensional; en la medida que las citadas normas no previeron requisitos específicos para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales².

En ese orden de ideas, previo a resolver el asunto, se hacen necesarias las siguientes precisiones:

El artículo 115 de la Ley 115 de 1994, dispuso:

Artículo 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. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso

² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 10 de febrero de 2011, radicación No. 73001-23-31-000-2004-01598-01(0450-09). Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Sentencia de Segunda Instancia

se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores” (Subrayado de Sala)

Ahora bien, se encuentra que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, precisó lo siguiente:

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

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

“2 pensiones...

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

Al respecto, es menester para la Sala señalar que la Ley 91 de 1989, no trajo consigo un régimen especial para los docentes respecto de las prestaciones pensionales, pues dentro de la misma se dispuso que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigente, y que los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 se regirían por las disposiciones aplicables a los pensionados del sector público nacional, es decir, las normativa de carácter general, que para en su momento no eran otras que las Leyes 33 y 62 de 1985.

A su turno, se expidió la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se creó el sistema de seguridad social integrar; no obstante, se advierte que el inciso 2º del artículo 279 de tal normativa, exceptuó a los docentes de su aplicación, cuando estableció:

ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía

Sentencia de Segunda Instancia

Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Subrayado fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 81 de la ley 812 de 2003, dispuso:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. (Negrita y subrayado fuera de texto).

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 (...).”

Bajo este panorama, se concluye que el régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, y regidos por la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes, no es otro que el consagrado en la Ley 33 y 62 de 1985, como quiera que estos se encuentran exceptuados del régimen pensional previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que no les resulta aplicable la sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional.

Adicionalmente, es importante destacar que previo a la expedición de la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985 – modificada en algunos apartes por la Ley 62 de 1985–, la cual en su inciso segundo del artículo 1º dispuso que no quedarían sujetos a la regla general de pensiones aquellos que por ley disfruten de un régimen especial, como el de los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal.

VII.6. Marco Jurisprudencial respecto al IBL de las pensiones bajo los preceptos de las Leyes 33 y 62 de 1985.

Inicialmente, la Sección Segunda de nuestro órgano de cierre, mediante sentencia de unificación de fecha 04 de agosto de 2010, C.P VÍCTOR HERNANDO ALVARADO

Sentencia de Segunda Instancia

ARDILA, radicación número: 2006-07509-01(0112-09), señaló los factores salariales que se deben tener en cuenta a la hora de establecer el ingreso base liquidación pensional, así:

“... 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.

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

Dicha sentencia, en aplicación del principio de favorabilidad (art. 53 Constitucional), concluyó que para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos se debía tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, todas aquellas sumas percibidas por el trabajador de manera habitual y periódica, como retribución directa de sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Sin embargo, la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, emitió sentencia de unificación adiada el 28 de agosto de 2018³, por medio de la cual dio un viro a la posición que venía adoptando, fijando unas subreglas, y en una de ellas precisó que para efectos de la liquidación pensional solamente debía tenerse en cuenta los factores enlistados en la norma y sobre los cuales se hubiere efectuado los correspondientes aportes o cotización. Concretamente señaló:

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

Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

³ Sentencia de Unificación de Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 28 de agosto de 2018, demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación, Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01

Sentencia de Segunda Instancia

La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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.

Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema”.

Luego, el 25 de abril de 2019 la Sección Segunda del Consejo de Estado, bajo este mismo hilo conductor, profirió otra sentencia de unificación⁴, en la que fijó las reglas relativas al ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este sentido precisó que, de acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso al servicio educativo oficial, así:

Los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por virtud de la Ley 91 de 1989, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2-19. Demandante: Abadía Reynel Toloza.

Sentencia de Segunda Instancia

los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, en esa medida, los factores salariales que se deben tener en cuenta para la determinación del ingreso base de liquidación, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985. Al respecto, la mencionada providencia fijó 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. [...]» (Negrita del texto original)

Así, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y de los nombrados a partir del 1.º 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 para hombres y mujeres
- Tiempo de servicios: 20 años
- Tasa de remplazo: 75%.
- Ingreso Base de Liquidación: Que 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
 - Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Por su parte, **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, se encuentran amparados por el régimen pensional de prima media regulado 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. Para este personal, el ingreso base de liquidación se rige por lo previsto en la Ley 100 de 1993, con los factores salariales señalados por el Decreto 1158 de 1994, sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

VII.7. Caso Concreto

En el *sub examine*, está acreditado que la demandante Betty Velásquez Carvajal ingresó al servicio docente oficial el 6 de enero de 1998, esto es, antes de la entrada

Sentencia de Segunda Instancia

en vigencia de la Ley 812 de 2003, motivo por el cual el régimen pensional que la cobija no es otro que el contenido en la Ley 33 de 1985, la cual dispuso en su artículo 1°:

*“ARTICULO 1°. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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 por ciento (75%) del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio...**” (Negrilla de la Sala).*

Así mismo en el Art. 3° *ibídem*, se estableció la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, así:

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio."

"En 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."

La anterior norma, fue modificada por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, disponiendo respecto de los factores lo siguiente:

“Art. 1° 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.”.*

Ahora bien, conforme quedó expuesto en la Resolución No. 3200 del 6 de junio de 2019, la señora Betty Velásquez Carvajal adquirió el status pensional el 18 de febrero de 2019, al cumplir con el tiempo de servicios (20 años) y la edad requerida (55 años); de manera que la pensión de jubilación correspondía liquidarse sobre los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985 devengados durante el último año de servicios, anterior al status pensional respecto de los cuales se hubiera efectuado las correspondientes cotizaciones al sistema pensional.

Sentencia de Segunda Instancia

Reposan en el plenario los antecedentes administrativos de la actuación objeto de análisis en el *sub lite*, que fueron allegados en el curso de la segunda instancia, ante la omisión del deber legal contenido en el parágrafo 1º del artículo 175 del C.P.A.C.A. por parte del Departamento del Tolima, sin objeción por las partes respecto de su contenido, el cual da cuenta que durante el año anterior a la adquisición del status pensional, comprendido entre el 18 de febrero de 2018 y el 18 de febrero de 2019, la demandante devengó los siguientes factores salariales:

- **Asignación básica,**
- Bonificación pedagógica,
- HE Adultos G 12, 13 y 14 D. 2277,
- Prima de navidad
- Prima de servicios,
- Prima de vacaciones
- **Horas extras**

Teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia, es evidente que tanto la asignación básica como las horas extras hacen parte de los factores salariales taxativamente enlistados en la Ley 62 de 1985- los demás no-, y por ende deben ser tenidos en cuenta en la prestación pensional; sin embargo, la administración en la Resolución objeto de reparo en las presentes diligencias, únicamente consideró la asignación básica, y dejó por fuera el factor de horas extras devengadas por la señora Betty Velásquez, al igual que lo hizo el Juzgado de primera instancia en la sentencia apelada.

En razón a lo anterior, será procedente revocar el fallo dictado el 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 25 de mayo de 2021, para ordenar la inclusión del factor salarial de horas extras en la pensión de jubilación de la demandante.

Finalmente, y como quiera que no obra prueba que acredite que se hicieron o no aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el factor cuya inclusión se ordenará en el presente asunto, la Sala hará las siguientes precisiones:

El artículo 48 de la Constitución reconoce a la seguridad social la doble condición de derecho irrenunciable y de servicio público prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado. La seguridad social se dirige así a "propiciar la prosperidad de los asociados con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia pueda afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la invalidez, el desempleo, el sub-empleo y las consecuencias de la muerte; a brindarle una adecuada protección a ciertos estados propios de la naturaleza humana como la maternidad y la vejez; y a ofrecerle unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le

Sentencia de Segunda Instancia

permitan desarrollarse física y psicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad⁵.

Teniendo en cuenta este mandato superior, la jurisprudencia de las Altas Cortes han reconocido de manera uniforme y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal⁶.

Es claro entonces que los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del Estado o de cualquier otro actor del sistema, tienen necesariamente destinación específica. Así mismo, la prohibición de destinación diferente guarda relación directa con el principio de sostenibilidad del sistema de pensiones, incorporado al artículo 48 Superior en el Acto Legislativo 1 de 2005, según el cual "el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

Ahora bien, el Consejo de Estado mediante sentencia del 9 de abril de 2014, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, Radicado No. 25000-23-25-000-2010-00014-01 (1849-13), señaló en cuanto a los descuentos para seguridad social en pensiones, de aquellos factores que se ordena incluir para calcular el ingreso base de liquidación de a pensión respecto de los cuales en su momento no se realizaron cotizaciones, lo siguiente:

"En el caso bajo estudio, el a quo ordenó a la liquidadora de la Entidad de previsión, "reliquidar sobre el nuevo valor de la pensión los reajustes de ley y realizar los descuentos de los aportes a pensión frente a los factores cuya inclusión se ordenó en esta providencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, de acuerdo con la normatividad aplicable para el caso y teniendo en cuenta el porcentaje que corresponda sufragar al trabajador"

No discute la Sala que la posición del Colegiado de primera instancia es ajustada a la doctrina sentada de antaño por esta Corporación, según la cual, "procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal".

Se ha establecido entonces, en múltiples pronunciamientos, que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Lo anterior debido a que el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modifica el artículo 48 de la Carta Política, dentro de las vías que introdujo para mantener la sostenibilidad

⁵ Sentencia C- 895/09

⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-111 de 2006 y C-543 de 2007.

Sentencia de Segunda Instancia

financiera del sistema pensional, señaló que “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Por ello, siendo consecuentes con el anterior propósito y teniendo en cuenta que eventualmente, en casos como el sub examine, los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral del actor desde el momento de su causación, para esta Sala resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, de aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión del accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor (pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo), de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Ahora bien, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre el valor del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores; y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que al demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado.

Los mencionados descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas del actor, dada la cuantía de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.”. (Destaca la Sala)

Posteriormente en sentencia del 19 de febrero de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, Radicado No. 25000-23-25-000-2011-00102-01 (2076-2013)⁷, se reiteró la posición frente a los descuentos para seguridad social en pensiones, así:

“Hecha la claridad anterior, para la Sala también es diáfano que lo pretendido por actor no podría negarse por el hecho que el Ministerio de Relaciones Exteriores haya hecho aportes para pensión hasta el 30 de abril de 2004 teniendo en cuenta sólo lo devengado en el cargo equivalente en la planta interna, porque -tal y como dejó en claro el a quo- la entidad demandada debe proceder a descontar de las sumas reconocidas al demandante el valor de los aportes sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal en el porcentaje que concierna a él como trabajador, y repetir contra el Ministerio en su condición de empleador para el pago del porcentaje que por el mismo concepto le corresponda.

De esta manera se hace efectivo el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional dispuesto en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 que modificó el artículo 48 Superior, del cual deriva que “para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”; y

⁷ Sentencia del 19 de febrero de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. Gustavo Gómez Aranguren, Radicado No. 25000-23-25-000-2011-00102-01 (2076-2013).

Sentencia de Segunda Instancia

como el accionante adquirió su status jurídico de pensionado con posterioridad a la reforma que se introdujo en el año 2005 al aludido artículo, en procura de evitar que el problema financiero pensional se profundice, las sumas a descontar al actor y las que debe cobrarse al Ministerio deberán ser traídas a valor presente por medio de operación que en tal sentido realice un actuario designando para ello por la entidad demandada.”.

Estos pronunciamientos avalan la teoría según la cual los descuentos que por aportes pensionales correspondan por ley al demandante, deberán realizarse durante toda la vida laboral. No obstante lo anterior, es necesario precisar que en relación con el período de tiempo en que deben descontarse los factores dejados de cotizar no existe una posición clara y unificada de nuestro órgano de cierre jurisdiccional. En efecto, el Consejo de Estado⁸ ha afirmado en diversos pronunciamientos que aquellos factores salariales que deban incluirse en la reliquidación y sobre los cuales no se hubiere cotizado **en el último año de servicio, se descuenta o retenga los montos de cotización sobre esos factores.**

En otros casos, la Alta Colegiatura⁹ ha señalado que los descuentos de los valores correspondientes a los aportes de los factores ordenados incluir en el cálculo pensional **deben efectuarse por el tiempo que percibió los mismos.** Concretamente ha precisado:

“Por las razones expuestas, la Sala de Decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado: (i) estima procedente acceder a la pretensión del señor LUIS EDUARDO DELGADO, el sentido de hacerle extensivos los efectos de la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2006-07509, con ponencia del magistrado VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA y, como consecuencia de ello, se ordenará a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo como base de liquidación la asignación básica, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de productividad, todos ellos, factores salariales por él devengados en su último año de servicios¹⁰, y con exclusión del «bonificación por recreación»,(...) (ii) ordenará a la misma entidad efectuar el recobro y descuento de los valores correspondientes a los aportes proporcionales a que haya lugar, por el tiempo que percibió los mismos factores (12% a cargo del empleador y 4% a cargo del trabajador), y (iii) declarará la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de junio de 2010.” (Negrilla fuera del texto original)

Bajo este panorama es claro para el Tribunal, que no existe una posición unificada y reiterada sobre el periodo respecto del cual se deban efectuar los descuentos por

⁸ Ver entre otras, sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de diciembre de 2016, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación número: 11001031500020160263600(AC).

⁹ Sentencia del Consejo de Estado de fecha 24 de noviembre de 2016, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 11001032500020130134100 (3413-2013).

¹⁰ Folios 18 y 19 del expediente.

Sentencia de Segunda Instancia

aportes pensionales, de manera que corresponde a la autoridad judicial, en virtud de la libertad de interpretación y autonomía judicial¹¹, adoptar el enfoque que considere es el correcto, estimando la Sala que es éste último (*descuento de los valores correspondientes a los aportes proporcionales a que haya lugar, por el tiempo que percibió los mismos factores*), el que en mayor medida respeta los principios de sostenibilidad financiera del sistema, favorabilidad¹², irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales¹³ y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales¹⁴, por cuanto guarda relación directa entre la retribución efectivamente percibida por la demandante en servicio y la prestación pensional reconocida.

La tesis según la cual se debe hacer por toda la vida laboral sin importar si percibió o no tales emolumentos de manera ininterrumpida, en efecto desconoce dicha regla básica, atentando contra los derechos del trabajador que estaría obligado realizar un pago, en este caso por más de 20 años de servicios, desconociendo si durante todo ese periodo en efecto percibió horas extras; es decir, tal postura no se compadece con la realidad fáctica y jurídica que ampara el derecho pensional de la señora Betty Velásquez.

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

Ahora bien, en este mismo escenario encontramos que tales aportes deberán ser traídos a valor presente, y para el caso concreto se deberá aplicar la fórmula de actualización que contempla el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor. Concretamente dispone la norma en comento:

“ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y

¹¹ “La gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y aliviadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. En suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia.” Sentencia T-238-11

¹² Constitución Política, artículo 53.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción”

Sentencia de Segunda Instancia

doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

VII.8. Prescripción

Para ordenar el pago de los valores resultantes de los referidos reajustes, la Sala atenderá lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que al referirse a la prescripción dispuso:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

De acuerdo con el acervo probatorio allegado al proceso, se tiene que a la señora Betty Velásquez Carvajal solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación el 3 de abril de 2019 y el mismo le fue reconocido por la Secretaría de Educación Departamental del Tolima mediante la resolución No. 3200 del 6 de junio de 2019, con efectos a partir del 19 de febrero de 2019; y la presente demanda fue radicada en el año 2020, es decir, entre la causación del derecho y el reclamo ante la jurisdicción contenciosa administrativa no transcurrieron más de tres años, motivo por el cual no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

VII.9. La actualización

Todas las sumas que sean reconocidas como consecuencia de esta sentencia, serán actualizadas conforme lo establece el artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$\underline{R = \frac{R.H. \text{ ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}}$$

Sentencia de Segunda Instancia

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de la reliquidación de su pensión desde el **19 de febrero de 2019** hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

VII.10. Condena en costas

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar si hubo o no mala fe o culpa de quien lo promovió o se opuso a él y resultó vencido.

En el sub lite, como quiera que se ha resuelto favorablemente la alzada interpuesta por la demandante (Art. 365-4 C.G.P.), y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas de ambas instancias a favor de la señora Betty Velásquez Carvajal y a cargo de la parte demandada, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

VII.11. Síntesis

Sentencia de Segunda Instancia

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, la Sala revocará la sentencia apelada proferida el 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, para declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 3220 de 2019 y ordenar la reliquidación y pago de la prestación de la señora Betty Velásquez Carvajal con inclusión del factor de horas extras devengado durante el año anterior a la adquisición del status pensional con efectos fiscales a partir del 19 de febrero de 2019; así mismo autorizará al Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, en caso de no haberlo hecho, realice los descuentos de los aportes de dicho factor debidamente actualizados conforme al índice de precios al consumidor, por el tiempo que durante la relación laboral lo percibió la demandante.

En consecuencia, se proferirá la siguiente...

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

Primero: **REVOCAR** la sentencia apelada proferida el 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda, en consonancia con las consideraciones expuestas en parte motiva de la presente sentencia. En su lugar se dispone:

Segundo: **DECLARAR** la nulidad parcial de la Resolución No. 3220 del 6 de junio de 2019, mediante la cual el Secretario de Educación del Departamento del Tolima reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL, teniendo en cuenta además del sueldo, **las horas extras** devengadas en el año anterior a la adquisición del status pensional comprendido entre el 18 de febrero de 2018 y el 18 de febrero de 2019.

Cuarto: **CONDENAR** a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a **PAGAR** a la demandante las diferencias existentes entre lo pagado y debido pagar de acuerdo a lo ordenado en el numeral tercero de esta providencia, desde el **19 de febrero de 2019** hasta el día en que se incorpore en la mesada pensional el respectivo reajuste.

Quinto: **AUTORIZAR** a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a efectuar el descuento de los aportes debidamente actualizados conforme al Índice de Precios al Consumidor (artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), sobre el factor ordenado incluir al cálculo pensional (horas

Sentencia de Segunda Instancia

extras), **por el tiempo que, durante la relación laboral de la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL** percibió tal factor salarial, siempre y cuando sobre el mismo no se hubiere efectuado deducción legal.

Sexto: Las sumas que resulten a favor de la señora BETTY VELÁSQUEZ CARVAJAL, se deberán actualizar conforme lo dispuesto en parte motiva de esta sentencia.

Séptimo: **CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandada, conforme lo expuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., siempre que en el expediente se demuestre, para lo cual se fija la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del Juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Octavo: A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Noveno: **DENEGAR** las demás pretensiones demandatorias.

Décimo: En aras del acatamiento de esta decisión, **EXPÍDASE** a favor de la demandante las respectivas copias, con las constancias del caso.

Décimo primero: **ORDENAR** la devolución de los remanentes que por gastos del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

Décimo segundo: Una vez en firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

Conforme a las directrices de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante las cuales se han tomado medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la fecha, a través de medios electrónicos y se notificará a los interesados por el mismo medio.

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado
Oral 4
Tribunal Administrativo De 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: **fee9a20f6ba30a468c3f2510d20e18f4f99b00ea68ff0d00df6ed22119e0fb26**

Documento generado en 13/12/2021 02:20:41 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>