



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta (30) de junio de 2021

Expediente: 19-001-33-33-008-2017-00225-00
Demandante: SERGIO JIMENEZ MAMIAN
Demandado: LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sentencia núm. 112

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora¹.

El señor SERGIO JIMENEZ MAMIAN identificado con la C. C. nro. 14.932.884, 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 del acto administrativo contenido en la resolución nro. 0815 del 16 de octubre de 2003 expedida por el citado fondo de prestaciones, a través del cual le fue reconocida en su favor la pensión vitalicia de jubilación, sin la inclusión de todos los factores devengados en el año a la consolidación del estatus pensional.

Pretende el actor, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación y/o ajuste de la pensión a él reconocida, conforme las normas de transición para el sector oficial, promediando el salario mensual devengado en el último año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus de pensionado, con la inclusión de todos los factores devengados en dicho lapso, el pago de la diferencia que surja de la reliquidación, debidamente indexado, y reconocimiento de intereses y costas procesales.

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que al haber cumplido los requisitos legales el 28 de noviembre de 1995, le fue reconocido el derecho pensional sin la inclusión de los factores devengados en el último año anterior, acorde lo dispuesto en las normas legales que regulan la materia.

Como normas violadas se invocaron los artículos 2, 13, 25, 48, 53, 58, 93 y 209 de la Constitución Política. Y de orden legal las leyes 16 de 1972, 319 de 1996, 33 y 62 de 1985, 100 de 1993 y decretos 692 de 1994, 1848 de 1969, y 1045 de 1978.

En el concepto de violación, se argumentó que con la expedición del acto demandado 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 derechos humanos, y sus derechos y principios fundamentales, entre otros, la seguridad social, la condición más beneficiosa, la proporcionalidad, inescindibilidad de la ley y favorabilidad.

La parte accionante no hizo uso de su derecho a presentar alegatos de conclusión.

¹ Folios 1 a 10 del expediente físico

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO².

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 él fue pensionado por haber cumplido con los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, por lo que la entidad que representa se opone a la demanda en cuanto a los factores salariales que de acuerdo con esta norma sean 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 no emitió pronunciamiento alguno.

Guardó silencio en la oportunidad para presentar alegatos de conclusión.

1.3.- Postura y argumentos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado³.

En su intervención, este organismo consideró que, acorde a la jurisprudencia vigente, claramente se ha determinado que cualquiera que sea el régimen prestacional que regule el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, en su liquidación solamente se deben tener en cuenta aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes.

Agregó que, de acuerdo al marco normativo que regula la materia, los requisitos para acceder a la pensión por parte de los docentes oficiales vinculados antes del 26 de junio de 2003 son 20 años de servicio continuos o discontinuos y la edad de 55 años. La tasa de reemplazo es el 75 % y el Ingreso Base de Liquidación corresponde al último año de servicios prestados como docente, con la inclusión de los factores que sirvieron de base para realizar los respectivos aportes, es decir: la 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.

Guardó silencio en la oportunidad para presentar alegatos de conclusión.

1.4.- Concepto del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este despacho no rindió concepto es este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

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.

² Folios 35 a 38 ib.

³ Expediente digital.

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) 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 Estado⁴.

De acuerdo con lo expuesto, es dable concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado por el señor Jiménez Mamian 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".⁵

2.2.- Problema jurídico.

Corresponde determinar si el acto administrativo objeto de control de legalidad se encuentra ajustado a Derecho, o si, por el contrario, le asiste razón al señor SERGIO JIMENEZ MAMIAN en cuanto a que este se encuentra viciado 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.

Deberá también determinarse si el accionante era beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y si por tanto debió ser pensionado bajo las reglas de la Ley 6 de 1945.

2.3.- Tesis.

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, en razón a que el acto administrativo enjuiciado fue expedido con infracción de las normas vigentes que regulan actualmente el tema pensional en el país.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

⁴ Consejo de Estado- Sección Segunda- Subsección "A", Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA – sentencia del 12 de octubre de 2006 -Radicación N° 73001- 23-315- 000- 2001- 02277-01 No. Interno: 4145-05 P3.

⁵ 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.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

- El señor JIMENEZ MAMIAN nació el 28 de noviembre de 1945.
- Laboró como docente oficial desde el 10 de octubre de 1964 al 8 de abril de 1965 para el departamento del Cauca, y del 13 de octubre de 1969 al 28 de noviembre de 1995 para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y adquirió su estatus de pensionado el 28 de noviembre de 1995.
- Mediante la resolución nro. 867 del 1.º de noviembre de 1996 el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio reconoció y ordenó pagar en su favor una pensión vitalicia de jubilación, a partir del 29 de noviembre de 1995, en el equivalente al 75 % del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios a la fecha en que adquirió el estatus (28 de noviembre de 1995), tomando como factores de salario la asignación básica mensual y la prima de navidad.
- Luego, a través de la resolución nro. 0815 del 16 de octubre de 2003 el representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizó el ajuste pensional por retiro del servicio y ordenó el pago en su favor a partir del 29 de noviembre de 1995, liquidándose la mesada pensional con la inclusión de la asignación básica y sobre sueldo doble. Esta pensión fue compartida con el departamento del Cauca en una proporción de 98.133 % / 1.86 % teniendo en cuenta los aportes que realizó a este por el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 1964 y el 8 de abril de 1965 - fls. 13 a 15-.
- En el año previo al retiro definitivo del servicio (28 de noviembre de 1994 y 27 de noviembre de 1995) devengó asignación básica y prima de navidad –fl. 18-.

SEGUNDA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos jurídicos.

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo y en la actualidad⁶:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

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 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, así:

"(...) Párrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 (...)"

Menester es precisar que, si bien el sector docente oficial no cuenta con un régimen pensional especial, recuérdese que de conformidad con el artículo 5 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.

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

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 1988⁷.

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

⁷ "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."

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. Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de la sentencia de 28 de agosto de 2018 revaluó la tesis de la Sección Segunda, restringió el alcance del concepto de salario y sentó unas reglas jurisprudenciales.

Al respecto, una de las sub-reglas de la jurisprudencia precisó que los factores de salario que integran el IBL son únicamente aquellos sobre los que se realizaron los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

"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"

Si bien la sentencia IJ de 28 de agosto de 2018 hizo referencia al IBL de la Ley 33 de 1985 aplicable en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; y aunque el sector docente oficial afiliado al FNPSM no se rija por el Sistema Integral de Seguridad Social en virtud de la excepción consagrada en el artículo 279 de esta normatividad; para este despacho judicial constituía una pauta transversal aplicable a la liquidación del IBL de todas las pensiones de vejez, en tanto varió significativamente el concepto de salario. Con base en este argumento, desde el año 2018 recogimos el precedente que se venía aplicando para la liquidación de las pensiones de los educadores oficiales.

Luego, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado pese a que no tomó como precedente la sentencia de unificación antes referida, 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, (i) Para aquellos educadores vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores que se deben tener en cuenta son solamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º 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. Veamos:

- a. *En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*
- b. *Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.*

El Consejo de Estado ha sido enfático en 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 de la Carta.

Tenemos que el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, en sus párrafos 2 y 3 implementó a su vez un régimen de transición, instituyendo que, al momento de entrar en vigencia, esto es, 13 de febrero de 1985, a quienes tuvieran 15 años continuos o discontinuos de servicios, o hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, continuarían aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regía en la normativa anterior:

"PARÁGRAFO 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

(...)

PARÁGRAFO 3. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley".

El Consejo de Estado en sentencia de 26 de febrero de 2009, Exp. 2559-07⁸, consideró que no se trataba solamente de la aplicación del requisito de la edad, sino que debían aplicarse la totalidad de las normas anteriores a la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de favorabilidad.

De acuerdo a lo anterior, cuando se acredita la condición de beneficiario del régimen de transición establecido en la mencionada Ley 33 de 1985, se le permitía pensionarse con el régimen anterior, que para el presente caso es el contenido en la Ley 6 de 1945, que tiene como requisitos para pensionarse, haber laborado 20 años continuos o discontinuos y tener 50 años de edad, sin distingo de sexo.

Posteriormente, se expide la Ley 4ª de 1966, la cual, en lo pertinente modificó el artículo 17 de la Ley 6 de 1945 y determinó que las pensiones se liquidarían y pagarían tomando como base el 75 % del promedio mensual obtenido en el último año de servicios:

"Artículo 4º. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios".

En cuanto a los parámetros para la liquidación del derecho pensional, conforme a las normas señaladas, ante la ausencia de regulación expresa, se acudió a los presupuestos del Decreto 1045 de 1978, que en su artículo 45⁹ hace referencia a los factores de salario para la liquidación de la prestación solicitada:

"De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) La prima de vacaciones;*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."*

⁸ Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Actor: CARLOS AUGUSTO MONROY RINCON, Demandado: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA – CAPRESUB.

⁹ Sobre el particular se pronunció la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 01 de agosto de 2013, mediante la cual se resolvió la acción de tutela promovida por Jesús Alzate Acevedo contra el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

A partir de las normas enunciadas resulta palmario que los empleados que laboraron hasta antes de la vigencia de las Leyes 33 y 62 de 1985, se les debía efectuar el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión, teniendo en cuenta la inclusión de los factores salariales devengados el último año de prestación de servicios, los cuales se encuentran taxativamente enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 mencionado.

TERCERA: 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.

Empero se ha determinado que el señor JIMENEZ MAMIAN aportó al sistema de pensiones como docente oficial desde el 10 de octubre de 1964 al 8 de abril de 1965 para el departamento del cauca, y del 13 de octubre de 1969 al 28 de noviembre de 1995 para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir, en vigencia de la Ley 33 de 1985 cumplió 50 años de edad ya que nació el 28 de noviembre de 1945, y más de 20 años de servicio (al 13 de febrero de 1985 registra 16 años, 5 meses y 28 días de servicios), por lo que se considera, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 1.º, parágrafos, de la citada norma, por tanto, le permitía pensionarse con el régimen anterior, que como ya se dijo, es el contenido en la Ley 6 de 1945, que exige un tiempo de servicios de 20 años continuos o discontinuos y la edad de 50 años.

Para liquidar la prestación, mediante la resolución nro. 867 del 1.º de noviembre de 1996 el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio reconoció y ordenó pagar en su favor la pensión vitalicia de jubilación, a partir del 29 de noviembre de 1995, en el equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicios a la fecha en que adquirió el estatus (28 de noviembre de 1995), y tomando como factores de salario la asignación básica mensual y la prima de navidad, pero, posteriormente, a través de la resolución nro. 0815 del 16 de octubre de 2003 el representante de dicho fondo realizó el ajuste pensional por retiro del servicio, liquidándose la mesada pensional con la inclusión de la asignación básica y sobre sueldo doble, cuando la inclusión inicial de la prima de navidad, le era más favorable, y además dicho sobre sueldo no fue devengado durante el año anterior a la adquisición del estatus jurídico de pensionado.

Para este despacho, la situación plasmada vulnera el principio de inescindibilidad de la ley¹⁰, pues al estar cobijado el demandante por el régimen de transición previsto en la Ley 33 de 1985, el Ingreso Base de Liquidación –IBL–, también debe ser liquidado conforme a lo dispuesto en el régimen anterior (Ley 6 de 1945), como lo estipuló la misma Ley 33 de 1985.

Pues si bien, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 estableció que el IBL debía liquidarse conforme la misma ley (inciso 3, artículo 36), el régimen de transición que se consagra en la Ley 33 de 1985 expresamente ordena que la liquidación de la pensión de jubilación debe realizarse conforme la normativa anterior.

De cara al material probatorio referenciado, se considera que la entidad demandada omitió entonces realizar la liquidación de la pensión de jubilación del señor SERGIO JIMENEZ MAMIAN, conforme la normativa a él aplicable, que como antes se señaló es la Ley 6ª de 1945, y con la inclusión de los factores salariales enlistados en el Decreto 1045 de 1978, en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus, ya que durante los años 1994 y 1995 devengó, como ya se indicó, la asignación básica y prima de navidad.

Por lo antes expuesto, este despacho accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda del señor JIMENEZ MAMIAN por considerar que cumplió con los requisitos exigidos en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1045 de 1978 para obtener la pensión de jubilación, y en esa medida se accederá al reconocimiento de la misma a partir del 29 de noviembre de 1995, aplicando setenta y cinco (75 %) del promedio obtenido en el último año

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 12 de septiembre de 2014. Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-00632-01(1434-14)

de servicio inmediatamente anterior a adquirir el estatus jurídico de pensionado, con la inclusión de la asignación básica y la prima de navidad.

Las sumas dejadas de pagar por concepto de la pensión de jubilación a favor del accionante, deberán ser indexadas, bajo los siguientes parámetros:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente R, resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el correspondiente pago.

Para tal fin, la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO deberá atemperarse a la compatibilidad pensional existente con el departamento del Cauca, en la proporción legalmente prevista y de acuerdo con los aportes que realizó a cada una de estas entidades; e igualmente tendrá en cuenta que el disfrute de la prestación económica es incompatible con el desempeño de cargos públicos, por lo que esta solo puede ser percibida desde el momento en que se verifique la desvinculación laboral del servicio oficial.

3.1.- 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 SERGIO MAMIAN, por lo que no es posible acceder a esta pretensión.

3.2. - Prescripción de las diferencias pensionales.

Respecto a la prescripción trienal, teniendo en cuenta que el accionante no ha elevado solicitud en sede administrativa, buscando la reliquidación pensional, para efectos de prescripción de los derechos que surgen con la presente providencia, se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 94 del Código General del Proceso, es decir, para ello se tendrá en cuenta la fecha de presentación de la demanda -31 de julio de 2017-, por consiguiente se entenderán prescritas las mesadas pensionales anteriores al 31 de julio de 2014.

3.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en 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 CGP.

Además, en los términos del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó esta disposición normativa, la condena en costas se dispondrá cuando se establezca que se

presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, lo que no ha ocurrido en el presente caso, de manera que no hay lugar a imponerlas.

4.- 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 probada la excepción de “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*”, formulada por la defensa de la entidad demandada.

SEGUNDO.- Declarar probada la excepción de prescripción formulada por la defensa de la entidad demandada, según lo expuesto.

TERCERO.- Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución nro. 0815 del 16 de octubre de 2003 expedido por la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través del cual le fue reconocida al señor SERGIO JIMENEZ MAMIAN la pensión vitalicia de jubilación, sin la inclusión de todos los factores devengados en el año a la consolidación del estatus prestacional, conforme lo expuesto en precedencia.

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

- Reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor SERGIO JIMENEZ MAMIAN identificado con la cédula de ciudadanía nro. 14.932.884, equivalente al 75 % del salario promedio obtenido en el último año de servicio inmediatamente anterior a adquirir el estatus jurídico de pensionado, con la inclusión de la asignación básica y la prima de navidad, y a partir del 29 de noviembre de 1995.

- 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 31 de julio de 2014 (por prescripción trienal).

- Los valores resultantes serán indexados con base en el IPC conforme al artículo 187 del CPACA, siguiendo la fórmula descrita en la parte motiva de esta providencia.

- La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO deberá atemperarse a la compartibilidad pensional existente con el departamento del Cauca, en la proporción legalmente prevista y de acuerdo con los aportes que realizó a cada una de estas entidades; e igualmente tendrá en cuenta que el disfrute de la prestación económica es incompatible con el desempeño de cargos públicos, por lo que esta solo puede ser percibida desde el momento en que se verifique la desvinculación laboral del accionante, del servicio oficial.

QUINTO.- La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN 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.

SEXTO.- Sin condena en costas, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- Archívese el expediente una vez cobre firmeza esta providencia, previa entrega de copia con constancia de ejecutoria a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 del C.G.P.

Sentencia NREDE núm. 112 de 30 de junio de 2021
Expediente: 19-001-33-33-008-2017-00225-00
Accionante: SERGIO JIMENEZ MAMIAN
Demandado: LA NACIÓN. MIN. EDUCACIÓN- FOMAG
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por secretaría liquídense los gastos del proceso

OCTAVO.- 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 52 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



ZULDERY RIVERA ANGULO

**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:

8a5a1c3191f91db68f4aa7bfe9ba81f53cc9500911efd50387f2387aaf3c0349

Documento generado en 30/06/2021 10:35:21 AM

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