Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, 20 MAR 2018

Radicación : **2016-0047**-00
Demandante : JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ
Demandado : NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede el Despacho a dictar sentencia en el proceso de la referencia en la forma que sigue:

I. LA DEMANDA

1.1. **Pretensiones.** JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ, por intermedio de apoderado, solicitó a la jurisdicción declarar la **nulidad parcial** de las Resoluciones Nº **0179** de 5 de julio de 2006 y **1271** de 13 de noviembre de 2015, mediante las cuales se reconoció y se liquidó la pensión de jubilación del demandante, así como la **nulidad total,** de la Resolución **00313** de 14 de marzo de 2016, mediante la cual se le negó el ajuste de su pensión; resoluciones expedidas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Como restablecimiento del derecho pide ordenar a la entidad demandada reconocer, liquidar y pagar la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, correspondiente ello a la *asignación básica, sobresueldo, prima de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones* y *prima de navidad*, los cuales constituyen factor salarial; que se reconozca y pague el retroactivo de las mesadas causadas desde el *7 de septiembre de 2012*; que se ordene la indexación de las sumas debidas, el pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que se ordene dar cumplimiento a la sentencia conforme a lo señalado en los artículos 189 y 192 del CPACA, y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. Fundamentos de hecho. Se compendian de forma relevante así:

Manifiesta que nació el 12 de abril de 1951 e inició labores docentes el 22 de junio de 1982; que la entidad demandada mediante Resolución Nº 0179 del 5 de julio de 2006, reconoció y ordenó el pago de una Pensión de Jubilación teniendo en cuenta únicamente la asignación básica, sin tener en cuenta los demás factores percibidos.

Que solicitó el ajuste de la pensión con fecha 7 de septiembre de 2015 y la entidad lo negó mediante los actos administrativos demandados.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación. Citó como violadas la ley 6 de 1945, ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003 y a nivel constitucional los artículos 1, 2, 4, 5,6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336.

En esencia se indica que el régimen pensional del demandante de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y 812 de 2003, es la Ley 33 de 1985 que establece una mesada pensional para quienes cumplan 20 años de servicio y 55 años de edad en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el año de consolidación del estatus pensional, frente a la cual ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que la indicación de los factores salariales, no es taxativa sino meramente enunciativa.

En punto de lo anterior se hace especial mención a lo indicado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010.

II. OPOSICION.

La NACION–MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fs.65-73) contestó la demanda expresando su oposición a las pretensiones de la demanda.

Dice que de conformidad con lo establecido en el Decreto 2831 de 2005, le corresponde a las Secretarias de Educación el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente.

Señala que la Ley 91 de 1989 en el artículo 15 estableció lo relacionado con el régimen de prestaciones de los docentes, afirmando que el régimen aplicable dependía de la fecha de vinculación al servicio público; que como quiera que la docente se vinculó de conformidad con el inciso 2º del artículo 15 ibídem, le es aplicable el régimen establecido en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 que son normas que rigen las prestaciones económicas y sociales de los empleados públicos del orden nacional.

Que la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 no cumplió con lo establecido en el artículo 217 del CPACA y que deba aplicarse la sentencia de la Corte Constitucional C-258 de 2013 y que no puede darse aplicación al Decreto 1042 de 1978.

Propuso como excepciones: VINCULACION DEL LITISCONSORTE, en ánimo de que se vinculara a la Sociedad Fiduciaria administradora de los recursos del Fondo; FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, para precisar que la responsabilidad en el pago de las prestaciones reclamadas seria del Secretaria de Educación Territorial, PRESCRIPCION y GENERICA.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte actora (fs. 116-117)**.** Básicamente señala que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad, dado que no se incluyó en la liquidación de la pensión lo percibido por concepto de prima de navidad y prima de servicios, como lo ha considerado el Tribunal Administrativo de Boyacá en diferentes pronunciamientos y el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2010, reiterando que su poderdante fue vinculado al servicio educativo en fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003

3.2. Parte demandada. Guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Preliminares

Sea lo primero indicar que las excepciones planteadas por la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO atinentes a VINCULACION DEL LITISCONSORTE y FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, fueron desatadas en la audiencia inicial surtida en fecha 17 de mayo de 2017 (fs. 84-88)

La de PRESCRIPCIÓN será examinada como se anunció en aquella oportunidad una vez se determine la procedencia del derecho que se reclama.

4.2. Asunto a resolver

Corresponde establecer en este caso, como se indicó en la audiencia inicial (f. 87) si el demandante JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquide su pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año de consolidación del estatus pensional (abril 2005-2006) y en el último año de servicios (junio 2014-2015).

Lo anterior dado que se involucra la legalidad tanto de actos de reconocimiento como de reliquidación pensional.

4.3. Caso concreto

Para desatar la controversia que se ofrece en este caso, es necesario precisar: i) Si los docentes – incluido el actor – posee un régimen especial de pensiones; ii) Cuál es el sistema pensional del demandante y si por lo mismo es beneficiario de algún régimen de transición y iii) Si en tratándose de la liquidación de su pensión es viable incluir la totalidad de factores salariales que haya percibido en el año de consolidación del estatus y en el último año de servicios

De la normatividad pensional aplicable al caso.

La Ley 6 de 1945, en su literal b) del artículo 17 de estableció una pensión vitalicia de jubilación, en los siguientes términos:

> "Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:
>
> ... b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos ($30) ni exceder de doscientos pesos ($200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión".

El Decreto Ley 1045 de 1978, en su artículo 45 expresamente contempló los factores salariales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de la siguiente forma:

"**Articulo 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones**. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán 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.

La Ley 4ª de 1966, que dice en el artículo 4º:

"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de 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".

El Decreto reglamentario 743 de 1966, que en su artículo 5º, dispuso:

"Las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último años de servicios".

El Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala:

ARTICULO. 36.-. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (…)

Ahora, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, consagró la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y así mismo estableció unas excepciones:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(…)
Parágrafo 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.

> Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro...".

El artículo 3º de la misma disposición consagró:

> "ARTICULO 3°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.
>
> Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:
>
> - Asignación básica
> - Gastos de representación
> - Prima técnica
> - Dominicales y feriados
> - Horas Extras
> - Bonificación por servicios prestados
> - Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.
>
> En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Ahora, el artículo 1º de la ley 62 de 1985, por la cual se modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, estableció otros factores de salario base de liquidación de los aportes. Dicha norma expuso:

> "...ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.
>
> Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.
>
> En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes..."

Visto lo anterior, a partir de la vigencia de la Ley 33 de 1985 las pensiones de jubilación de los servidores del Estado de cualquier orden se liquidan en el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, teniendo en cuenta como factores salariales establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Conforme con lo anterior, debe ocuparse ahora el Juzgado en determinar si el demandante tiene un régimen pensional especial por ser docente.

Tratándose del régimen docente se tiene lo siguiente:

El Decreto ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, dispuso que los educadores que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial.

Según las previsiones del decreto, la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales, tales como recibir simultáneamente pensión y sueldo (art. 5 del Decreto 224 de 1972), gozar de pensión gracia (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso de pensión gracia y

pensión de invalidez. Las prerrogativas antes enunciadas se reiteran mediante las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, art. 279, 60 de 1993, art. 6, y 115 de 1994, art. 115.

De acuerdo con lo anterior, aunque es viable aceptar que los educadores gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional; una lectura de las normas antes mencionadas, permite colegir que en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de alguna especialidad en su tratamiento, ya que estas normas no fijan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general de pensiones.

Para dilucidar lo anterior debemos estudiar, lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente. Esta norma en su artículo 15, estableció:

> "A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
>
> 1°. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
>
> Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...".
>
> 2. Pensiones:
>
> **A.** Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.
> **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".

Se deduce de lo anterior que los docentes, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones. Sobre este tema, el Consejo de Estado, ha dicho[1]:

> "....El primer problema a resolver es si la actora se encuentra dentro del régimen general o en el de excepción por disfrutar "de un régimen especial de pensiones".
>
> El Decreto ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, entonces vigente, en su artículo 3°, dispuso que los educadores que prestan sus servicios a entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial.
>
> Según las previsiones del decreto la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros.
>
> En efecto, los docentes tienen la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Artículo 5 del Decreto 224 de 1972), pueden gozar de la pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso de la pensión gracia y la pensión de invalidez, y tales prerrogativas las confirman las Leyes 91

[1] Sección Segunda, Sub B, sentencia de 22 de octubre de 2009, Consejero Ponente Doctor: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

de 1989, 100 de 1993, artículo 279, 60 de 1993, artículo 6, y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad_porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones, para el reconocimiento de su pensión ordinaria. (…) –Destacados fuera de texto-

De la situación del actor – régimen pensional

El señor JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ pretende la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales a que cree tener derecho, en concreto y además de la asignación básica, solicita la inclusión de lo devengado por concepto de **prima de alimentación**, **prima de vacaciones**, **prima de navidad**, **prima de servicios** y **sobresueldo.**

Conviene en consecuencia precisar cuál es régimen pensional que le es aplicable, de conformidad con lo establecido en la ley 91 de 1989.

De acuerdo con la Ley 91 de 1989, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Pues bien, la norma vigente para el 29 de diciembre de 1989 cuando se expidió la Ley 91, es la Ley 33 de 1985, la cual se contrajo a determinar el régimen general de las pensiones en el sector público. No obstante esta norma previó en su artículo 1º, dos excepciones para su aplicación:

"…Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. …

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…"

Las excepciones daban la posibilidad a los empleados del orden nacional de continuar sometidos a las disposiciones anteriores:

- La primera excepción cobijaba los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- La otra excepción se presentaba bajo el marco de un régimen de transición, según el cual, si la persona contaba con más de 15 años de servicios a la fecha de expedición

de la Ley 33 de 1985, que entró a regir el 13 de febrero de 1985, tendría derecho a que se le apliquen las normas de pensiones anteriores.

Ahora bien, conforme a la Resolución Nº **0179** de 5 de julio de 2006 (fs. 25-28, 92-95) mediante la cual se reconoció pensión al actor, el señor JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ, habría laborado como docente (de forma ininterrumpida) desde el **22 de junio de 1982** hasta el 12 de abril de 2006**,** en consecuencia, resulta evidente que el actor no alcanza a ser beneficiario del régimen de transición previsto en el Parágrafo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, puesto que a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, 13 de febrero de 1985, no alcanzaba a completar quince (15) años de servicio, término previsto en la norma mencionada, para que le fuesen aplicables las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Se precisa también que los docentes fueron expresamente excluidos del sistema de seguridad social implementado con la Ley 100 de 1993 (art. 279), hasta la expedición de la Ley 812 de 2003 (art. 81) conforme a la cual los docentes vinculados hasta su entrada en vigencia (26 de junio de 2003) conservarían el régimen jurídico vigente para el magisterio, que no es otro que el establecido en la ley 91 de 1989 y leyes 33 y 62 de 1985, sin que adicionalmente la expiración del régimen de transición el 31 de julio de 2010, por efecto del acto legislativo 01 de 2005, afecte la situación de los educadores, como lo ha expresado el Consejo de Estado entre otras en las sentencias de 6 de abril de 2011, CP. Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Radicación 4582-04 y concepto de la Sala de Consulta y servicio civil de 10 de septiembre de 2009, radicado. 1857 CP. DR. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA. De forma más reciente, sentencia de 23 de marzo de 2017, expediente 2403-14, CP. Dra. SANDRA LISETH IBARRA VELEZ.

Es decir que el demandante es beneficiario de la Ley 91 de 1989 (art 15), pero no tenía 15 años de servicios a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985 y tampoco era beneficiario de un régimen especial de pensiones, porque como quedó explicado en el acápite de normas, ni las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, art. 279, 60 de 1993, art. 6, y 115 de 1994, art. 115, fijaron alguna especialidad en materia de la pensión de jubilación de los docentes, en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general de pensiones.

Teniendo en cuenta, que el presente asunto pensional le es aplicable la Ley 33 de 1985, se tiene en principio, que los factores para la liquidación pensional son los señalados en el Art. 1º. de la Ley 62 de 1985, que subrogó en ese aspecto al artículo 3º de la Ley 33 Ibídem, devengados en el último año de servicios acreditado.

No obstante es necesario determinar en el acápite siguiente si pueden ser incluidos en la base de liquidación otros factores.

De los factores de liquidación pensional

En punto de la pregunta formulada debe decirse que la Sala Plena de Sección Segunda, mediante **sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010,** llegó 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, situación que no impediría la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios[2].

> "...en consonancia con la normatividad vigente y las directrices 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 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, **sólo para señalar algunos factores de salario**, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelan de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado.
>
> **Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esto es a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efecto de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó** establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.
>
> No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como se expuso en las consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir en el momento de efectuar el reconocimiento pensional." – Negrilla y subraya del juzgado

Replica el FNPSM que tal providencia no corresponde a una sentencia de unificación porque no se aviene a lo establecido en el artículo 271 del CPACA y que no armoniza o acata la sentencia C-258 de 2013, a lo cual habrá que contestar, frente a lo primero, que no sigue estos parámetros legales, porque para cuando fue dictada no se había proferido la ley que se invoca, debiéndose agregar que el carácter unificador no lo da el procedimiento seguido para provocar el pronunciamiento, sino la voluntad de las subsecciones de definir el punto de derecho bajo un mismo y único criterio jurídico, el cual ciertamente está plasmado en la providencia invocada.

En cuanto a lo segundo, es decir, el alcance de la sentencia C-258 de 2013, el Juzgado considera que no se ofrece aplicable al caso que se revisa, dado que la Corte Constitucional expresamente indicó en ella que no abordaría la constitucionalidad de otros regímenes pensionales diferentes al especial de los Congresistas, a partir de lo cual se colige que no fue objeto de estudio el previsto en la Ley 33 de 1985, y por ende no puede aplicarse en forma automática a los demás casos, así lo expuso el máximo órgano Constitucional:

> "En este orden de ideas, el análisis de constitucionalidad que se llevará a cabo en esta providencia se circunscribe al régimen pensional especial previsto en el precepto censurado, el cual es aplicable a los Congresistas y los demás servidores ya señalados. Por tanto, **en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas**, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros . En consecuencia, **lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados...** (Subrayas del Despacho)"

[2] Sección Segunda. C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia de 4 de agosto de 2010. Expediente: 0112-09.

De otra parte, si bien es cierto que la Corte Constitucional en sentencia de unificación **SU-230 del día 29 de abril de 2015**[3] estableció una interpretación sobre la aplicación del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones, lo cierto es que dicho pronunciamiento no afecta en modo alguno la forma de liquidación de la pensión del caso aquí analizado, pues en ella se hace referencia únicamente al IBL de los **regímenes sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100**, la cual excluyó de su aplicación en su artículo 279 a los **docentes**, razón por la cual -y de conformidad con el numeral 1° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989- sus prestaciones económicas y sociales (entre ellas la pensión de jubilación) **siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985,** donde la *"transición"* lógicamente no es un elemento estructural. En ese sentido el Consejo de Estado en reciente sentencia de 15 de febrero de 2018, señaló[4]:

> "...si bien la sentencia SU-395 de 2017 intenta clarificar asuntos relacionados con el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, frente al cálculo del ingreso base de liquidación para determinar el monto de la pensión de vejez, estas conclusiones de la Corte Constitucional no son aplicables a la situación específica de los docentes.
> (...)
> Esto es así porque las reglas sentadas en las mencionadas sentencias de unificación fueron dictadas en el contexto del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual, como se ha reiterado a lo largo de esta providencia, no es aplicable al caso concreto, dada la calidad de docente de la demandante.
>
> En efecto, la Sala reitera el criterio expuesto en ocasiones anteriores[5], en las cuales se estableció que en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 se sentó una regla en relación con la forma de liquidación del IBL a la luz de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, **según la cual las pensiones de jubilación reguladas por dicha ley deben ser liquidadas con base en todos los factores salariales efectivamente devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado**, dado que en aquélla no se indican en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional"- se destaca-

A partir de lo anterior el Juzgado no ahondará en consideraciones respecto del alcance del **régimen de transición** de la ley 100 de 1993, en el contexto del debate que en punto a la interpretación del artículo 36 de dicha ley, sostienen el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, frente al que además recientemente vario su tesis el Tribunal Administrativo de Boyacá (sentencia de 21 de febrero de 2018[6]).

Así las cosas, siguiendo las pautas trazadas en la jurisprudencia antes mencionada, se tiene que para liquidar la pensión **se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé, incluyendo las primas de navidad y vacaciones, a las cuales a pesar de tener la naturaleza de prestaciones sociales, el legislador les dio la connotación de factor salarial para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente se estableció en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978[7].

En tal virtud, **resulta procedente para la liquidación de pensiones bajo el régimen de la Ley 33 y 62 de 1985, como la de docente que aquí se analiza, incluir factores salariales**

---

[3] Expediente T- 3.558.256. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
[4] Sección Quinta, Consejero Ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, Radicación: 11001-03-15-000-2017-03351-00(Ac)
[5] Consejo de Estado, Sentencia del 6 de septiembre de 2017. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-15-000-2017-01898-00; Sentencia del 23 de noviembre de 2017. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02760-00, Sentencia del 14 de diciembre de 2017. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-02968-00; Sentencia del 8 de febrero de 2018. C.P. Rocío Araújo Oñate. Rad. 11001-03-15-000-2017-03146-00.
[6] Expediente: 2016-0087, MP Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS
[7] Ver concepto No 1393 de 18 de julio de 2002, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. C. P. Dr. Flavio Rodríguez Arce.

diferentes a los allí previstos, y en consecuencia el demandante tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo la totalidad de factores salariales devengados y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación[8].

De conformidad con la certificación que obra a folio 98, en el **año de consolidación del estatus**) corrido entre el 12 de abril de 2005 al 12 de abril de 2006 el accionante percibió además de la **asignación básica**, factores salariales como **prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad**, por ende, los mismos deben tenerse en cuenta para reliquidar su pensión, pues al revisar la actuación administrativa censurada; en este caso de forma particular la **RESOLUCION 0179 de 5 de julio de 2006** (fs. 25-28) se aprecia que no se incluyó como factor para liquidar la prestación más que lo percibido por *asignación básica*, por consecuencia, es claro que el señor MORENO RODRIGUEZ, tenía derecho a que se incluyeran en la prestación pensional reconocida con efectividad **desde el 13 de abril de 2006.**

No así, lo concerniente a los factores de **prima de servicios** y **sobresueldo**, pues no los percibió en el año de consolidación del status, sino en el último año de prestación efectiva del servicio; corrido entre el 30 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2015 (f. 34)

En tal virtud, si bien asiste el derecho a la demandante a solicitar y obtener el ajuste de su pensión por retiro definitivo, con inclusión de nuevos como lo establece la ley 71 de 1989[9], aplicable a los docentes[10]-quienes además pueden percibir simultáneamente sueldo y pensión-, ello no puede tener efecto retroactivo.

Con todo, debe tenerse en cuenta que la entidad demandada tuvo ocasión de re liquidar la pensión por retiro definitivo, a través de la **RESOLUCION 1271 de 13 de noviembre de 2015** (fs. 29-31), donde incluyó en la base de liquidación lo percibido por *asignación básica, prima de vacaciones y sobresueldo.* Reliquidación que fue posteriormente mantenida en decisión contenida en la RESOLUCION 0313 de 14 de marzo de 2016 (fs. 32-33)

Amén de lo anterior, es visible que la anulación parcial del acto de reconocimiento, no puede conllevar la inclusión de la totalidad de factores salariales relacionados en la demanda porque algunos de ellos, o fueron incluidos de forma posterior o no los devengó para el momento de la consolidación del estatus.

Por lo demás, es necesario aclarar que la entidad accionada debe hacer el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, siempre claro está, que no haya prescrito el derecho a reclamarlos. En torno a este fenómeno, el Juzgado siguiendo los derroteros de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, contenida entre otras en la sentencia de **24 de noviembre de 2016[11],** de conformidad con el artículo 817 del E.T. declarará operada

---

[8] Así lo ha considerado también el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 1, MP Doctora CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, sentencia de 11 de mayo de 2011, expediente: 150013133008-**2007-00157**-01

[9] **"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. **Parágrafo.-** La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles.".

[10] Al respecto entre otras, sentencia de la Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente, DR. GERARDO LOPEZ MONSALVE, sentencia de 1 de septiembre de 2011, expediente: 76001-23-31-000-2008-00998-01(0748-10)

[11] Exp. 2013-0194-03- MP. Fabio Ivan Afanador

la misma respecto de los aportes a cargo del empleado, que debieron efectuarse frente a los emolumentos diferentes de los enlistados en las leyes 33 y 62 de 1985, cuya inclusión se ordena en este sentencia y que corresponden exceda o supere los **últimos 5 años de servicio**, en consecuencia estarían prescritos los aportes anteriores al **30 de junio de 2010.** El pago de los mismos deberá hacerse indexado y su monto no podrá exceder el de la presente condena.

Prescripción y efecto fiscal

Las normas que gobiernan la prescripción en materia laboral, prevén lo siguiente:

Artículo 41 del Decreto 3135 de 1968:

> **Artículo 41°.-** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
>
> El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

El artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 enseña:

> **Artículo 102°.-** Prescripción de acciones.
>
> 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
> 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Sobre la manera en la que opera la prescripción y su interrupción, el Consejo de Estado, Sección Segunda con ponencia del Doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, en sentencia de 25 de mayo de 2006, expediente: 73001-23-31-000-1999-99873-02(2625-05), explicó:

> "El artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 que contempla la prescripción de los derechos y que resulta aplicable por vía analógica a falta de norma expresa reguladora de la materia, establece la prescripción en un lapso de tres (3) años **y regula que el simple reclamo del trabajador interrumpe la prescripción por un lapso igual. Es decir, en la materia referida, es dable pregonar la prescripción de los derechos por un lapso máximo de seis (6) años.**
>
> Siendo así, como la actora formuló una primera petición el día **1° de agosto de 1996,** es dable inferir que con este requerimiento, hizo exigibles los derechos por el lapso comprendido del **1° de agosto de 1993 al 1° de agosto de 1996.** Antes de la fecha referida, es decir antes del **1° de agosto de 1996** no milita en el expediente que hubiere formulado petición alguna.
>
> El **15 de enero de 1999,** formula un nuevo derecho de petición que dio origen al acto acusado (Resolución Nro. 032 del 27 de enero de 1999 proferida por el Alcalde del **MUNICIPIO DE FLANDES** vista a folios 110 a 115) y como quiera que se formuló antes del **1° de agosto de 1999,** (tiempo máximo para interrumpir la prescripción conforme a las pautas anotadas) dejó vivos los derechos comprendidos del **1° de agosto de 1993 al 1° de agosto de 1996.**
>
> En este orden de ideas, el lapso que debe ser objeto de reconocimiento es el **transcurrido desde el 1° de agosto de 1993 - y no la totalidad del mencionado año como lo dispuso el Tribunal** - y comprenderá **hasta el mes de diciembre de 1994** como lo dispuso el a quo y en orden a no agravar la situación del apelante único"- destacados originales-

En otra ocasión, la misma Corporación esta vez con ponencia de BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, en decisión de 23 de septiembre de 2010, expediente: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08), señaló:

> "La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente:
> (…)

> El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso: (…)
>
> Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, **lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años.**
>
> En el caso concreto, los demandantes pretenden el reconocimiento de sus salarios y prestaciones de los años contemplados entre 1991 a 1998.
>
> Es decir, que los derechos que se causaron en 1991, tenían hasta 1994 para solicitarlos, de igual forma los de 1992, hasta 1995, los de 1993 hasta 1996 y así consecutivamente; como la solicitud en sede administrativa se realizó el 24 de agosto de 1998, los derechos causados con anterioridad al 24 de agosto de 1995 no interrumpieron la prescripción y por lo tanto les operó el fenómeno prescriptivo.
>
> **Los derechos causados con posterioridad al 24 de agosto de 1995, interrumpieron la prescripción el 24 de agosto de 1998, por un lapso igual al término de tres años, los cuales se contarán a partir de ese momento.**
>
> **Lo anterior significa que la prescripción de los derechos señalados operó el 24 de agosto de 2001 para el caso de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968, los cuales se hicieron exigibles, en cada caso, para los años reseñados en cada solicitud.**
>
> La demanda fue interpuesta el 3 de abril de 2003 (fl. 19), fecha en la cual ya había operado el fenómeno de la prescripción de derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968. – se destaca-

De acuerdo con la normatividad transcrita y la interpretación jurisprudencial, el Despacho puede concluir para el caso examinado lo siguiente:

La actuación da cuenta de la presentación de dos solicitudes con miras a obtener la reliquidación de la pensión del actor: el primero radicado el 7 de septiembre de 2015 (f. 29) y que da origen a la Resolución 1271 de 13 de noviembre de 2015 y 29 de enero de 2016 (f. 32), que da origen a la Resolución 0313 de 14 de marzo de 2016.

De esta forma dado que el derecho prestacional fue exigible desde el 13 de abril de 2006, es claro que la primera petición (7 de septiembre de 2015), no tuvo la habilidad de interrumpir de forma efectiva la prescripción sobre la totalidad de las mesadas pensionales (diferencias) causadas, de modo que se hace visible la extinción de todas aquellas generadas con antelación al **7 de septiembre de 2012.**

No se presenta en criterio de este Juzgado mayor prescripción porque entre esta interrupción generada por la petición de 7 de septiembre de 2015 y la presentación de la demanda en sede jurisdiccional no transcurrió un término superior a 3 años, presentándose el libelo en fecha 6 de mayo de 2016 (f. 24).

Indexación.

El pago de las diferencias resultantes a favor del demandante, lo será debidamente indexadas en los términos del artículo 187 del CPACA, desde la causación del derecho, hasta la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, previos los incrementos legales, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma dejada de percibir por la accionante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final

de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, liquidación que se hará mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo.

Viene al caso precisar que, en este asunto aunque el demandante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, este Juzgado considera que tal pretensión resulta improcedente, no solo por la incompatibilidad que existe con la medida de indexación[12], sino porque la interpretación dada por el Despacho a la figura, excluiría su concesión en eventos en los que se cuestiona una diferencia en la mesada reconocida y pagada.

En efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente contenido

> "ARTICULO. 141. -INTERESES DE MORA. A partir del 1° de enero de 1994, en caso de **mora en el pago de las mesadas pensiónales** 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".- se destaca-

Da a entender la norma, que el supuesto de hecho que habilita la sanción moratoria se encuentra en la ausencia de pago de la mesada y no en la diferencia de valor. De hecho cuando la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-601 de 2000, indicó que su propósito es proteger a los pensionados en el sentido de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de sus mesadas pensionales dado que constituye su única fuente de ingreso:

> "Para la Corporación es evidente, que **la finalidad de la disposición cuestionada apunta a proteger a los pensionados**, teniendo en cuenta que, generalmente, se trata de personas de la tercera edad, cuya fuente de ingresos más importante, la constituye su pensión; luego, **llegado el evento de la mora en el pago de sus mesadas pensionales, es justo y equitativo, como lo dispuso el legislador, que las entidades de seguridad social, que incurran en mora o se retrasen en el pago de las mismas, reparen los perjuicios que ocasionen o generen a esas personas por causa de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda**.
> (…)
> …la correcta interpretación de la norma demandada indica que **a partir del 1° de enero de 1994**, en caso de mora en el pago de las pensiones a que se refiere la ley, esto es, las pensiones que tienen como origen el fenómeno laboral de la jubilación, la vejez, la enfermedad o la sustitución por causa de muerte, que se presente después de esa fecha, **el pensionado afectado, sin importar bajo la vigencia de qué normatividad se le reconoce su condición de pensionado, tendrá derecho al pago de su mesada y sobre el importe de ella la tasa máxima del interés moratorio vigente. Es decir, la disposición acusada no distingue entre pensionados, pues, sólo alude al momento en el cual se produce la mora para efectos de su cálculo**, de suerte que si ésta se produjo con anterioridad al 1° de enero de 1994, ésta se deberá calcular de conformidad con la normativa vigente hasta ese momento, esto es, el artículo 8° de la ley 10 de 1972, reglamentada por el artículo 6° del decreto 1672 de 1973, y eventualmente, por aplicación analógica de algunos criterios plasmados en el Código Civil colombiano, diferentes al artículo 1617 de la misma obra, y si la mora se produjo después de esa fecha su valor se deberá calcular con base en los lineamientos contenidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993" (subrayado y negrita fuera de texto).

En ese mismo sentido la Corte Constitucional en sentencia T-647 de 2011, indicó que se causa por el incumplimiento del deber de reconocer la pensión:

---

12 Consejo de Estado. Sentencia de abril 1° de 2004. Exp. No. 2757-03. Magistrado Ponente: Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE; Sección Segunda, Consejero Ponente: DR. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, expediente Interno 2506-13 *"…se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.."- se destaca-* y Tribunal Administrativo de Boyacá. Magistrado Ponente: Óscar Alfonso Granados Naranjo. Sentencia de 11 de octubre de 2017. Radicación: 150012333-000-2015-00714-00.

"No queda duda que el derecho al pago por mora de los referidos intereses, se tiene sin importar el tiempo en el que se causó, siempre y cuando la pensión sea de rango legal, sin afectar bajo que norma se le reconoció su condición de pensionado; lo que hay que tener en cuenta para que se configure el derecho al pago de los intereses de mora consagrados en el citado artículo, es que se esté, frente al **incumplimiento de la obligación por parte de la entidad de reconocer la pensión a su cargo, que se tiene desde que el reclamante reúne las exigencias de edad y tiempo de servicio, requisitos indispensables de la pensión legal"**- se destaca-

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de 2014[13] se pronunció en similar sentido, al sostener que:

"Así las cosas, al estar probado que CAPRECOM reconoció el derecho pensional del actor sólo hasta el 11 de diciembre de 2000, siendo que el status pensional había sido consolidado el 20 de marzo de 1998 y que a partir del 21 de enero de 1999, ninguna duda existía en la **procedencia del reconocimiento** de la pensión a favor del actor, concluye la Sala que es procedente el reconocimiento de los **intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993**[29]. En este mismo sentido, la Subsección B de esta Corporación ha explicado[30]:

"Según las pruebas que reposan en el plenario, la Sala considera que, si bien la pensión reconocida a la señora María Inés Mazabel de Mosquera fue reliquidada mediante la resolución n.° 002989 de 21 de septiembre de 1999, lo cierto es que el Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al expedir la resolución n.° 002007, aceptó que el derecho existía desde el 6 de marzo de 1993, por lo que el reconocimiento del mismo el 26 de septiembre de 1997 y su pago efectivo el 20 de marzo del siguiente año, resultan tardíos.

"En consecuencia, resulta procedente el reconocimiento de intereses moratorios sobre la suma recibida por la actora y por el periodo de mora transcurrido entre el 6 de marzo de 1993 y el 20 de marzo de 1998, es decir por 5 años y 14 días, lo que equivale a 60,46 meses.

(…)

Ahora bien, teniendo en cuenta que el derecho al reconocimiento de la pensión a favor del actor sólo vino a ser plenamente establecido con la sentencia de 21 de enero de 1999, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado y que atrás fue referida, es a partir de este pronunciamiento que CAPRECOM incurrió en retardo en el pago de la pensión, puesto que a partir de esta fecha, debió acceder a la prestación solicitada por el hoy demandante como quiera que cualquier discusión jurídica al respecto ya se encontraba zanjada, como atrás se anotó.

De todo lo antes visto, la Sala encuentra que le asiste razón al actor en cuanto a su derecho al pago de intereses moratorios derivados de la tardanza en el pago de su pensión, aspecto que impone la revocatoria de la sentencia de instancia, sin embargo, en vista de que no se allegó al proceso, constancia de la fecha en la cual la entidad demandada realizó el pago del derecho pensional, así como tampoco se conoce el monto de lo pagado, considera la Sala que debe disponer que la liquidación del perjuicio material reclamado, se realice mediante el respectivo trámite incidental …"

Sobre el tema de reconocimiento de intereses moratorios por retardo en el pago de mesadas pensionales, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Boyacá[14], señalando que en efecto, tras la mora en el pago de las prestaciones sociales se deben resarcir los perjuicios causados:

"Dirá la Sala que el reconocimiento de intereses moratorios sobre las mesadas pensionales **tardíamente reconocidas** tiene por finalidad proteger a los pensionados, teniendo en cuenta que, generalmente, se trata de personas de la tercera edad, cuya fuente de ingresos más importante, la constituye su pensión; luego, **llegado el evento de la mora en el pago de sus mesadas pensionales, es justo y equitativo, tal como lo señaló la Corte, que las Entidades de Seguridad Social que se retrasen en el pago de las mismas reparen los perjuicios que ocasionen o generen a esas personas.**

(…)

Dirá la Sala que lo que hay que tener en cuenta para que se configure el derecho al pago de los intereses de mora consagrados en el citado artículo, **es que se esté frente al incumplimiento de la obligación por parte de la entidad de reconocer el beneficio pensional,** cargo que se adquiere desde que el reclamante reúne las condiciones de edad y tiempo de servicio, requisitos éstos que se cumplen a cabalidad en el presente caso. (…)

Así entonces, y al no existir discusión en torno al derecho pensional que le asiste al demandante y debido a la mora en el pago de las acreencias surgidas, lo procedente es condenar a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al pago de la tasa

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, sentencia de 12 de febrero de 2014, expediente: 29802
[14] Tribunal Administrativo de Boyacá. M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana. Sentencia de 15 de noviembre de 2017. Radicación: 150013333006**2014-00215-01**.

> máxima de intereses moratorios vigente en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 hasta el momento en que se efectuó el pago (…) (Negrillas y subraya fuera de texto).

Ahora bien en cuanto a los eventos de reliquidación, la Corte Constitucional en sentencia T-586 de 2012, señaló:

> "(...)"
> "En el presente caso, se cuestiona una sentencia de la Corte Suprema de Justicia –Sala Laboral-, por cuanto se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
>
> La Corte Suprema de Justicia –Sala Laboral-, **en reiterada jurisprudencia, ha venido sosteniendo que los mencionados intereses no proceden cuando se trata de reajustes pensionales**, sino que los mismos sólo se causan cuando la entidad obligada al pago de la pensión entra en mora de reconocer la prestación o una vez reconocida la misma, retrasa el pago de las mesadas correspondientes.
>
> Más allá de las condiciones personales del actor, quien no demuestra la calidad de sujeto de especial protección, la primera apreciación que puede hacerse, es que el asunto que nos ocupa tiene, en principio, una relevancia de tipo legal, y que aún haciendo una interpretación armónica del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 junto con las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 13 (derecho a la igualdad), artículo 25 (derecho al trabajo), artículo 48 (derecho a la seguridad social) y el artículo 53 (derecho a la situación más favorable al trabajador y al pago oportuno y reajuste de las pensiones) del Estatuto Superior, se llegaría a la conclusión de que el contenido de dicho artículo, por el sólo hecho de derivarse de postulados constitucionales no tiene 'per se' vocación de derecho fundamental."[15]
> (…)
> De acuerdo con lo mencionado, esta Sala observa que la sentencia C-601 de 2000[16], dio un alcance diferente al que pretende hacer ver el actor en la presente acción de tutela, pues esta se refirió a la temporalidad del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es decir, que la sanción moratoria se aplica a toda clase de pensiones, reconocidas en cualquier tiempo, sin embargo, **en dicha sentencia no se estableció ninguna regla que permita interpretar que los intereses moratorios de que trata el referido artículo, deban ser reconocidos en los eventos en que se trate de un reajuste pensional** derivado de la indexación de la primera mesada pensional.[17]- se destaca-

De todo cuando se ha expuesto se pude concluir que no resulta procedente la orden de reconocimiento de intereses moratorios por situación distinta que la omisión de reconocimiento y pago de la prestación pensional, por ende la simple diferencia en el valor de la pensión ya reconocida, no engendra esta sanción.

Costas procesales.

No se condenará en costas en este asunto, atendiendo lo dispuesto en el No. 5 del artículo 365 del C.G.P[18] que expresa:

> "5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando fundamentos de su decisión."

De manera que como en este caso la demanda prosperó solo de forma parcial, pues se declara probada parcialmente la excepción de prescripción y se negó la súplica de intereses moratorios, existen suficientes razones para sostener que el triunfo de la demandante solo es parcial, de manera que para conservar la equidad de las cargas procesales, el Juzgado no impondrá costas.

Corolario.

De acuerdo con lo expuesto, se accederá a declarar la nulidad de la actuación administrativa acusada y como restablecimiento del derecho se ordenará a la NACIÓN – MINISTERIO DE

---

[15] Ibidem.
[16] M.P. Fabio Morón Díaz.
[17] Corte Constitucional, sentencia T-635 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
[18] Norma que resulta aplicable a los asuntos contenciosos administrativos por expresa remisión del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO la reliquidación de la pensión del señor JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ, desde el 13 de abril de 2006 teniendo en cuenta en ella lo percibido en el año inmediatamente anterior a la consolidación de su status pensional (12 abril de 2005 a 12 abril de 2006) por concepto de ***asignación básica*** y lo percibido por concepto de *prima de alimentación*, *prima de vacaciones* y *prima de navidad,* no obstante, con efectos fiscales a partir del **7 de septiembre de 2012,** por efecto de la **prescripción** advertida.

Ahora bien, dado que el demandante se retiró de del servicio de forma definitiva el 30 de junio de 2015, tiene derecho al reajuste de la pensión reconocida sobre la base del último año de servicios (30 junio de 2014 a 30 junio de 2015), conforme a la Ley 71 de 1989 para lo cual, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dispondrá la reliquidación de la pensión del señor JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ, a partir de 1 de julio de 2015, para que sean incluidas además de los emolumentos ya relacionados, lo concerniente a la de **prima de servicios** que devengó en ese año.-

Aunque también percibió **sobresueldo** como otro de los factores diferentes de los percibidos en el año de consolidación del estatus, sería la ocasión para disponer su inclusión, no obstante el Despacho no lo ordenará, dado que la misma Administración en la Resolución 1271 de 2015, re liquidó la prestación con este factor.

Es oportuno señalar que, al momento de dar alcance a esta sentencia, debe la entidad descontar los valores por factores posteriormente incluidos en la pensión, como es el caso particular de la prima de vacaciones que fue incluida en gracia de la Resolución 1271 de 2015

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

1. **Declarar la nulidad parcial** de la Resolución No. **00179 del 5 de julio de 2006**, expedida por la NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual reconoció pensión de jubilación al señora JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ, en tanto no incluyó la totalidad de los factores percibidos en el año de consolidación del estatus pensional (12 de abril de 2005 a 12 de abril de 2006) de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

2. **Declarar la nulidad parcial** de la Resolución No. **001271 de 13 de noviembre de 2015** y la **nulidad total** de la Resolución **313 de 14 de marzo de 2016**, expedida por la NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se ajusta por retiro definitivo del servicio la pensión del señor JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ respecto de lo percibido entre 30 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2015, al no haber incluido la totalidad de los factores y emolumentos percibidos, de acuerdo con la sustentación ofrecida en la parte resolutiva de esta sentencia.

3. Como consecuencia de la anterior declaración y **como restablecimiento del derecho** se ordena a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO **reliquidar** la Pensión de Jubilación del señor JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el año de consolidación del estatus pensional (12 de abril de 2005 a 12 de abril de 2005), teniendo en cuenta además de la asignación básica, lo percibido por concepto de *prima de alimentación*, *prima de vacaciones* y *prima de navidad,* desde el 13 de abril de 2006, pero con efectos fiscales a partir del **7 de septiembre de 2012, dado el fenómeno prescriptivo**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. De la condena se deducirán los valores que hubieren sido pagados.

4. De la misma manera, por efecto del retiro definitivo del servicio ocurrido el 30 de Junio de 2015, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dispondrá la reliquidación de la pensión del señor JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ, a partir de 1 de julio de 2015, para que sean incluidas además de los emolumentos ya relacionados lo percibido por concepto de **prima de servicios** que devengó en el último año de servicios, con efectos fiscales a partir del 1 de julio de 2015. De la condena se deducirá los valores que hubieren sido pagados. Al momento de dar alcance a esta sentencia, la entidad debe descontar los valores por factores posteriormente incluidos en la pensión, como es el caso particular de la prima de vacaciones conforme a lo expuesto.

5. De la condena y sobre los factores a tener en cuenta para el reconocimiento de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, deberá realizar los descuentos a cargo del empleado que no se hubieran efectuado al Sistema General de Pensiones, a partir del **30 de junio de 2010**, en tanto los periodos anteriores, se encuentran extintos por prescripción, de acuerdo con la motivación expuesta. Las sumas resultantes serán indexadas conforme al IPC y el monto máximo no podrá superar el valor de la condena a favor del demandante.

6. Las sumas que resulten de liquidar esta sentencia serán actualizadas en los términos señalados en el artículo 187 del CPACA conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

7. Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **7 de septiembre de 2012**.

8. La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 y concordantes del CPACA y devengará intereses moratorios conforme al inciso 3 de esta disposición. Para lo

anterior, se dispone remitir las comunicaciones correspondientes, de conformidad con lo previsto en los incisos finales de los artículos 192 y 203 de la Ley 1437 de 2011.

9. Sin costas por lo expuesto.

10. Niéguense las demás pretensiones de la demanda.

11. Ejecutoriado este fallo y cumplidos sus ordenamientos, archívese el expediente, previas las constancias que sean necesarias. Si existen remanentes devuélvanse a la parte que corresponda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA
Juez

Hoja de firma
Expediente: 15001 3333 010 2016-0047
Demandante: JOSE DEL CARMEN MORENO RODRIGUEZ
Demandado: Nación – MEN – FNPSM

JUZGADO DECIMO ORAL ADMINISTRATIVO
TUNJA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICO POR ESTADO
No. 09 DE HOY 21 Marzo/18
SECRETARIO(A)

Consejo Superior de la Judicatura