



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

Popayán, veintiocho (28) de julio de 2020.

EXPEDIENTE: 19-001-33-33-008-2018-00288-00  
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGUEZ  
DEMANDADO: LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO.

SENTENCIA núm. 130

## 1.- ANTECEDENTES.

### 1.1.- La demanda.

El señor EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGUEZ identificado con la C. C. nro. 19.146.960, 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, pretendiendo la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones nro. 360 del 15 de marzo de 2005 y 2155-10-2014 del 21 de octubre de 2014 mediante las cuales la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca reconoció en su favor la pensión de jubilación y negó el ajuste de la misma, en su orden, en cuanto a la inclusión de todos los factores devengados en el año a la consolidación del estatus prestacional.

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

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que por medio de los actos administrativos demandados la Secretaría de Educación del departamento del Cauca reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación, con la inclusión del factor de salario “asignación básica”, y posteriormente negó la solicitud de ajuste pensional, considerando que no era procedente la inclusión de otros factores de salario como lo son la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad devengadas en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, acorde lo dispuesto en las normas legales que regulan la materia.

Como normas violadas se invocaron los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política. Y de orden legal las leyes 24 de 1947, 4ª de 1966, 33 de 1985, 91 de 1989, 115 de 1994, 812 de 2003 y 1151 de 2007, y Decreto 1743 de 1966.

Sentencia NREDE núm. 130 de 28 de julio de 2020  
EXPEDIENTE: 190013333008 2018 00288 00  
DEMANDANTE: EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGEZ  
DEMANDADO: LA NACIÓN – MEN - FOMAG  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En el concepto de violación, se argumentó que con la expedición de los actos demandados se quebrantan los preceptos constitucionales y legales anotados, por cuanto al aplicarlos de forma indebida, el beneficiario de la prestación no recibe un pago justo, pasando por alto sus derechos fundamentales.

Agregó que de acuerdo con las normas legales que se tildan como vulneradas, la liquidación de la prestación debe comprender el concepto amplio de salario, devengado en el año anterior a la causación del derecho, conforme el régimen legal especial que le cobija.

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

La entidad accionada no contestó la demanda.

### 1.3.- Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 17 de octubre de 2018, y aunque fue entablada en contra del departamento del Cauca y el Ministerio de Educación Nacional, mediante auto interlocutorio núm. 980 del 6 de noviembre de ese mismo fue admitida exclusivamente contra esta última, procediendo posteriormente a su debida notificación.

Surtido el traslado de la demanda, mediante providencia del 5 de agosto de 2019 se programó 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 este asunto 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, los sujetos procesales guardaron silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del presente asunto.

## 2.- CONSIDERACIONES.

### 2.1.- Presupuestos procesales de 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 de los actos administrativos atacados, 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.d., expresa que se deberá instaurar dentro del término de cuatro (4)

Sentencia NREDE núm. 130 de 28 de julio de 2020  
EXPEDIENTE: 190013333008 2018 00288 00  
DEMANDANTE: EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGEZ  
DEMANDADO: LA NACIÓN – MEN - FOMAG  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo. Empero, igualmente el mismo articulado establece que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, aspecto que ha sido abordado en la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, es dable concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por el señor Edilfredo de Jesús no ha caducado, atendiendo que en la demanda busca la reliquidación de una prestación periódica, como lo es la pensión de jubilación a él reconocida.

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 inaplicado 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".<sup>2</sup>*

## 2.2.- Problema jurídico principal.

Para esta autoridad judicial, el problema jurídico a resolver dentro del presente asunto se centra en establecer si los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a Derecho, o si, por el contrario, le asiste razón al señor EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGUEZ en cuanto a que estos se encuentran viciados de nulidad por el hecho de negarle la inclusión de todos los factores salariales que percibía en el año inmediatamente anterior a la fecha de la adquisición del estatus de pensionado.

---

1 CONSEJO DE ESTADO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" – C. P.: JAIME MORENO GARCÍA – sentencia del 12 de octubre de 2006 -Radicación N° 73001- 23-315- 000- 2001- 02277-01 No. Interno: 4145-05 P3.

2 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 JAIMES, Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS.

### 2.3.- Tesis.

Para el Despacho, deberá denegarse las súplicas de la demanda, considerando que los actos administrativos enjuiciados fueron expedidos conforme a la normatividad vigente para la materia de estudio.

### 2.4.- Razones de la decisión.

#### 2.4.1. Lo probado en el proceso.

Dentro del juicio se ha acreditado lo siguiente:

- El accionante ingresó al servicio oficial docente el 12 de julio de 1990.
- Por el hecho de haber adquirido el estatus de pensionado el 25 de noviembre de 2004, mediante la resolución nro. 360 del 15 de marzo de 2006 el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, como representante del Ministerio de Educación Nacional en el departamento del Cauca reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación en favor del señor EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGUEZ, a partir del 26 de noviembre de 2004, para lo cual se tuvo en cuenta el 75 % del promedio del factor salarial sobre el cual realizó aportes como docente durante el último año de servicio anterior al estatus de pensionado, esto es, la asignación básica.
- El actor nació el 25 de noviembre de 1949, es decir, contaba con más de 55 años de edad a la fecha de expedición de la resolución de reconocimiento pensional.
- Mediante la resolución nro. 2155-10-2014 del 21 de octubre de 2014, la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Cauca negó al actor la solicitud de reliquidación pensional, al considerar improcedente la inclusión de otros factores de salario diferentes al que sirvió de base para el reconocimiento pensional.
- Durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, el accionante devengó los siguientes factores de salario: asignación básica, prima vacacional, prima de navidad y prima de alimentación.

#### 2.4.2.- 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.

### 2.4.3.- Análisis jurídico.

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, 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 público<sup>3</sup>.

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 1988<sup>4</sup>.

---

3 "(...) 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. (...)".

4 "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 sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social. Párrafo- 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."

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 (12 de julio de 1990).

De cara al material probatorio que obra en el expediente y de conformidad con los hechos probados, tenemos que el señor EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGUEZ en el año previo a la fecha en que adquirió el estatus jurídico de pensionado (26 de noviembre de 2003 al 25 de noviembre de 2004) devengó asignación básica, prima vacacional, prima de navidad y prima de alimentación, y la pensión fue liquidada teniendo en cuenta la asignación básica mensual.

Sentencia NREDE núm. 130 de 28 de julio de 2020  
EXPEDIENTE: 190013333008 2018 00288 00  
DEMANDANTE: EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGEZ  
DEMANDADO: LA NACIÓN – MEN - FOMAG  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por consiguiente, podemos concluir que el único factor salarial a incluir en la liquidación pensional del actor es la asignación básica mensual, como en efecto ocurrió.

#### 4.- 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 presente asunto, que la entidad demandada haya incurrido en mora en el pago de la pensión reconocida al señor GUTIERREZ RODRIGUEZ, por lo que no es posible acceder a esta pretensión.

#### 5.- 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 parta actora, a pesar de la no prosperidad de la demanda, dado que el cambio del criterio jurisprudencial sobre la reliquidación pensional de docentes oficiales, se presentó encontrándose en curso el presente asunto.

#### 6.- 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: Negar las pretensiones de la demanda, conforme lo señalado en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, por la razón expuesta.

TERCERO: 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.

Sentencia NREDE núm. 130 de 28 de julio de 2020  
EXPEDIENTE: 190013333008 2018 00288 00  
DEMANDANTE: EDILFREDO DE JESUS GUTIERREZ RODRIGEZ  
DEMANDADO: LA NACIÓN – MEN - FOMAG  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CUARTO: Archívese el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre firmeza esta providencia. Por secretaría liquidense 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

Código de verificación:

**093a3b9ba62eabe0b4e4ab61e5888292dedc954ec37885c793e635faa17d7d5b**

Documento generado en 28/07/2020 02:39:50 p.m.