



134

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Ref.:

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Reliquidación de la pensión de invalidez de un docente, relacionado con la inclusión de los factores salariales de "prima de navidad" y "prima de vacaciones". Sentencia unificatoria del C.E.

Demandante: GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ

Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
– FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Radicación: 850013333-002-2014-00319-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ a través de apoderado judicial demanda al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Yopal, solicitando a esta jurisdicción que mediante el trámite contencioso administrativo se acceda a sus pedimentos que se contraen a la revisión de su pensión de invalidez.

PRETENSIONES:

Plantea textualmente las siguientes:

"II. DECLARACIONES (Art 162 No 2)

1. Que se declare la Nulidad Parcial de la Resolución No. 0883 del 8-07-2011, proferida por la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (sic) – MUNICIPIO DE YOPAL**, mediante la cual se le reconoce y paga una **PENSIÓN DE INVALIDEZ**.

III. CONDENAS

1. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las Demandas (sic) LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (sic) – MUNICIPIO DE YOPAL.

a) Reconocer liquidar y pagar a mi mandante la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo como base de liquidación **su salario devengado, otros factores salariales ya reconocidos y además incluir la PRIMA DE VACACIONES Y PRIMA DE NAVIDAD.**

2. Que se condene a las demandadas a reconocerle y pagarle a mi mandante, debidamente indexadas en su valor, las sumas que dejo de percibir por concepto sus prestaciones sociales – pensión de INVALIDEZ – la cual fue liquidada sin tener en cuenta todos los factores salariales, a partir de la fecha en que le fue otorgada la pensión de INVALIDEZ.

3. Que la suma reconocida sea, actualizada de conformidad con lo previsto en el Inciso Final del Artículo 187 de la ley 1437 de 2011, y se reajuste su valor desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo.

4. Que se condene en costas a la demandada.

5. Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el Artículo 192 del C.C.A.”

ANTECEDENTES:

Narra la demanda en sus hechos que el demandante es docente del servicio público de Educación del Municipio de Yopal, financiada con el Sistema General de Participaciones.

Aduce que mediante Resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011, las entidades demandadas le reconocieron *Pensión de Invalidez*, con efectividad a partir del 6 de Julio de 2011.

Que el actor ingresó al servicio público de la educación antes de la expedición de la ley 812 de 2003.

Sostiene que el accionante, le cancelaron en el año status como Salario, lo siguiente: Prima de Clima, Auxilio de Movilización, Horas Extras, Prima de Navicad, Sueldo por Vacaciones y Prima de Vacaciones, entre otras.

Finalmente afirma que antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, a los docentes se les venía reconociendo, liquidando y pagando su Pensión Jubilación con la inclusión de todo su salario y sus factores salariales devengados en el año status; igualmente señala que con posterioridad a la expedición de la Ley 1151 de 2006 a los docentes nuevamente se les viene reconociendo y pagando su pensión con la inclusión de todos los factores salariales, aspecto que discrimina a la demandante violentándole su derecho a la igualdad laboral.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora hace mención de las normas que considera violadas, señalado que la infracción al ordenamiento jurídico tiene sustento en que la demandada al no incluir en la liquidación de la pensión de invalidez del demandante la totalidad de los factores salariales viola los principios constitucionales y legales porque el acto atacado desconoce los derechos que le corresponden.

Seguidamente transcribe apartes jurisprudenciales del máximo organismo de lo contencioso administrativo aplicable al caso examinado de acuerdo a su interpretación, resaltando que la remuneración o salario equivale al valor que resulte de la suma de la asignación básica, más los restantes valores salariales que reciban mensualmente.

ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda que dio origen al proceso contencioso fue presentada por el apoderado de la parte actora ante la Oficina de Servicios Judiciales de Yopal, el 3 de Octubre de 2014, como consta en la caratula que antecede al folio 1 del cuaderno principal.

- Sometida a reparto el 7 de Octubre de 2014, correspondió por sorteo a este Juzgado y entregada en la secretaría en la misma fecha, para luego ser ingresada al Despacho el día 15 de Octubre de 2014 (fls. 13 y 14 c.1).

- Este Despacho a través de auto del 17 de Octubre de 2014 (fls. 15 c.1.), al considerar que se reunían los requisitos mínimos exigido en los artículos 161 y ss., de la ley 1437 de 2011, **ADMITIÓ** la demanda y ordenó proceder conforme al articulado previsto en el estatuto procesal administrativo.

Dentro del término legal otorgado por el Despacho con base en lo normado en el CPACA, el MUNICIPIO DE YOPAL y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - "FNPSM", constituyeron apoderado, contestaron el libelo, manifestándose respecto a los hechos, las pretensiones y proponiendo excepciones, de las cuales, el Secretario del Despacho corrió el respectivo traslado (fl. 66 c.1), sin que la parte demandante se hubiere pronunciado, quedando trabada la Litis.

Contestación del Ministerio de Educación Nacional: (fls. 24 a 34 y 36 – 46 c.1).

A través de apoderado judicial dicha entidad concurre a esta etapa procesal, señalando como argumentación principal de su defensa, lo siguiente:

“El acto administrativo demandado no fue expedido por mi representada LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. El acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la secretaria de educación territorial y no la de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda.

*Quiere decir, que la demandada **MEN** en el presente proceso no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación ni es un ente pagador de los recursos del fondo.*

El Despacho debe diferenciar los sujetos procesales que tienen vocación procesal para ser parte pues uno es el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL –MEN- quien tiene capacidad procesal para ser parte en representación de La Nación, y por eso se le suele demandar como Nación Ministerio de Educación Nacional, y otro EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, (FOMAG) que como cuenta especial de la Nación, constituida bajo la modalidad de un contrato fiduciario forma un PATRIMONIO AUTONOMO no tiene capacidad para ser parte procesal sino solo a través de la entidad fiduciaria que lo administra, que en este caso es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Debe tenerse en cuenta que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como patrimonio autónomo, los recursos que lo conforman tienen destinación y propósito especial cual es el de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto en (sic) MEN no tienen responsabilidad en tal pago.

También, hay que advertir que el administrador del FOMAG, como sociedad fiduciaria no es tampoco el sujeto procesal mismo que puede ser demandado en relación con las obligaciones que corresponden al patrimonio autónomo del contrato fiduciario constituido con el nombre de FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG, sino solo bajo esa particular y especial condición que se ha denominado en los tribunales como “vocero del patrimonio autónomo” y en razón de llevar la personería del patrimonio autónomo para la protección y defensa de los bienes fideicometidos, pero ello no convierte a la sociedad fiduciaria en sujeto directo de la demanda.

Luego no es correcto considerar, como equivocadamente lo hizo el demandante, al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL como un solo ente y por tanto como un solo sujeto procesal. De manera que si se ha querido, por la demandante, demandar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha debido hacerlo a través de la Fiduciaria La Previsora S.A. pero solo, única y exclusivamente, como vocera o administradora de los recursos del FOMAG, porque una es la sociedad fiduciaria y otra el Fideicomiso, que forma el patrimonio autónomo pero que no es parte del patrimonio o haber social de la sociedad fiduciaria.”

Igualmente solicita que en el evento de que se profiera un fallo condenatorio ordenando la inclusión de nuevos factores salariales para la liquidación de la pensión de invalidez, solicita que se efectúen los respectivos descuentos por concepto de cotización al sistema de seguridad social respecto de aquellos factores que no se tuvieron en

cuenta, con el adicional de que dichas sumas a su juicio deben ser indexadas con el fin de que se respete el principio de igualdad y se garantice la estabilidad financiera del sistema pensional.

Contestación del Municipio de Yopal (fls. 51 a 53 c.1).

La demandada se hace presente al escenario de la Litis, oponiéndose a las pretensiones planteadas en la demanda; esgrimiendo como único razonamiento defensivo, la configuración de la excepción denominada "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*", como sustento de dicha alegación trae a colación una jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Casanare, donde se ventiló el estudio de dicha excepción, cuando la entidad territorial actúa en virtud de competencias delegadas por la Nación – Ministerio de Educación (FNPSM).

.- Auto fechado 12 de Junio de 2015 (fls. 68 y 69 c.1.), mediante el cual se tuvo por contestada la demanda por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y MUNICIPIO DE YOPAL, reconociendo personería para actuar a sus respectivos apoderados; en igual forma, se convoca a las partes y al Ministerio Público a diligencia de *Audiencia Inicial*.

El día 14 de Agosto de 2015 (fls. 73 al 76 c.1.), se realizó ***Audiencia Inicial*** en la cual se trataron los temas de: Saneamiento del proceso, resolución de excepciones previas, en esta última etapa el apoderado judicial del Municipio de Yopal interpuso recurso de apelación ante la decisión del Despacho de negar la prosperidad de la excepción denominada "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*",alzada que fue debidamente concedida para su conocimiento en segunda instancia.

Mediante proveído del 7 de Octubre de 2015 (fls. 80 y 81 c.1.), se dispuso el Obedézcase y Cúmplase de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Casanare en auto del 2 de Septiembre de 2015, que resolvió revocar la decisión adoptada por este Estrado Judicial en Audiencia Inicial, respecto a declarar NO probada la excepción de "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*"; así mismo y acorde con lo anterior, se fijó nueva fecha para la Reanudación de la Audiencia Inicial.

El 26 de Febrero de 2016 (fls. 112 - 115 c.1.), se continuó con la ***Audiencia Inicial*** retomándola en la etapa de procedencia de la conciliación, luego, fijación del litigio, decreto de pruebas y fijación de fecha y hora para Audiencia de pruebas.

El día 3 de Mayo de 2016 (fls. 118 al 120 c.1.), se llevó a cabo **Audiencia de Pruebas** que básicamente giró alrededor de recaudo e incorporación de pruebas documentales decretadas a petición de la parte actora y fijación de fecha y hora para realización de Audiencia de alegatos y juzgamiento. Con base en el inciso final del artículo 181 del CPACA se consideró innecesaria la práctica de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y en consecuencia, ordena a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiéndolo a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

RESUMEN DE ALEGATOS:

De la parte actora: (fls. 125 - 132 c.1).

A través de su apoderado judicial se hace presente en esta oportunidad procesal, trayendo a colación una Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, que a su juicio desvirtúa la presunción de legalidad de los actos acusados y que como consecuencia conlleva a que se deba reliquidar la pensión del demandante con el 75% de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales.

El señor agente del Ministerio Público guardaron silencio en esta especial etapa, previa a la definición del litigio.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del

tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 *ibídem*), teniendo en cuenta que las excepciones previas propuestas fueron debidamente resueltas y las decisiones allí adoptadas se encuentran debidamente ejecutoriadas y en firme; respecto de las excepciones denominadas de fondo o mérito, son medios de defensa que buscan que el acto controvertido permanezca incólume en el ordenamiento jurídico, por lo cual en el decurso de esta providencia expresa o tácitamente se decantará al aspecto.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

Problema Jurídico planteado:

Se trata de determinar si efectivamente el acto administrativo contenido en la Resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011 (por la cual se reconoce una pensión de invalidez al señor Gonzalo Jiménez Gómez), expedida por la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal, actuando en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se encuentra parcialmente viciado de nulidad, en lo concerniente a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de invalidez; o si por el contrario dicha manifestación de voluntad de la administración se encuentra acorde con la normatividad vigente que regula dicha materia.

Pruebas vertidas al expediente que constituyen la verdad procesal:

.- Copia auténtica de la Resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal (actuando en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO), por medio del cual reconoció y ordenó el pago de una la pensión de invalidez al señor GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ (fls. 6 a 8 c.1.).

.- Copia de formato único para la expedición de certificado de salarios (establecido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), correspondiente al señor Gonzalo Jiménez Gómez, en el cual se identifica los factores salariales devengados por su relación laboral con la demandada durante los siguientes periodos: i) Del 1 de Junio de 2010 al 30 de Diciembre del mismo año; y ii) Del 1 de Enero de 2011 al 30 de Junio del mismo año (fl. 10 c.1.).

.- Copia de la constancia de fecha 11 de Agosto de 2014, expedida por la Procuraduría 53 Judicial II Para Asuntos Administrativos, mediante el cual se da fe del agotamiento del requisito de procedibilidad para este asunto (fl. 11 c.1.).

.- Copia de los antecedentes administrativos del acto acusado (fls. 2 al 25 c.p.).

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si el demandante tiene derecho a que la demandada le reliquide su pensión de invalidez que reclama, con factores diferentes a los que incluyó en el acto administrativo acusado.

Aplicación de normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto

Se extrae de lo consignado en la demanda y demás actuaciones que el motivo de inconformidad alegado por el demandante a lo largo de este proceso, versa sobre los **factores salariales - "Prima de Vacaciones" y "Prima de Navidad"** que han debido tenerse en cuenta para liquidar su **pensión de invalidez** reconocida a través del acto que acusa de forma parcial, por lo cual, se impone para este estrado judicial el estudio de las normas que gobiernan su reconocimiento y liquidación.

Desde ahora se advierte que los docentes tienen la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (art. 5 del Decreto 224 de 1972), pueden gozar de pensión gracia (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso de pensión gracia y pensión de invalidez, y tales prerrogativas las confirman las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, art. 279, 60 de 1993, art. 6, y 115 de 1994, art. 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

No sucede lo mismo en materia de pensión ordinaria de jubilación, pues no disfrutaban 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.

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso:

“ARTICULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado, 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. (Negrilla del Despacho)

A su turno la ley 115 de 1994 en su artículo 115 dispone lo siguiente:

“Artículo 115.- Régimen especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

En este mismo sentido, la Ley 60 de 1993 ya había establecido en su artículo 6° lo siguiente:

“(…) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (…)”

Conforme a las normas citadas hacen remisión expresa y convergen en la ley 91 de 1989, que establece como régimen pensional aplicable a docentes nacionales y nacionalizados, similar tratamiento para empleados públicos de orden nacional (decreto ley 3135 de 1968 y decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978).

Del contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 en su artículo 23 establece el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

Así se observa en la citada norma:

"(...) PENSION DE INVALIDEZ. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista.

- a) El 50% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea el 75%;
- b) **Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance el 95%;** (Negrilla fuera de texto)
- c) El 100% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.

Parágrafo. La pensión de invalidez excluye la indemnización (...)."

Y en similar sentido, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, en sus artículos 60, 61 y 63 dispuso en relación con el reconocimiento de una prestación pensional por invalidez, lo siguiente:

"Art. 60. DERECHO A LA PENSIÓN. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo.

Art. 61. DEFINICIÓN.

1.- Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido al empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al 75% su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesión a que se ha dedicado ordinariamente.

2.- En consecuencia no se considera inválido al empleado que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al 75%." (...)

"Art. 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

1. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

2. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar del noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual (...)."

La Ley 4ª de 1966, en su artículo 4, estableció que, a partir de su vigencia, las pensiones de jubilación e invalidez, reconocidas a favor de los trabajadores de las entidades de derecho público debían liquidarse teniendo en cuenta el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Así mismo, el Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4ª de 1966, en su artículo 5º precisó que el promedio al que se refería el artículo 4º de la citada Ley 4ª de 1966 era el promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios, previo a la adquisición del estatus pensional.

En consecuencia, de acuerdo a la normatividad citada, cuando se trata del reconocimiento, liquidación y pago de una pensión de ***invalidez***, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha, si por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 1.00 de 1993.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, esto es, para los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, dicha norma se refiere finalmente a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

En lo tocante al monto de la referida prestación, debe examinarse en primer lugar, que el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 63 dispuso que el monto de la pensión de invalidez se liquidaría teniendo en cuenta el último salario devengado por el empleado beneficiario de la citada prestación y, en segundo lugar, que la Ley 4 de 1996 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 precisaron, respectivamente, que el monto de la pensión por invalidez debía ser igual al 75% del promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios.

En igual forma, debe acotarse que la Ley 65 de 1946 dispuso que, en todo caso, por salario debía entenderse "*no sólo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas habitual y periódicamente percibidas por el empleado como retribución a sus servicios*", en dicho sentido existen pronunciamientos del Consejo de Estado¹, que son claros y expuestos en cuanto a que la enunciación de los factores salariales previstos en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 no puede ser interpretada como taxativa.

Con base en la normatividad citada y apoyado en la jurisprudencia del máximo organismo de lo contencioso administrativo del país, se puede predicar sin vacilaciones que la liquidación de la prestación pensional por invalidez reconocida a un docente oficial debe tener en cuenta, en su ingreso base de liquidación, la totalidad de los factores salariales devengados por éste durante el último año en que prestó efectivamente sus servicios.

Decisión al caso concreto:

Interpretando armónicamente los preceptos antes citados, aplicables al caso *sub-judice*, y de conformidad con el escaso acervo probatorio que obra en el expediente y las actuaciones procesales efectuadas por las partes, se advierte que mediante la Resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011 la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal, en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció, liquidó y ordenó pagar a favor del señor GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ, pensión por *Invalidez*, con efectividad a partir del 6 de Julio de 2011, fecha esta que se considera fue retirado del servicio por pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje del 90%. Para tal efecto y conforme a lo establecido en el literal b) del artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968, tomó como base de liquidación el valor devengado por concepto de Salario Básico, Prima de Clima, Auxilio de Movilización se liquidó la prestación sobre el 75% del último salario causado al momento de presentarse la invalidez.

En este estado de cosas, debe advertirse por parte de este administrador de justicia, que al análisis de la situación, no estamos verificando la validez o no del contenido de la resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Yopal, por cuanto conforme a lo demandado la

¹ Ver por ejemplo sentencia del 18 de junio de 2009. Rad. 0179-2008. MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

reclamación como tal solo concierne auscultar los factores salariales que fueron incluidos al liquidarla; sin embargo, hay que precisar que de conformidad a lo normado en la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, cuyo proceso decisorio se tramita a través de una delegación de funciones en las entidades territoriales; en consecuencia de lo anterior, se infiere que como tal quien tiene la obligación legal de responder por dichas prestaciones de los docentes, es la Nación - Ministerio de Educación Nacional, independientemente de que se haya contratado a una entidad fiduciaria para ejercer la administración de los recursos del FOMAG, razón por la cual en el evento de encontrarse vulnerado el ordenamiento jurídico y constitucional, deberá ser sujeto de las respectivas ordenes de restablecimiento del derecho.

Ahora bien, en el folio 10 obra en formato único para la expedición de certificado de salarios, fechado 1º de Junio de 2012, firmado por el Secretario de Educación y Cultura del Municipio de Yopal, en el cual se constata que el demandante devengó en el año anterior a la adquisición de su status pensional por pérdida de su capacidad laboral (21 de Marzo de 2011 - acorde con lo relacionado en el mismo acto acusado), esto es, en el periodo comprendido entre el 21 de Marzo de 2010 al 21 de Marzo de 2011, los siguientes factores salariales: *asignación básica (Sueldo), prima de clima, auxilio de movilización, **prima de navidad y prima de vacaciones***. En la certificación aludida se especifica que sobre los factores percibidos por concepto de Sueldo se efectuaron los aportes correspondientes a seguridad social.

En esa medida se indica que el salario comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como contraprestación directa y onerosa por la prestación del servicio y allí se suman los factores salariales que tienen esa misma finalidad, incrementan el mismo e inciden obviamente al momento de reconocer y liquidar las pensiones en cuanto integran la cuantía de la mesada. **El Honorable Consejo de Estado recientemente unificó su jurisprudencia, avalando la interpretación que más se ajusta al principio de favorabilidad en materia pensional en el sentido que** los emolumentos salariales que percibe el funcionario de manera habitual y usual como contraprestación directa por sus servicios deben integrar el salario base de liquidación de su pensión, haciendo una interpretación más extensiva de la norma (en este caso particular de las Leyes 33 y 62 de 1985) y, que a su vez da lugar a ser aplicada a casos similares como el que aquí se debate.

Ahora, es de tener en cuenta que los artículos constitucionales 13 y 47, confieren a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta una protección especial conforme a sus limitaciones y para el caso analizado el Comité Médico laboral de COLOMBIANA DE SALUD S.A. le otorgó al señor GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 90%, es decir, un caso grave de acuerdo a lo plasmado en la resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011 y que conforme a directrices del mismo acto es evaluable cada año, desconociéndose eso si resultados de tales evaluaciones, asunto que no viene al caso.

En consecuencia, al otorgársele al demandante una pensión especial, la de invalidez que tiene por objeto salvaguardar de manera prioritaria a personas disminuidas físicas y sensorialmente, grupos vulnerables de la población, por ende esta persona se encuentra constitucionalmente protegida, aplicándosele el principio de favorabilidad.

Conclusión final:

Con base en todo lo anotado y al confrontar que durante el año anterior a adquirir el status de pensionado (21 de Marzo de 2010 al 21 de Marzo de 2011), según certificación salarial arrojada al expediente (fl. 10 c.1.), el señor GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ, devengó los factores de: asignación básica (Sueldo), prima de clima, auxilio de movilización, **prima de navidad y prima de vacaciones**; que la entidad demandada en el acto administrativo contenido en la resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011 expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Municipio de Yopal en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que le reconoció la pensión de invalidez, sólo tuvo en cuenta Salario Básico, Prima de Clima, Auxilio de movilización. Entonces, tenemos que el criterio aplicado por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales "FNPSM" es equivocado y contrario a derecho; pues al actor se le debe liquidar el beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo todos los factores pensionales devengados durante el año anterior al cumplimiento de los requisitos y en el acto que se controvierte faltó incluir los factores de: **Prima de Navidad y Prima de Vacaciones**, conforme a su periodicidad, a lo que tiene derecho, por lo cual, se dispondrá que tales conceptos se computen a la pensión de invalidez que percibe.

En consecuencia, deberá declararse la nulidad *parcial* de la Resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011 expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Municipio de Yopal en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se ordenará a la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, dictar nuevo acto en el que se reliquide la *Pensión de Invalidez* de GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ con base en el salario promedio devengado en el año anterior a adquirir el status de pensionado, conformado por la asignación básica, los otros factores ya liquidados y adicionando como factores salariales nuevos los siguientes: **Prima de Navidad y Prima de Vacaciones**.

Finalmente, cabe anotar que la entidad demandada podrá descontar de lo que debe pagarle al actor, la suma que a ella corresponda en el porcentaje del empleado, respecto de los factores nuevos sobre los cuales no se le descontó o no haya aportado para pensión.

Prescripción:

De conformidad con los parámetros establecidos en el Decreto 1848 de 1969, respecto de la prescripción trienal, se declarará procedente la aplicación de dicha figura jurídica en el presente caso, si se tiene en cuenta que la pensión de invalidez reconocida al accionante se hizo efectiva a partir del 6 de Julio de 2011, mientras que la presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada hasta el 3 de Octubre de 2014, es decir que a partir de esa fecha se debe tener en cuenta que interrumpió la prescripción sobre dicha prestación, pero no del **derecho que tiene al reajuste**, por tanto, se debe aplicar la prescripción trienal ya aludida, por derechos no reclamados a tiempo respecto al reajuste de mesadas, pero no del derecho al reajuste de su pensión desde que fue efectiva.

En consecuencia de lo anterior, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO debe pagar al señor GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ, la diferencia que resulte entre la cantidad liquidada y las sumas canceladas por concepto del pago de la pensión de invalidez del actor en mención desde el 3 de Octubre de 2011 (acorde con la prescripción trienal). Además, descontará de las mesadas correspondientes los aportes no realizados por el demandante, según lo indique la Ley.

Respecto a los valores que arrojen las liquidaciones respectivas deberán ser indexados acorde con la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Ind. Final}}{\text{Ind. Inicial}}$$

De donde:

Vp = Valor presente o actualizado

Vh = Valor histórico o la cifra que se actualiza

Ind. Final = el que se certifique a la fecha de la ejecutoria del fallo

Ind. Inicial = el existente a Octubre de 2011.

Una vez realizadas las operaciones matemáticas y de resultar diferencia a favor del demandante, se pagará por la oficina correspondiente del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En otro aspecto, se ordenará dar cumplimiento a lo estipulado en los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Costas:

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, pues se hizo presente en el proceso y defendió su tesis jurídica; se dispondrá no condenar en costas a la parte vencida, acorde con los lineamientos consagrados en el artículo 188 del CPACA.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD PARCIAL del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0883 del 8 de Julio de 2011, proferida

por la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Yopal en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una Pensión de Invalidez al señor GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento, ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RELIQUIDAR la pensión de Invalidez otorgada al señor GONZALO JIMÉNEZ GÓMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.547.811 expedida en Envigado, desde el 3 de Octubre de 2011 (acorde con la prescripción trienal), incluyendo los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional que se acreditaron en el plenario y que no fueron tenidos en cuenta en el acto que se anula parcialmente; es decir; **Prima de Navidad y Prima de Vacaciones**, en la proporción que corresponda de acuerdo a su periodicidad, según los parámetros fijados en la motivación.

TERCERO: Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente debe aplicar el ajuste de valores contemplado en el artículo 187 del CPACA a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado de acuerdo a las fórmulas mencionadas en la parte motiva de esta providencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO debe pagar la diferencia que resulte entre la cantidad liquidada y las sumas canceladas por concepto del pago de la pensión de invalidez del actor. Además, descontará de las mesadas correspondientes los aportes no realizados por el demandante, según lo indique la Ley.

QUINTO: Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término y reglas señaladas en los artículos 189 y 192 del CPACA.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

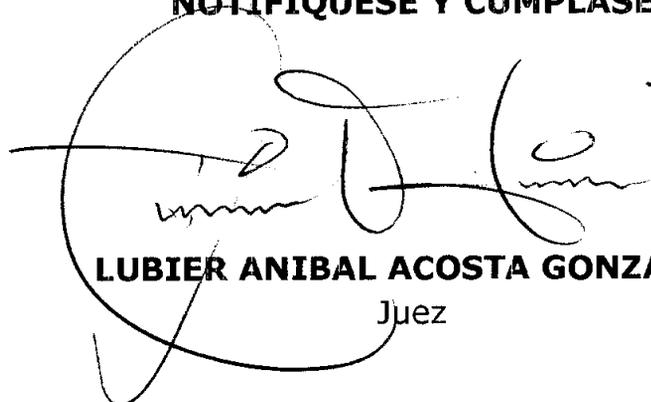
SÉPTIMO: No condenar en costas a las demandadas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, expídase primera copia con las constancias del Art. 114 del Código General del Proceso al demandante o su apoderado que ha venido actuando en el proceso. Líbrense las demás comunicaciones de ley.

NOVENO: Ordenar la liquidación y devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

DÉCIMO: Verificado el cumplimiento de esta sentencia estimatoria conforme a los términos del artículo 298 del C.P.A.C.A., archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez

