



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Tel. 8240802 - Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00230-00
ACTOR: HERMOGENES ORTEGA GUTIERREZ
DEMANDADO: LA NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-.
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 113

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda.

El señor HERMOGENES ORTEGA GUTIERREZ identificado con la cédula nro. 4.686.780, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la NACIÓN– MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, pretendiendo la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución nro. 1284-08-2013 del 27 de agosto de 2013 mediante la cual la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca reconoció en su favor la pensión de jubilación, pero sin la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios anterior al estatus, a los cuales alega tener derecho, a saber, prima de navidad y horas extras.

Pretende el actor, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación y/o ajuste la pensión, desde el año de reconocimiento de la prestación y en adelante, y que se paguen las sumas adeudadas debidamente indexadas e intereses moratorios.

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que al haber adquirido el señor HERMOGENES ORTEGA GUTIÉRREZ el estatus pensional el 5 de agosto de 2012, por medio de la Resolución nro. 1284-08-2013 del 27 de agosto de 2013 la Secretaría de Educación del departamento del Cauca le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación, incluyendo como factores de salario la asignación básica, prima de vacaciones y auxilio de transporte, empero omitió incluir las horas extras y la prima de navidad devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, acorde lo dispuesto en las leyes 91 de 1989 y 33 de 1985.

Como normas violadas se invocaron los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53 y 228 de la Constitución Política, las leyes 5ª de 1969, 33 de 1985, 153 de 1987, 91 de 1989, 812 de 2003, 6ª de 1945, 65 de 1946, decretos 1160 de 1947, 1042 y 1045 de 1978, Código Sustantivo del Trabajo, Convenio del 1º de julio de 1949 de la OIT y Acto Legislativo 01 de 2005.

En el concepto de violación de las referidas normas, se argumentó que el acto demandado se encuentra viciado de nulidad por el hecho de quebrantar los preceptos constitucionales anotados, ya que la Carta Política de 1991 consagra los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico y garantiza un orden político, económico y social justo e igualitario.

Que, atendiendo las circunstancias laborales del accionante, en especial la fecha de vinculación al servicio docente, la entidad demandada aplicó indebidamente las disposiciones legales vigentes que lo cobijan, contrariando así normas de rango constitucional que consagran que Colombia es un estado social de derecho, que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza en todas sus modalidades de la protección del estado, sin perder de vista que los pensionados han sido reconocidos como un grupo especial, que por su condición merecen protección constitucional reforzada. Por tanto, omitir la inclusión de factores salariales en la liquidación de la pensión, desconoce el concepto de salario o sueldo legalmente establecido, y que además quebranta los principios de favorabilidad laboral, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, la condición más beneficiosa y el mínimo vital y móvil.

1.2.- La oposición por parte de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La entidad accionada, actuando a través de apoderado judicial, dentro del término de traslado contestó la demanda, oponiéndose inicialmente a las pretensiones y hechos de la misma, argumentando que el actor no tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de otros factores salariales diferentes a la asignación básica mensual y los sobresueldos, ya que su pensión se causó con posterioridad a la fecha de expedición de la Ley 812 de 2003.

Mencionó también que no es posible que se aumente el monto de la pensión del actor ya que el mismo fue pensionado por haber cumplido con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 por lo que el fondo se opone a la solicitud, en cuanto las primas de navidad, vacaciones y alimentación, no son factores salariales computables para la determinación del monto de la pensión.

Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Educación Nacional y de la Fiduciaria La Previsora S.A., indebida presentación de la demanda, prescripción e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, frente a las cuales la parte actora emitió el respectivo pronunciamiento, oponiéndose a la prosperidad de las mismas.

1.3.- Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 21 de agosto de 2018 y admitida mediante auto interlocutorio núm. 825 del 10 de septiembre de 2018, procediendo a su debida notificación.

Surtidos los traslados de la demanda y de las excepciones propuestas, mediante providencia del 5 de agosto de 2019 se programó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial para el 16 de junio de 2020, sin embargo, consecuencia de los ajustes normativos procesales derivados del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por el gobierno nacional, y atemperados a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, por catalogarse el asunto que nos

ocupa como de puro derecho y además obrar material probatorio suficiente para definir el litigio, mediante auto del 1° de julio de esta anualidad se dispuso correr traslado de alegatos.

1.3.1.- Los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público.

A esta instancia del juicio, la parte actora insistió en la pretensión de que se incluya en la pensión reconocida al señor ORTEGA GUTIÉRREZ, como factor salarial, las horas extras por él percibidas, atendiendo la sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado SUJ-014–CE-S2–2019 del 25 de abril de 2019, que estableció jurisprudencialmente el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes al servicio del estado.

Por su parte, la defensa de la entidad accionada reiteró que el régimen prestacional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, es decir, al 27 de junio de 2003, y que de lo anterior resulta que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, es el aplicado a todos los empleados públicos regidos por la Ley 33 de 1985, en los términos del artículo 1°. En virtud de lo anterior, consideró que no es procedente incluir en la liquidación de la pensión factores sobre los cuales el docente no haya hecho los respectivos aportes, por tanto, ninguna de las pretensiones estaría llamada a prosperar.

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del presente asunto.

2.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

2.1.- Presupuestos procesales.

2.1.1.- Competencia, caducidad y procedibilidad del medio de control.

Por la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la fecha de presentación de la demanda y el lugar de prestación del servicio del actor y de expedición del acto administrativo atacado, este Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 numeral 6 y 156 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece la oportunidad para presentar la demanda, y tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el numeral 2 literal d) refiere el término de 4 meses contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación o publicación del acto administrativo. No obstante, la misma norma establece que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, es decir, no atiende términos de caducidad, en los siguientes eventos:

"1. En cualquier tiempo, cuando: (...) c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. (...)"

De acuerdo con lo expuesto, es dable concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por el señor Hermógenes Ortega Gutiérrez no

ha caducado, atendiendo que la demanda busca la reliquidación de una prestación periódica, como lo es la pensión de jubilación a él reconocida.

Ahora, si bien no se verifica que el accionante haya acudido en sede administrativa a reclamar lo que hoy persigue ante este estrado judicial, aparentemente incumpliendo así el requisito de procedibilidad impuesto por el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, es decir, haber “*ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios*”, ello por tratarse de un acto administrativo unilateral y definitivo de carácter particular, es necesario precisar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado respecto de los actos administrativos que decidan sobre el derecho a la seguridad social, que no es imprescindible agotar recursos administrativos frente a la entidad que expide el acto; esto en pro de resolver la situación jurídica de las personas, sin demora:

*“El anterior panorama, fuerza a concluir, que la exigencia contenida como requisito de acceso a la vía judicial en el artículo 135 del C.C.A. en armonía con el contenido de los artículos 50, 51, 62 y 63 ibídem, limita la eficacia material del derecho a la seguridad social de las personas de la tercera edad, para el caso concreto, la eficacia del derecho prestacional de la actora, en tanto impide su definición judicial y retarda su efectividad en contravía del prevalente amparo que al respecto consagran las normas constitucionales citadas, exigible y vinculante tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales, razón por la que en el sub lite, el conjunto normativo que instituye el sistema de vía gubernativa como presupuesto procesal debe ser inaplicable atendiendo a la cláusula de excepción contenida en el artículo 4º Superior que impone la aplicación en rigor del ordenamiento constitucional de manera preferente en caso de incompatibilidad con las disposiciones de menor jerarquía”.*¹

2.2.- Problema jurídico principal.

Para esta autoridad judicial, el problema jurídico a resolver dentro del presente asunto se centra en establecer si el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a Derecho, o si por el contrario le asiste razón al señor HERMÓGENES ORTEGA GUTIÉRREZ en cuanto a que este se encuentra viciado de nulidad por el hecho de negarle la inclusión de todos los factores salariales que percibían en el año inmediatamente anterior a la fecha de la adquisición del estatus de pensionado.

2.2.1. - Problema jurídico secundario.

Se encuentra legitimada en la causa por pasiva, la Nación– Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ¿pese a que el acto administrativo enjuiciado fue expedido por la secretaría de educación territorial?

2.3.- Tesis.

Para el despacho, la entidad accionada se encuentra legitimada en la causa por pasiva, y deberá accederse parcialmente a las súplicas de la demanda, considerando que el acto administrativo que reconoció la prestación pensional en favor del señor

1 Consejo de Estado- Sección Segunda- Subsección “A”, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sentencia del 2 de octubre de 2008, Radicado número: 25000-23-25-000-2005-04715-01(2599-07), Actor: TERESA DEL SOCORRO FRANCO JAÍMES, Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS.

Hermógenes Ortega Gutiérrez, no fue expedido conforme a la normatividad vigente para la materia de estudio.

2.4.- Razones de la decisión.

Antes de pronunciarnos sobre el fondo del asunto, se hace necesario resolver lo concerniente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e indebida presentación de la demanda formuladas por la entidad accionada, sin embargo, ello se analizará en lo que respecta exclusivamente a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG, ya que la sociedad Fiduciaria La Previsora no es parte en el proceso.

2.4.1.- La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e indebida presentación de la demanda formuladas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional –FOMAG-.

Tenemos que del texto del acto administrativo objeto de control jurisdiccional se observa que en efecto este fue expedido y suscrito por la Secretaría de Educación del departamento de la época, ello en razón a un acto de delegación.

Como se recordará, para cumplir con las obligaciones de los educadores del sector público se creó el FNPSM, como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional.

Las pensiones constituyen una prestación a cargo de la Nación, cuyo reconocimiento y pago es responsabilidad del citado Fondo al tenor del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, función que puede delegar en las entidades territoriales de conformidad con el artículo 9 de esa misma normatividad, el cual señala:

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

Y aunque el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, refiere que el secretario de educación del ente territorial respectivo es quien proyecta la resolución de reconocimiento de la prestación, quien finalmente lo aprueba es el administrador del fondo, esta norma reza:

"ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

Entonces, por disposición legal el ente territorial interviene en el trámite administrativo como un canal facilitador para el reconocimiento de la prestación solicitada por los docentes, pues, aunque el secretario de educación territorial suscribe la resolución,

ello lo hace en cumplimiento de las atribuciones legales y en representación de la Nación.

De esta manera se concluye que, como el acto administrativo que reconoce y ordena pagar prestaciones de los docentes requieren aprobación del administrador del Fondo, y son suscritos por el secretario de educación en virtud del acto de delegación, reflejan así la voluntad de la Nación.

Por ende, se declarará no probada la excepción de falta de legitimación propuesta por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resolviendo la excepción relacionada con la legitimación en la causa, queda igualmente resuelta la excepción de indebida presentación de la demanda que se sustenta en similares argumentos.

2.4.2. Lo probado en el proceso.

Dentro del juicio se ha acreditado lo siguiente:

- El accionante ingresó al servicio oficial docente el 23 de febrero de 1980.
- Por el hecho de haber adquirido el estatus de pensionado el 5 de agosto de 2012, mediante la resolución nro. 1284-08-2013 del 27 de agosto de 2013 la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación en favor del señor HERMOGENES ORTEGA GUTIERREZ a partir del 6 de agosto de 2012, para lo cual se tuvo en cuenta el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes como docente, estos son, asignación básica mensual, prima de vacaciones y auxilio de transporte. Dicho acto administrativo fue notificado personalmente al señor HERMOGENES el 9 de septiembre de 2013.
- El actor nació el 05 de agosto de 1957, es decir, contaba con 55 años de edad a la fecha de expedición de la resolución de reconocimiento pensional.
- Durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, el accionante devengó los siguientes factores de salario: asignación básica, auxilio de movilización, horas extras por novedades administrativas, sueldo de vacaciones, prima de navidad y prima de vacaciones.

2.4.3.- Fuentes del derecho aplicables.

Como fuentes del derecho para decidir el asunto de reliquidación pensional por inclusión de otros factores de salario, se tendrá en cuenta:

- El artículo 48 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005
- Las leyes 33 y 62 de 1985, 91 de 1989, 100 de 1993 y 812 de 2003.

- La sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo de Estado, de 25 de abril de 2019 radicado interno 0935-2017, relacionada con los factores de salario que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional.

2.4.4.- Análisis normativo.

Conforme al marco referido, recordemos que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que creó el FNPSM, señaló que, a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se les aplicaría en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional. Dicha norma reza:

"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:

[...]

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 1 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 [...]".

Entonces, como ni las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994 consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para el sector público docente, la Ley 33 de 1985, régimen general vigente para la época, constituía para ellos el régimen aplicable en esta materia.

En la actualidad, conforme a lo establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los docentes oficiales que se vinculen a partir de su entrada en vigencia, se gobernarán en materia pensional por el régimen de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993. Mientras que, a los educadores vinculados con anterioridad a esa fecha, se continúan rigiendo por la normativa anterior; es decir, la Ley 33 de 1985.

Esa regla especial fue elevada a rango constitucional, a través del párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Menester es precisar que, si bien el sector docente oficial no cuenta con un régimen pensional especial, recuérdese que de conformidad con el artículo 5º del Decreto 224 de 1972, estos educadores tienen derecho a disfrutar la pensión de vejez y al tiempo prestar el servicio público de educación; constituyendo esta situación una excepción a la prohibición constitucional de no percibir más de una asignación del Tesoro público².

Igualmente, como empleados del sector público, les cobija el derecho a que la pensión se reliquide al retiro definitivo del servicio, en los términos del artículo 9 de la Ley 71 de 1988³.

2 "(...) El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto, para la tarea docente, pero se decretará el retiro forzoso al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad. (...)".

3 "Artículo 9.- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y

Ahora, en cuanto a los factores de salario que deben observarse para liquidar la prestación, de acuerdo con las pautas de la jurisprudencia del Consejo de Estado del año 2010 se venía dando aplicación integral a la Ley 33 de 1985; así como ordenando la inclusión de todos los factores de salario devengados por el educador en el año anterior al cumplimiento del estatus de pensionado, o del retiro definitivo del servicio, aunque los mismos no estuvieran expresamente enlistados en esa norma; ello bajo la consideración que constituían salario según la definición que hiciera la Sala Plena de la Sección Segunda de esa alta Corporación en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010.

Recientemente, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado hizo el estudio detallado del tema pensional de los docentes, recordando que no tienen un régimen pensional especial, no hacen parte del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, y estableció unas reglas para la liquidación de la pensión de jubilación de los maestros, de acuerdo a la fecha de ingreso al servicio educativo oficial, de la siguiente manera:

(i) Para aquellos educadores vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985; mientras que, (ii) para los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003 afiliados al FNPSM se les aplica el régimen pensional de prima media que prevé la Ley 100 de 1993 y su reforma, siendo los factores a tener en cuenta los previstos en el Decreto 1158 de 1994.

El Consejo de Estado fue enfático al señalar que para la liquidación de las pensiones solo deben incluirse los factores de salario sobre los que se haya realizado el respectivo aporte o cotización al sistema de pensiones, argumento que por demás tiene reforzamiento constitucional, esto es, en las disposiciones del artículo 48 Superior.

3.- Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Aterrizando al caso concreto, se observa que la pensión de jubilación del actor se reconoció teniendo en cuenta como periodo liquidable el último año de servicios anterior al estatus de pensionado, con una tasa de reemplazo del 75 %, como lo establece la Ley 33 de 1985. Sobre estos aspectos no existe controversia.

Corresponde entonces determinar si es procedente la reliquidación de la mesada pensional que reclama el demandante con la inclusión de todos los factores salariales, para lo cual realizaremos el comparativo con los factores enlistados en la referida norma, modificada por el artículo 3º de la Ley 62 de 1985, teniendo en cuenta que fue vinculado al servicio docente oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (23 de febrero de 1980).

De cara al material probatorio que obra en el expediente y de conformidad con los hechos que se encontraron probados, tenemos que el señor HERMOGENES ORTEGA GUTIERREZ en el año previo a la fecha en que adquirió el estatus jurídico de pensionado (6 de agosto de 2011 al 5 de agosto de 2012) devengó asignación

sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social. Parágrafo- La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles."

básica, prima de navidad, prima de vacaciones docente, auxilio de movilización, horas extras por novedades administrativas y pago de sueldo de vacaciones, y la pensión fue liquidada teniendo en cuenta la asignación básica mensual, prima de vacaciones y auxilio de transporte.

Por consiguiente, podemos concluir que no se incluyó el factor salarial de “horas extras por novedades administrativas” que devengaba el accionante en el año inmediatamente anterior a la fecha en la que adquirió el estatus de pensionado, factor salarial que se encuentra enlistado en la Ley 62 de 1985 y que por tanto debió incluirse como factor para efectos pensionales.

Lo anterior sin dejar de un lado que de acuerdo con los factores salariales que percibió el accionante, la liquidación de la prestación pensional a él reconocida no se acompasa del todo con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985⁴, al haber incluido factores de salario no previstos en la citada normativa, como lo son la prima de vacaciones y el auxilio de transporte, sin embargo, corresponde a la entidad accionada adelantar la acción judicial procedente, pues no se puede afectar el derecho del demandante cuya pretensión se encamina a que se incluyan factores adicionales a los reconocidos por la entidad, y por tanto, el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control, lo anterior conforme a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, ya citada, que sobre este aspecto señala:

"No obstante, la Sala observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de navidad 1/12, la prima de vacaciones 1/12, y la prima climática, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

88. El control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control”.

4.- Actualización de las sumas a reconocer.

Las sumas dejadas de pagar que conforman el retroactivo pensional por concepto de la reliquidación de las mesadas pensionales de jubilación a favor del señor ORTEGA GUTIERREZ deberán ser indexadas, de acuerdo con el artículo 187 CPACA, utilizando la siguiente fórmula acogida por el Consejo de Estado:

⁴ “ARTÍCULO 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. 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.”

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el correspondiente a las sumas dejadas de pagar mes a mes, 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 el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar.

5.- El reconocimiento de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1991.

El artículo 141 de la Ley 100 de 1991 dispone el reconocimiento de intereses moratorios como consecuencia de la mora en el pago de las mesadas pensionales, intereses que han sido entendidos como una forma de conminar a la entidad encargada de pagar las mesadas pensionales de forma oportuna, una vez se reconoce la pensión, con la finalidad de proteger a los pensionados.

Bajo ese entendido, habrá lugar al reconocimiento de intereses moratorios en caso de mora en el pago de las pensiones y que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, sin embargo, su reconocimiento solo resulta procedente cuando por parte de las entidades de seguridad social, se presenta una mora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas a favor de los pensionados.

En tal sentido, no se acredita en el asunto hoy objeto de resolución, que la entidad demandada haya incurrido en mora en el pago de la pensión reconocida al señor ORTEGA GUTIERREZ, por lo que no es posible acceder a esta pretensión.

6.- Prescripción de las diferencias pensionales.

Sobre este punto debemos señalar que el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, dispone:

"Art. 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

Por su parte, el artículo 94 de Código General del Proceso, reza:

"ARTÍCULO 94. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquélla o el de mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales

providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado... (...)."

De esta manera, se tendrá como momento de interrupción de la prescripción, el 21 de agosto de 2018, fecha en que fue presentada la demanda, atendiendo a que no existe prueba en el expediente que indique que el accionante haya solicitado reliquidación de la pensión de jubilación ante la entidad, con anterioridad a esa fecha, por contera, el restablecimiento del derecho ya anotado se dará a partir del 21 de agosto de 2015, esto es, tres años anteriores a la presentación de la demanda, consecuencia de la prescripción trienal.

7.- Agencias en derecho y costas del proceso.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, 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 General del Proceso. Sin embargo, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad accionada, toda vez que, aunque no incluyó en la liquidación pensional el factor salarial reclamado por el actor, sí incluyó otros no previstos en la ley para ese fin, de manera que el monto pensional no se vio afectado con su omisión.

8.- Decisión.

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de "falta de legitimación en la causa por pasiva" "indebida presentación de la demanda" e "inexistencia de la obligación con fundamento en la ley" propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución nro. 1284-08-2013 del 27 de agosto de 2013 mediante la cual la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca, en representación de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor HERMOGENES ORTEGA GUTIERREZ.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:

- Efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor HERMOGENES ORTEGA GUTIERREZ, en el equivalente al 75 % del salario promedio devengado durante el año anterior a adquirir el estatus de pensionado, y a partir del 6 de agosto del año 2012, incluyendo como factor salarial las "horas extras por novedades administrativas" que devengó en ese periodo.

- Pagar al demandante la diferencia arrojada entre el valor de lo que le ha cancelado por concepto de pensión de jubilación y lo que por ese mismo concepto debía pagarle, una vez reliquidado el monto de la misma e incrementando anualmente su valor, a partir del 21 de agosto de 2015, por efecto de la prescripción del derecho declarada.

Respecto del factor que se ordena incluir y en el evento en que no se haya realizado el respectivo aporte para el sistema de pensiones, se tendrán para su liquidación y sobre ella únicamente se realizarán los descuentos en el porcentaje que por ley le corresponde asumir al señor HERMOGENES ORTEGA GUTIERREZ, en su calidad de ex empleado de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Las sumas que se causen a favor del demandante serán ajustadas en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

SEXTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso y el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

SEPTIMO: En firme esta providencia, entréguese copia auténtica de la misma con constancia de ejecutoria, a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 del CGP.

OCTAVO: Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

La Jueza,



ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:

**ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

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

Sentencia NREDE núm. 113 de julio de 2020
EXPEDIENTE: 190013333008 2018 00230 00
DEMANDANTE: HERMOGENES ORTEGA GUTIERREZ
DEMANDADO: NACIÓN- MEN- FOMAG
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Código de verificación:
065599755b47df964ab29f1f205b0b3274110755c444257e60d8cc731c5243b9
Documento generado en 27/07/2020 04:15:27 p.m.