



105/1c

Cartagena de Indias, D.T. y C seis (6) de abril de dos mil dieciocho (2018)

<b>Acción:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado No:</b>	<b>1300123330000-2015-00472-00</b>
<b>Accionante:</b>	<b>JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA</b>
<b>Accionado:</b>	<b>NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Tema:</b>	<b>AJUSTE DE PENSION JUBILACIÓN CON INCLUSION DE FACTORES SALARIALES/DOCENTE NACIONAL</b>
<b>Magistrada Ponente:</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Procede la Sala Fija de Decisión No 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso adelantado por JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

## I.- ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA

#### 1.1. Hechos

- 1.1.1 José Ramón Troughón Miranda, nació el 17 de septiembre de 1993 y prestó sus servicios por más de 20 años como docente **nacional** a partir del 23 de mayo de 1978 hasta el 22 de mayo de 1998, tiempo durante el cual se le realizaron los descuentos para el pago de aportes a pensión, a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- 1.1.2 Adquirió su estatus pensional el 22 de mayo de 1998 encontrándose en el grado 14 del escalafón nacional docente.
- 1.1.3 Mediante Resolución No. 0437 del 16 de junio de 1998, se le reconoció pensión de jubilación vitalicia en cuantía de \$665.709, efectiva a partir del 23 de mayo de 1998, con base en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta la asignación básica y la prima de alimentación.
- 1.1.4 No devenga otra pensión incompatible con la reconocida.



## 1.2 Pretensiones.

Declarar la nulidad de los Actos Administrativos contenidos en las **Resoluciones No. 0437 del 16 de junio de 1998**, mediante la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación, y **No. 2063 del 13 de marzo de 2015**, a través de la cual se negó su reajuste con la inclusión de factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición de su status pensional.

A título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la demandada a:

- a) Reliquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado.
- b) Indexar la primera mesada pensional.
- c) Pagar los reajustes ordenados por el Gobierno Nacional para las pensiones de jubilación, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y demás normas aplicables.
- d) Reajustar las sumas conforme al IPC o al por mayor.
- e) Pagar de manera indexada las sumas de dinero adeudadas.
- f) Dar cumplimiento a la sentencia en el término legal.
- g) Pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en los términos del inciso tercero del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

## 1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Leyes 6 de 1945, 33 de 1985, 71 de 1988 y 91 de 1989. Decretos Ley 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Conceptos de violación:

### **a) Infracción de las normas legales en las que debía fundarse, por omitir su aplicación**

Los actos acusados infringieron las normas invocadas como violadas, porque el demandante no pudo hacer efectivo el derecho a percibir de manera oportuna y completa la pensión de jubilación, muy a pesar que conforme al párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con el inciso 1º del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional de los docentes vinculados hasta el 26 de junio de 2003 – como es el caso del actor se encuentra regulado en las normas anteriores a esta última ley, esto es, en las Leyes 24 de 1947, 5 de 1969, 71 de 1988 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 – por remisión del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 – las cuales ordenan la liquidación de la pensión de jubilación con base en el 75% del promedio salarial devengado en el último año de servicios.



Atendiendo el carácter especial del régimen pensional docente, reiterado por los parágrafos transitorios 1º y 2º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aquellos servidores conservan el derecho a disfrutar la mesada adicional del mes de junio, sin importar la cuantía de la mesada pensional que reciban, dispuesta en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, y reiterada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995.

De conformidad con los artículo 4º de la Ley 700 de 2001 y 141 de la Ley 100 de 1993, la demandada incurrió en mora al no pagar de manera oportuna la pensión de jubilación del demandante, ya que la obligación se cumplió de manera imperfecta porque no se incluyó la totalidad de los factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, lo que da derecho a reclamarla.

### **b) Violación de la Ley por interpretación errónea**

La interpretación errónea condujo a que se omitiera la aplicación del artículo 99 del Decreto Nacional 1848 de 1969, que ordena reconocer la prestación con base en la totalidad de los factores salariales devengados en el último año, sin perjuicio de efectuar los descuentos correspondientes a los factores no tenidos en cuenta para cotización o adeudados.

### **c) Desacato de la Jurisprudencia Unificada sobre la materia**

Citó el incumplimiento de la sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, y la sentencia del 26 de agosto del mismo año, en las que se precisó que cuando fuera procedente liquidar la pensión de jubilación de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores salariales que se devengaron durante el último año de servicios – previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse -, de conformidad con una interpretación guiada por los principios de primacía de la realidad sobre la formalidad, progresividad, favorabilidad e inescendibilidad.

## **2. LA CONTESTACIÓN**

### **2.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>1</sup>**

Adujo que, la pensión que se le reconoció al actor se liquidó conforme a la ley 33 de 1985 que en su artículo 1º estableció que el pago mensual de la pensión de jubilación de los servidores públicos será el equivalente al 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por ello, la solicitud de reliquidación de pensión con la inclusión de factores generados durante el último año de servicios no es procedente conforme al parágrafo segundo del artículo primero de la misma Ley.

<sup>1</sup> Folios 48-58



De acuerdo a la Ley 812 de 2003 y al Decreto 3752 del mismo año, que le resultan aplicables al demandante, los únicos factores sobre los cuales se debe realizar la liquidación de la pensión son aquellos por los que efectivamente haya realizado aportes.

Agrega que el Decreto 3752 de 2003 fue derogado en cuanto a los factores que se deben de tener como aportes para pensión, luego a partir del 25 de julio de 2007, la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, se realizará teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, pero esa no es la situación en el presente caso, por cuanto el demandante adquirió el estatus de pensionado en vigencia del artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, manteniéndose inmodificables dichas circunstancias, por ser situación jurídica ya consolidada y respecto de la cual la Ley 1151 de 2007 no estableció alteración.

### **3. Alegatos de conclusión.**

#### **3.1 Parte demandante**

Guardo silencio.

#### **3.2 Parte demandada**

Guardo silencio.

#### **3.3 Concepto del Ministerio Público**

Solicita que se accedan a las pretensiones de la demanda y en consecuencia se acceda a la solicitud de reliquidación pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Lo anterior lo sustenta argumentado que al caso concreto le es aplicable lo dispuesto con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003, pues el actor estuvo vinculado con suficiente antelación a la vigencia de la misma.

## **II. CONTROL DE LEGALIDAD.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes y el Ministerio Público u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso y/o impidan proferir sentencia de fondo.



### III. CONSIDERACIONES

#### 1. COMPETENCIA

Esta Sala tiene competencia para decidir, en primera instancia, la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 152 del CPACA, y en atención a que se trata un asunto de carácter laboral y cuya cuantía excede los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### 2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la fijación del litigio, la Sala encuentra que los problemas jurídicos, se concretan en los siguientes cuestionamientos:

***¿Cuál es la norma aplicable para la reliquidación de la pensión de jubilación del actor?***

***¿Tiene derecho el actor a que se reliquide su pensión de jubilación, tomando como base todos los factores salariales devengados en el último año de servicios o incluyendo sólo aquellos sobre los cuales efectivamente haya realizado aportes como lo aduce la entidad accionada?***

Como segundo problema jurídico se resolverá:

***¿Ocurrió el fenómeno jurídico de la prescripción de las mesadas pensionales del actor, como lo reclama la entidad accionada?***

#### 3. TESIS

La Sala sostendrá como tesis que para la reliquidación pensional le resulta aplicable en su integridad lo preceptuado en la Ley 33 de 1985, interpretada de cara a los postulados y principios constitucionales que propenden por los principios de favorabilidad y progresividad.

En virtud de lo anterior, le asiste derecho a que su mesada pensional le sea reliquidada con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior a la adquisición de su status pensional.

En cuanto a la prescripción se declarará que operó respecto de todas aquellas mesadas causadas con anterioridad al 23 de enero de 2012.

#### 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado debe la Sala determinar cuáles son las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor en su calidad de docente nacional.



#### **4.1 De la pensión de jubilación del nivel nacional:**

El régimen prestacional y pensional de los servidores del sector oficial ha sido reglamentado por las Leyes **6ª de 1945** y **4ª de 1966** y los **Decretos 3135 de 1968** y **1848 de 1969**, los cuales frente al monto pensional establecieron que el mismo sería calculado sobre el 75% de todo lo percibido por concepto de salario en el último año de servicios.

A su turno, la Ley 33 de 1985 por la cual se dictaron algunas normas sobre las Cajas de Previsión y las prestaciones sociales para el sector público, vigente a partir del 13 de febrero de 1985<sup>2</sup>, y aplicable a los empleados oficiales de **todos los órdenes**, en su artículo 1º dispuso que las pensiones de los empleados oficiales fueran liquidadas sobre los mismos factores que sirvieron para calcular sus aportes durante el último año de servicios. Para tal efecto, en su artículo 3º hizo una relación de cuáles serían tenidos en cuenta para la determinación de la base de liquidación de los aportes. Sin embargo, el H. Consejo de Estado al estudiar la norma ha reiterado que los mismos no tienen carácter taxativo sino simplemente enunciativo. Así, en sentencia de Unificación de fecha 4 de agosto de 2010, Exp. No 0112-09, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila<sup>3</sup>, precisó que los factores de salario a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, enlistados en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa.

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

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978...” (Se resalta)

<sup>2</sup> Sobre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, puede consultarse la sentencia C 932-06 de la H. Corte Constitucional, de fecha 15 de Noviembre de 2.006, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

<sup>3</sup> Sentencia que fue reiterada en sede de Unificación por el H. Consejo De Estado en providencia de fecha veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente: 25000234200020130154101, Accionante Rosa Ernestina Agudelo Rincon.





La Ley 33 de 1985, en su artículo 1º párrafo 2º 4 estableció un régimen de transición en virtud del cual, los empleados oficiales tanto del orden nacional como departamental que a la fecha de su promulgación dada el 13 de febrero de 1985, contaran con 15 años continuos o discontinuos de servicio o hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse, se sujetarían a las disposiciones anteriores.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación dispuesto en virtud de la Ley 45 de 1975, se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ordenó que a partir de su vigencia el personal nacional y nacionalizado seguiría en materia prestacional las siguientes reglas:

"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 1º de enero de 1.990 será regido por las siguientes reglas:

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

Acorde con el contenido de la Ley 91 de 1989, las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales se rigen por las normas **vigentes** aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro. Sobre tal aspecto es necesario precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención.

<sup>4</sup> "Artículo 36: El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

...  
PARAGRAFO 2o. 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 3º. 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."





La Ley 115 de 1994 – General de Educación-, remitió la regulación del régimen prestacional de los educadores estatales a lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y en esa misma ley.<sup>5</sup>

Por otra parte, con la Ley 100 de 1993 se introdujo una modificación al anterior sistema general de pensiones, en cuanto a edad, tiempo de servicios y factores de liquidación, regulando en materia pensional que el monto de la prestación oscilaría entre el 65% y el 85% del Ingreso Base de Liquidación, disposición de cobertura general que dejó atrás los regímenes establecidos a través de las normas dictadas con anterioridad a su expedición, salvo situaciones especiales en las que no sería aplicable y que fueron consagradas bajo la figura del régimen de transición para quienes a la fecha de su vigencia contaran con 35 años de edad o más en el caso de mujeres o 40 años de edad para los hombres:

Finalmente, la Ley 812 de 2003 que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006, reglamentada por el Decreto 3752 del mismo año, de igual forma dispuso que los docentes de todos los órdenes gozarían del régimen prestacional establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia. Así mismo, recopilando la disposición contenida en la Ley 33 de 1985<sup>6</sup>, ordenó que las prestaciones sociales que se causaran a partir de su vigencia y que estuvieran a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se calcularían teniendo en cuenta la base de la cotización sobre la cual se aporta.

**"Artículo 3º.** Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente."

Cabe destacar que pese a que el artículo transcrito (3º del Decreto 3752 de 2003) fue derogado por la Ley 1151 de 2007, su cita es necesaria por cuanto el mismo se encontraba vigente para la época de los hechos que fundamentan el presente proceso.

En síntesis, el régimen pensional de los **docentes nacionales** vinculados con anterioridad al año 1989 es el descrito por las leyes 33 y 62 de 1985, a menos que se encuentren dentro del régimen de excepción del artículo 3º de la Ley 33 de 1985, evento en el cual son aplicables los Decretos anteriores, esto es, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

#### **4.2 Tratamiento jurisprudencial en cuanto a los factores de salario a tener en cuenta para la reliquidación pensional.**

La Sala aplicará el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 4 de agosto de 2010, Exp. No 0112-09, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila,

<sup>5</sup> Art. 115 Ley 115 de 1994.

<sup>6</sup> Parágrafo del Artículo 3º.



sobre los factores de salario a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, concluyendo que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

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

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de Julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó<sup>7</sup>:

**"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."**

(... ) La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación trae como consecuencia la regresividad de los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. (...)

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

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978..." (Se resalta)

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia 9 de Julio de 2009, Ref: Expediente No (0208-2007).



#### **4.3 De la indexación de la primera mesada.**

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha reiterado en sentencias SU 120 de 2003, SU-1073 de 2012, entre otras, que la indexación de la primera mesada ha tenido variables posturas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Laboral y que por vía de tutela se ha llenado el vacío legal que se presenta frente a los trabajadores que se retiran del servicio cuando han cumplido los 20 años de servicios pero no han alcanzado la edad para obtener el derecho a su pensión de jubilación. En dichos eventos, al no existir disposición legal aplicable al caso concreto, el Juez en cada caso particular está obligado a aplicar los principios de equidad, favorabilidad y demás postulados ius fundamentales que rigen la relación del trabajador con el patrono sean éstos públicos o privados.

Mientras que en la Ley 100 de 1993 se consagra expresamente el derecho al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en su artículo 21, disponiendo la actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones no sólo de vejez sino también la de invalidez y sobreviviente, "con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE" y en el artículo 36 se contempla que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos, dentro de las cuales se incluye la indexación del salario base para la liquidación de la pensión. En relación con la pensión sanción el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 consagra que, "La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE"; el legislador guardó silencio frente a la manera de actualizar la mesada de quien se ha retirado del servicio sin el cumplimiento del requisito de la edad.

En este orden de ideas, el problema de la indexación de la primera mesada pensional surge en razón de la inexistencia de una norma que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida, pero cuyo reconocimiento pensional es hecho en forma posterior.

Lo anterior, porque el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo establecía la posibilidad del retiro del servicio a los 20 años, a condición que con el cumplimiento de la edad requerida se reconociera el derecho pensional. Esta disposición señalaba:

*"El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio."*

En sentencia SU 1073 de 2012 señaló:



"...En primer lugar, reconoció la Corporación que existía un vacío normativo en relación con el ingreso base de liquidación de aquellas personas que, en virtud del numeral 2 del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, ya habían adquirido los requisitos de tiempo trabajado para acceder a la pensión, pero no contaban con la edad requerida.

Esta laguna debía ser resuelta aplicando el principio *in dubio pro operario*, como recurso obligado para el fallador en su labor de determinar el referente normativo para solventar asuntos del derecho del trabajo no contemplados explícitamente en el ordenamiento. En razón del mismo, entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, debería elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición, debería preferir la que lo beneficie. Agregando además, que tal interpretación devenía de la equidad que debe regir las relaciones laborales, en donde el trabajador se constituye en su parte débil.

En este orden de ideas, "incumbe al juez confrontar la situación concreta de las personas que aspiran a acceder a la pensión en las condiciones anotadas y remediar la injusticia que se deriva de la omisión legislativa anotada, obrando en todo conforme lo habría hecho el legislador, de haber considerado la situación específica, es decir conforme con la Constitución Política". En razón de la anterior, consideró la Corporación que procede la indexación de la primera mesada pensional cuando el "valor actual de la pensión y el valor inicial de la misma arrojan una diferencia a favor del trabajador, los obligados deben reintegrar lo dejado de pagar, para que "quienes con el paso de los años han visto aminorar el poder adquisitivo de su pensión (...)" logren compensar el desmedro patrimonial sufrido (...) porque (...) el ente estatal debe permanecer vigilante de los derechos de los pensionados, sin distinción de su capacidad económica, debido a que integran uno de los grupos sometidos a su especial protección (...)"

La jurisprudencia constitucional en sede de tutela ha señalado de manera reiterada la forma como debe subsanarse la omisión en comento. En efecto en las distintas ocasiones en las cuales la Sala Plena<sup>8</sup> y las distintas salas de decisión<sup>9</sup> de esta Corporación han tenido que examinar casos de trabajadores pensionados en virtud del numeral segundo del artículo 260 del C. S. T., cuya pensión había sido calculada sin indexar el salario base para la liquidación de la primera mesada, han sostenido que en virtud del derecho constitucional al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (el cual como antes se sostuvo se deriva de los artículos 48 y 53 constitucionales); amén de otros mandatos de rango constitucional tales como el principio *in dubio pro operario*, el principio de solidaridad y la especial protección de las personas de la tercera edad; debe indexarse el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de aquellas personas que se retiran o son retiradas del servicio luego de haber laborado más de veinte años, pero sin haber alcanzado la edad señalada por el numeral primero del artículo 260 del C. S. T.

En esta sentencia, señaló la Corte que la garantía de la indexación de la primera mesada se encuentra vinculada con "el principio *in dubio pro operario*, los postulados del Estado Social de Derecho, la protección a las personas de la tercera edad, el derecho a la igualdad y al mínimo vital".

## 5. CASO CONCRETO

### 5.1 Hechos probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

<sup>8</sup> Sentencia SU-120 de 2003.

<sup>9</sup> T-663 de 2003, T-800 y T-815 de 2004 y T-098 de 2005.



5.1.1 El señor JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA, prestó sus servicios como docente de vinculación nacional, desde el 23 de mayo de 1978 hasta el 22 de mayo de 1998. Esta información se puede extraer de la certificación obrante a folio 47 del expediente y fue un hecho aceptado por las partes.

5.1.2 El señor JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA nació el día 17 de septiembre de 1933, de donde puede deducirse que la edad de 55 años para acceder a la pensión la adquirió el día 17 de septiembre de 1988. (Folio 50).

5.1.3 Mediante la Resolución N° 0437 de 16 de junio de 1998, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago a favor del señor JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA, de una pensión vitalicia de jubilación teniendo en cuenta para su liquidación el 75% de lo devengado en el último año de servicios por concepto de asignación básica y prima de alimentación, efectiva a partir del 23 de mayo del 1998. (Folio 35-36)

5.1.4 Los factores salariales devengados por señor JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA, dentro del año anterior al reconocimiento pensional, esto es entre mayo de 1997 y 1998, de acuerdo al formato único para la expedición de certificados de salarios, emitido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obrante a folio 40, son: prima de alimentación, prima de exclusividad, prima de navidad, prima de vacaciones y sueldo básico.

5.1.5 Mediante petición formulada el 23 de enero de 2015, el señor JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de servicios. Esta petición le fue negada mediante Resolución No. 2063 del 13 de marzo de 2015. (fol. 37-38)

## **5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

Está demostrado que la entidad demandada liquidó la pensión de jubilación del accionante tomando como factores salariales, únicamente la asignación básica y prima de alimentación y con fundamento en lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, tal y como quedó reseñado, se acreditó que el demandante fue afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dada su calidad de docente y acorde con lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, circunstancia que lo excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1.993 y de las normas que posteriormente la modificaron o reglamentaron, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores, aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

Adicionalmente se pudo constatar, según la Resolución de reconocimiento, que el actor adquirió status pensional el día 22 de mayo de 1998, fecha en la que alcanzó 20 años de servicios prestados y más de 55 años de edad,



razón por la cual dicha prestación se encuentra sometida al imperio de la Ley 812 de 2.003, norma que de igual forma remite a las disposiciones anteriores que regulan la materia, esto es, las leyes 6ª de 1945, Decreto Ley 3135 de 1968, Decreto Ley 1045 de 1978 y la **Ley 33 de 1985**, siendo esta última la aplicable al caso concreto de manera total y plena, dada su condición de docente nacional y por haber sido nombrado con antelación al 27 de Junio de 2003.

Ahora bien, se probó igualmente que para el día 13 de febrero de 1985 (fecha de vigor de la L. 33/85) el accionante no había cumplido los requisitos para acceder a pensión, ni cumplía 15 años de servicios continuos o discontinuos, como quiera que ingresó a laborar el 23 de mayo de 1978, destacándose de ello que tampoco hace parte de un régimen especial de pensiones, circunstancia que le impedía exceptuarse de la aplicación de la Ley 33 de 1985, de lo cual se deduce que su situación pensional se rige íntegramente por las normas contenidas en ella, así como por la modificación introducida por la Ley 62 de 1985.

En este sentido, la pensión de jubilación debía serle liquidada con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por cuanto, como lo ha reiterado el H. Consejo de Estado y fue consignado en la sentencia de unificación citada en el marco jurídico, al interpretarse la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año con fundamento en los principios que rigen los asuntos laborales, debe entenderse que esas disposiciones "no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse".

En ese orden, las entidades encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones, no pueden excusarse para disminuir el monto de las pensiones de los empleados cuando ellas mismas no descuentan para los aportes correspondientes. Es decir, la obligación de hacer las deducciones correspondientes a los aportes no corresponde al empleado sino a la entidad que cancela los salarios o las prestaciones sociales, quien debe asegurarse de hacerlos en la forma y los estrictos términos establecidos por la Ley, esto es, debe asegurarse de cotizar por todos y cada uno de los factores devengados por el empleado y que constituyan "salario".

Bajo ese hilo conductor, y al aplicarse de manera plena la Ley 33 de 1985, habrá de concluirse que su derecho pensional lo adquiere al cumplir 20 años de servicios continuos o discontinuos, tener 55 años de edad y se liquida con fundamento en todos los factores devengados durante el último año de servicios que debe entenderse, corresponde al de la adquisición del status pensional.

Por lo anterior, y al estar demostrado que el demandante percibió en el año anterior a la adquisición del estatus pensional – mayo de 1997 y 1998- los factores de prima de alimentación especial, prima de exclusividad, prima de navidad, prima de vacaciones y sueldo básico, es claro que se impone



la declaratoria de nulidad de los actos acusados, pues al expedirlos no se tuvo en cuenta que, tratándose de la liquidación de pensiones de jubilación, las normas aplicables al caso se deben interpretar de cara a los postulados y principios constitucionales que propenden por la favorabilidad y progresividad.

Así las cosas, aplicando el marco normativo expuesto a los supuestos de hecho que han quedado demostrados, no queda duda en cuanto a que el problema jurídico principal planteado debe ser resuelto de manera positiva, esto es con la declaración de que las Resoluciones No. 0437 del 16 de junio de 1998 y No. 2063 del 13 de marzo de 2015 adolecen de nulidad, la primera parcialmente y la segunda íntegramente.

Por lo anterior y con el fin de restablecer el derecho se ordenará al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que efectúe una nueva liquidación de la pensión de jubilación del demandante **"incluyendo todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios"** y certificados por su ex empleador – prima de alimentación especial, prima de exclusividad, prima de navidad, prima de vacaciones y sueldo básico-

Ahora, en cuanto a la pretensión de que esta Sala de decisión reconozca intereses moratorios, se denegará en la medida en que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993<sup>10</sup>, no contempla el reconocimiento de dichos intereses, para la reliquidación de pensiones, sino para cuando se trate del reconocimiento mismo de la prestación.<sup>11</sup>

Por último, en lo que tiene que ver con la solicitud encaminada a que se orden la indexación de la primera mesada pensional esta será negada, como quiera que no se evidencia que la mesada pensional reconocida al demandante haya sufrido detrimento alguno, puesto que, entre el retiro del servicio y la emisión del acto administrativo que reconoció su pensión tan solo transcurrió menos de un (1) mes y en el acto de reconocimiento se tuvo en cuenta lo devengado en ese último año de servicios.

Debe resaltarse que, conforme se indicó en el marco normativo de esta providencia, la indexación de la primera mesada pensional se produce cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio del empleado en un año determinado, el servidor no alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho pensional y transcurre un periodo de tiempo en el que el valor de su ingreso base de liquidación pierde su valor adquisitivo por lo que resulta necesario, aplicar los principios de equidad y pro operario para que dichas sumas alcancen ese valor, en aras de que la pensión a liquidar no vaya a sufrir detrimento.

<sup>10</sup> **ARTICULO. 141. -Intereses de mora.** A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 27 de junio de 2012, MP. Drs. CARLOS MOLINA MONSALVE – FRANCISCO RICAURTE GOMEZ, RAD.: 42785.



Se debe recalcar que en el caso analizado lo que motivó el reconocimiento pensional fue el cumplimiento del tiempo de servicios necesario para el reconocimiento lo cual coincidió con el retiro del servicio del actor, por ello, no puede hablarse de que el IBL con el que se le reconoció la pensión hubiese estado afectado por la pérdida del poder adquisitivo, pues no trascurrió un plazo que diera lugar a la depreciación aludida, por lo que debe ser negada la indexación de la primera mesada pensional.

### **5.3 Del Restablecimiento del Derecho**

#### **5.3.1 .Reliquidación pensional.**

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá reliquidar la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75% sobre la asignación básica con la inclusión de lo certificado como devengado por concepto de PRIMA DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL, PRIMA DE EXCLUSIVIDAD, PRIMA DE NAVIDAD y PRIMA DE VACACIONES durante el último año de servicios prestados, conforme lo dispuesto por la Ley 33 de 1985.

Se advierte a la entidad accionada, que en caso de que a la parte actora no se le hubiesen descontado los aportes de Ley con respecto a los mismos deberá proceder de conformidad para salvaguardar el equilibrio financiero del sistema, con la advertencia que los descuentos deberán efectuarse sobre los factores salariales a incluir en la nueva liquidación, esto es respecto de los que el actor devengó durante el último año de servicios.

#### **5.3.2 Reajustes pensionales.**

Una vez determinada la cuantía original de la pensión reliquidada, la entidad accionada FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO deberá aplicar los reajustes legalmente ordenados.

#### **5.3.3 De la prescripción del derecho.**

Sobre el fenómeno prescriptivo en torno a las sumas a cancelar al actor, la Sala debe advertir que para ello se requiere contar con la fecha en que se radicó la petición de reliquidación pensional. Desde esa fecha, se cuenta hacia atrás tres (3) años, período que sería el no prescrito; precisando que se interrumpe la prescripción con el "reclamo simple", pero sólo por un lapso igual, es decir otros tres (3) años.

Teniendo en cuenta lo anterior y que el 23 de enero de 2015, el accionante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con los factores devengados en el último año de servicios, se atenderá esta fecha para el análisis de la prescripción de mesadas.

En ese orden de ideas y en consideración a que la prescripción de los derechos laborales es trienal, se tiene que los periodos anteriores al 23 de enero de 2012 se encuentran prescritos.



### 5.3.4 Diferencias a pagar.

De las sumas que arroje el valor reliquidado se deben descontar las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas para determinar las "sumas insolutas" a favor de la parte actora.

### 5.3.5 Ajuste al valor.

Al final, la suma diferencial que resulte insoluta deberá ser ajustada al valor, en los términos del Art. 192 del nuevo C.PACA y de acuerdo a la fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado, en donde,

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir del cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

### 5.3.6 Intereses.

En el evento de que se presenten los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se pagarán intereses.

### 5.3.7 Cumplimiento de la sentencia.

La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 195 del CPACA profiriendo decisión motivada contra la cual procedan los recursos de ley y evitando, hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

### 5.4 De la condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte vencida en el proceso cuando objetivamente se cumpla con la regla de no haber salido avante en sus pretensiones y se compruebe su causación en cuanto al factor gastos.

Así las cosas, se condenará en costas a la parte demandada, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo



dispuesto en el artículo 366 del C.G.P; esto es siempre y cuando se comprueba que el actor incurrió en gastos como en notificación, fotocopias, etc., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 4, en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6º, en el cual se dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Teniendo en cuenta que en el caso concreto la parte demandante cuantificó sus pretensiones en la suma de \$73.860.247,86 conforme consta a folio 26 de la demanda; la Sala de Decisión fijará las agencias en derecho en la suma de Ciento Cuarenta y Siete Mil Setecientos Veinte pesos con cuarenta y nueve (\$147.720, 49), que corresponden al cero punto dos por ciento (0.2%) de las pretensiones, considerando la naturaleza del asunto objeto de estudio, la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte demandante, que presentó la demanda, asistió a la audiencia inicial, alegó de conclusión, y el derecho reconocido en la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** parcial de la Resoluciones No. 0437 del 16 de junio de 1998 y totalidad de la Resolución No. 2063 del 13 de marzo de 2015, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la nulidad declarada y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:

-Practicar una nueva liquidación de la Pensión de Jubilación del señor JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA, identificado con la cédula de ciudadanía 890.492 expedida en Cartagena de Indias, en cuantía del 75% sobre la asignación básica, con la inclusión de los demás factores salariales certificados por su ex empleador como devengados durante el último año de servicios prestados, así: PRIMA DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL, PRIMA DE EXCLUSIVIDAD, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES y SUELDO BASICO. La entidad demandada hará las deducciones a que hubiere lugar, sobre los mencionados emolumentos, por concepto de aportes para seguridad social, teniendo en cuenta que los descuentos deberán efectuarse sobre los factores salariales a incluir en la nueva liquidación, esto es, respecto de los que el actor devengó durante el último año de servicios.





-Cancelar las diferencias impagadas que resulten de la reliquidación pensional, previa aplicación de los reajustes legalmente ordenados y a partir de la fecha del retiro definitivo del servicio. Dichas diferencias deberán ser ajustadas en los términos del artículo del 187 C.P.A.C.A., siguiendo la fórmula señalada en la parte motiva de esta decisión.

-Reconocer intereses sobre las sumas a pagar, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y siempre y cuando se den los supuestos de hecho allí señalados.

- Dar cumplimiento a esta providencia dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**TERCERO:** Declarar que en el presente caso operó la prescripción de las mesadas anteriores 23 de enero de 2012.

**CUARTO:** NIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

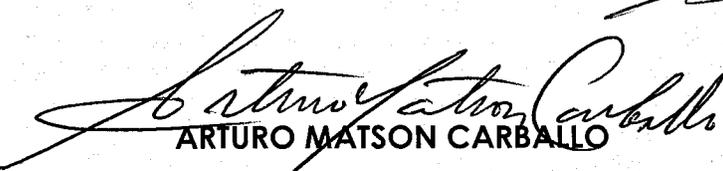
**QUINTO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, expídase copia auténtica de la misma con las respectivas constancias de su notificación, ejecutoria y de ser la primera copia que presta mérito ejecutivo, a costa del apoderado de la parte actora.

**SEXTO:** Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente dejándose constancia de ello en el sistema Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No:	1300123330000-2015-00472-00
Accionante:	JOSÉ RAMÓN TROUCHON MIRANDA
Accionado:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema:	AJUSTE DE PENSION JUBILACIÓN CON INCLUSION DE FACTORES SALARIALES/DOCENTE NACIONAL
Magistrada Ponente:	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

