

REPÚBLICA DE COLOMBIA



*Consejo Superior
de la Judicatura*

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE LA
CIUDAD DE TUNJA
Carrera 11 N° 17-53 Piso 4**

Tunja, veintitrés (23) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación No. 15001-33-33-007-2013-00207-00
Demandante: ILDEFONSO TORRES GONZÁLEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO
Controversia: Nulidad y Restablecimiento

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Entra al despacho el proceso de la referencia, con el objeto de que se dicte sentencia de fondo, en consecuencia el Despacho, en presencia de los presupuestos procesales y en ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado, así procederá.

I.- DECLARACIONES Y CONDENAS

El Ciudadano **ILDEFONSO TORRES GONZÁLEZ**, actuando por intermedio de apoderado judicial, ejerce medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el siguiente petitum:

1.- Se declaren parcialmente nulas por no tener en cuenta todos los factores salariales devengados, las Resoluciones N° 0105 de 21 de marzo de 2006 y 158 del 20 de junio de 2006, originarias del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y suscritas por la Secretaría de Educación de Tunja, la primera que reconoció y sustituyó una pensión de invalidez y la segunda revocó parcialmente la

anterior para reconocer la sustitución de pensión invalidez a favor del señor ILDEFONSO TORRES GONZÁLEZ en un porcentaje del 50% proporcional con el de sus hijas.

2.- Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le liquide y pague la sustitución de Pensión Invalidez liquidada con todos los factores salariales que devengaba la señora ROSA ANGELA BAEZ BAEZ (q.e.p.d.) y que hacían parte de su asignación salarial mensual que percibió como remuneración por su labor como docente.

3.- Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que pague a favor de mi mandante las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer, según la petición anterior.

4.- Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor.

5.- Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. pague a favor de mi mandante intereses moratorios, conforme lo ordena el artículo 195 del C.P.A.C.A.

6.- Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que cancele los intereses por las sumas no recibidas por parte de mi mandante y/o dichas sumas sean indexadas a la fecha en que se verifique el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales.

7.- Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al pago de costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

Las anteriores peticiones tienen como fundamento los siguientes,

II. HECHOS

1.- La señora ROSA ANGELA BAEZ BAEZ (q.e.p.d.), prestó sus servicios como docente al Magisterio en el Municipio de Tunja, por un tiempo mayor a 20 años, situación que se vio interrumpida según concepto médico laboral de fecha 18 de julio de 2005 donde se le diagnosticó pérdida de la capacidad laboral del 95%, hecho este que conllevó a que

se le reconociera pensión de invalidez equivalente al 100% del salario devengado, la cual le fue reconocida a través de la Resolución N° 0105 del 21 de marzo de 2006 efectiva a partir del 07 de septiembre de 2005.

2.- La Resolución N° 0105 del 21 de marzo de 2006 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoce la sustitución y pago de la pensión por Invalidez en un porcentaje del 33.3% a Eliana Paola Torres Báez, 33.3% a Angie Maribel Torres Báez; y no reconocen al señor ILDEFONSO TORRES GONZÁLEZ como cónyuge de la señora Rosa Ángela Báez Báez (q.e.p.d.).

3.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución N° 0158 del 20 de junio de 2006, revoca parcialmente la Resolución N° 0105 de 2006 y sustituyen la pensión también al señor ILDEFONSO TORRES GONZÁLEZ, en calidad de cónyuge en un 50% y a cada hija le reconocen el 16.6%.

4.- En la Resolución N° 0105 de 2006, tienen en cuenta en la liquidación la asignación básica y desconocen factores como: **prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.**

5.- La señora ROSA ÁNGELA BÁEZ BÁEZ (q.e.p.d.) laboró como Docente en el instituto integrado Silvino Rodríguez del Municipio de Tunja – Departamento de Boyacá – por lo que el señor juez es competente, por el factor territorial, para conocer de la litis.

III. NORMAS VIOLADAS

Invoca como normas vulneradas, las siguientes:

- **CONSTITUCIONALES.**

Artículos 2, 48 y 58.

- **LEGALES.**

Código Civil: artículo 10.
Ley 57 de 1887: artículo 5.
Ley 6 de 1945.
Decreto N° 1160 de 1947
Decreto 1045 de 1978
Ley 4 de 1966: artículo 4
Decreto Reglamentario 1743 de 1966: artículo 5
Ley 33 de 1985: artículo 1
Ley 62 de 1985: artículo 1
Ley 91 de 1989
Ley 114 de 1913: artículo 1 a 5
Ley 116 de 1928: artículo 6

Ley 37 de 1933: artículo 3.

• **LOCALES – DEPARTAMENTALES.**

Ordenanza 14 de 1985

IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se resume el concepto de violación, en los siguientes argumentos:

- Indica que el estado y las entidades demandadas deben velar por los derechos más elementales de un trabajador que ha prestado sus servicios a una entidad del estado y por tal motivo merece el reconocimiento de la pensión liquidada conforme a la ley. Considera que la norma es letra muerta ante la constante e irreverente autoridad que en ningún momento tiene como precepto fundamental el derecho de los ciudadanos a vivir dignamente, porque cuando se ha trabajado toda la vida se ha adquirido el derecho a disfrutar de una pensión. Indica que la ley civil es fundamental del estado, la que protege los derechos civiles, los derechos a su trabajo, estos derechos, como el de reconocer y pagar una pensión de conformidad con las normas establecidas para tal fin, son vulnerados ampliamente al no tenerse en cuenta que se tratan de derechos adquiridos y estipulados por normas anteriores que han sido confirmados también por normas posteriores.
- Aduce que el concepto de sueldo implica todo lo que constituye remuneración al trabajo como los salarios, primas, bonificaciones, etc., excluyendo de tal concepto las sumas que por mera liberalidad patronal recibe el trabajador, en el ámbito del derecho público no se pueden admitir las liberalidades patronales y por ello todo lo que percibe el empleado oficial constituye salario. En igual forma, que en dichos actos administrativos, se liquidó por debajo del valor legal, porque solamente se tomó como factor la asignación básica, violando las normas arriba estimadas. Que las entidades demandadas no indican a través de que norma ordena que solamente se debe tomar la asignación básica para liquidar la pensión de invalidez de sus afiliados, cuando las normas siempre han indicado en forma taxativa que la liquidación se efectúa sobre todos los factores que constituyen el salario y además las relaciona. Que las normas arriba mencionadas son violadas tajantemente porque solamente se liquida sobre la asignación básica.
- Por último arguye que, para el presente caso, no hay ligar a aplicar una norma de carácter general, por cuanto los docentes gozan de un régimen especial y por el principio de favorabilidad y la inescindibilidad de la norma, se debe aplicar en forma preferente la

ley 4 de 1992, decreto 1045 de 1978, el cual despeja las dudas por cuanto en forma taxativa indica sobre qué factores salariales se debe liquidar las pensiones y que constituyen salario.

V. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue radicada el 03 de octubre de 2013 (folio 30); mediante auto de fecha 22 de octubre de 2013 (Fls. 32 a 34) se procedió a inadmitir la demanda. En escrito dirigido al despacho de fecha 30 de octubre de 2013 se subsanó la demanda (Folio 36-39), y mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2013 se dispuso la admisión de la misma (Fls. 41-44).

2. Según constancia secretarial visible a folio 55 el término de traslado de la demanda venció el 09 de mayo de 2014, lapso dentro del cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda. (fl. 56-62).

3. El 13 de agosto de 2014, se llevó cabo audiencia inicial la cual se desarrolló de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, llegando el proceso hasta la etapa probatoria (Fls. 81-84).

4. En audiencia de pruebas llevada a cabo los 2 días de octubre de 2014 (Fls 105 – 108), se incorporaron las pruebas documentales decretadas y allegadas al proceso; se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento; se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión por escrito y se advirtió a las partes que una vez concluido este término, dentro de los 20 días siguientes se proferiría sentencia.

5. A folios 109 a 111 del plenario obra escrito de alegatos de conclusión presentado por la apoderada de la entidad demandada, a folios 113 a 121 milita concepto rendido por el Agente del Ministerio Público. La parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión.

7. Finalmente el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia el día 26 de enero de 2015.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION

1. Parte Demandada. (Fls. 109 a 111)

La apoderada de la parte demandada sostiene que la ley 91 de 1989 estableció en su artículo 15, lo relacionado con el régimen de prestaciones económicas y sociales de los docentes, señalando además, que el régimen aplicable, depende de la fecha de vinculación al servicio público, según el numeral 1. Estima que como quiera que el señor Idelfonso Torres González se vinculó como docente el 15 de marzo de

1970, de conformidad con el inciso segundo del artículo arriba mencionado, le es aplicable el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, esto es, el establecido en la ley 33 de 1985. Señala que la pensión que en derecho corresponde al accionante debe calcularse teniendo en cuenta el 75% de los distintos factores salariales consagrados en la ley 62 de 1985 y devengados en el último año de servicio, por lo que se concluye a primera vista que no le asiste razón al actor cuando afirma que la accionada debió liquidar su pensión sobre todos los factores salariales por él devengados, sin estar consagrados en el artículo 1º de la ley 62 de 1985. Además, que no puede la accionada, motu proprio, reconocer como factores salariales para determinar el ingreso base de liquidación, aquellos que no se encuentren establecidos como tales en las normas que se deben aplicar en cada caso particular, y al respecto cita apartes de la sentencia T-624 de 2012. Tiene a bien advertir que la accionada solo puede liquidar la pensión sobre los factores salariales que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando estos sean de aquellos taxativamente señalados en la ley 62 de 1985, pues el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley en comento, a cuyo pago se encuentre obligado el fondo de prestaciones, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre al cual realiza aportes el docente. Arguye en última instancia que el fondo no puede incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la mencionada norma, factores diferentes a los previstos para la cotización.

2. Ministerio Público. (Fls. 113-121)

El Representante del Ministerio Público hizo un análisis de la demanda, y del material probatorio obrante en el proceso con el fin de determinar si había lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia ordenar reliquidar la pensión del demandante, concluyendo lo siguiente:

- El accionante tiene derecho a que se le reliquide la sustitución pensional de invalidez por cuanto el régimen pensional aplicable es el establecido en el decreto 1848 de 1969, las leyes 33 y 62 de 1985, máxime si se tiene en consideración que al momento del reconocimiento del derecho pensional, no se tuvo en cuenta la prima de alimentación, de vacaciones, de navidad, emolumentos que reiteradamente el Consejo de Estado los ha considerado como factor salarial para efectos del reconocimiento pensional, por lo tanto se deben tener en cuenta todos los factores salariales que para el efecto son los que devengó al momento de la adquisición del status de pensionado por invalidez, según certificación de salarios allegada al expediente (Fl. 24-27), incluyendo todos los factores devengados, tal como lo señala la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Segunda, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 250002325000200607509 01 – (0112-2009).

- Solicita al despacho se declare al prescripción de las diferencias que resulten, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda el día 3 de octubre de 2013, toda vez que en ésta fecha se interrumpió la prescripción, según lo señalado en el artículo 41 del decreto 3135 de 1968, y en tal sentido esta fecha se debe tener en cuenta para efectos de aplicar la prescripción trienal sobre los valores de las diferencias pensionales que surgen una vez efectuada la reliquidación que se ordene, por lo que resulta claro que ha operado la prescripción de las diferencias adeudadas con anterioridad al 3 de octubre de 2010.

VII. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURIDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISION.-

Corresponde al Despacho establecer si el demandante señor **IDELFONSO TORRES GONZÁLEZ** tiene derecho a que se le reliquide la pensión de invalidez de que es titular en virtud de sustitución pensional de su esposa ROSA ANGELA BÁEZ BAEZ (q.e.p.d.), teniendo en cuenta todos los factores salariales que ella devengaba y que hacían parte de su asignación salarial mensual que percibía por su labor como docente.

Para desatar la cuestión litigiosa, el Despacho considera indispensable precisar sobre los siguientes aspectos: **1.- Régimen Pensional de los Docentes. Pensión de Invalidez. 2- Marco Jurídico de la pensión de invalidez, monto y factores salariales. 3. Caso Concreto.**

2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

2.1. Régimen Pensional de los Docentes. Pensión de Invalidez.

Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en su artículo 15 consagró las disposiciones que rigen a partir de la misma a los docentes nacionales y nacionalizados, en materia prestacional y de pensiones de la siguiente manera:

"El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado a través de la ley 91 de 1989, que en su artículo 15 dispuso:

(...)

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 1º. 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, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.

2. Pensiones:

...

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. 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." (Negrilla fuera de texto)*

De conformidad con las normas transcritas, el régimen jurídico pensional aplicable a los docentes oficiales nacionales por remisión expresa, corresponde al régimen jurídico pensional vigente del sector público del orden nacional; razón por la cual es claro para el Despacho, que el personal docente no goza de ninguna regulación normativa especial sobre la materia.

Por consiguiente, corresponderá al Despacho aplicar la normatividad vigente al caso concreto que regule el tema de pensiones del personal público nacional.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por medio de la cual "se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006 hacia un Estado Comunitario", en sus dos primeros incisos reguló el tema relacionado con el régimen pensional de los docentes oficiales así:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las

disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres".

Con base en lo anterior, tenemos que el régimen pensional aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se puede determinar teniendo como punto de partida la fecha de vinculación al servicio educativo estatal, de la siguiente manera: **i)** Si el ingreso al servicio es anterior al **27 de junio de 2003**, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento; **ii)** Si la vinculación ocurrió a partir del **27 de junio de 2003**, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

En conclusión y de conformidad con el análisis Jurídico presentado, los docentes oficiales en cuanto a la pensión de invalidez no gozan de un ningún régimen especial; a su vez si el ingreso del docente al servicio estatal es anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento. Normativa última que nos remite de manera diáfana al régimen jurídico pensional vigente del sector público del orden nacional, que procederá el Despacho a abordar su análisis.

En el mismo sentido lo ha señalado el Consejo de Estado en Sentencia de fecha 23 de agosto de 2007, radicación No. 25000-23-25-000-2002-09781-01(5193-05), Magistrado Ponente doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, mediante la cual procede a abordar el análisis de los numerales 1 y 2 literal b) de la Ley 91 de 1989, concluyendo: "(...) *De la norma transcrita se colige que el régimen pensión aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional*".

3. Marco Jurídico de la pensión de invalidez, monto y factores salariales.

En primer lugar se pone de presente que el literal c del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 estableció la pensión de invalidez a favor del *"empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad"*.

Luego, la Ley 4ª de 1966 en su artículo 4º, dispuso que a partir de su vigencia las pensiones de jubilación e invalidez de los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarían y pagarían tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Ahora bien, la Ley 4 de 1966 fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, en cuyo artículo 5º dispuso que las pensiones serían liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios.

No obstante, con posterioridad el Decreto 3135 de 1968 "*por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*", determinó en su artículo 23 que la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje del 75%, da derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Respecto al monto en que se debe reconocer la pensión de invalidez, el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 reglamentario del 3135 de 1968, dispuso que la misma sería liquidada con base en el último salario devengado por el empleado oficial, siendo equivalente la misma al grado de incapacidad laboral, y de conformidad a los porcentajes allí fijados, los cuales se sintetizan así:

" (...)a. 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.

b. 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.

c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable (...)" (Resaltado fuera del texto original).

En este orden de ideas, por salario o sueldo ha de entenderse en los términos de la Ley 65 de 1946 **no solo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios.**

Sumas que de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 "*Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas*

sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional¹, están constituidas por:

- 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 1968².

En cuanto al tema de liquidación del monto pensional por invalidez, el Honorable Consejo de Estado², sostuvo lo siguiente:

(...)

El Decreto – Ley 3135 de 1968, ni el reglamento 1848 fijaron los factores que constituyen salario para la liquidación de la pensión de invalidez, no obstante en estos eventos se acude a las previsiones del Decreto 1045 de 1978 por el cual se fijan reglas generales para la aplicación de normas sobre prestaciones sociales de empleados públicos y trabajadores oficiales del Sector Nacional. (...)

En la misma línea, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009, con Ponencia del Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, radicación N° 250002325000200405128-01, determinó que: **"(...) Al no quedar cobijada la pensión de invalidez por la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, ha de tenerse en cuenta para efectos de determinar su base liquidataria, el articulado del Decreto 1848 de 1969 concordante con el 1045 de 1978."** (Resaltado fuera del texto original).

3.4.- Del caso concreto.-

De conformidad con el análisis integral del material probatorio, para el caso bajo examen se tiene probado lo siguiente:

¹ Aplicables según el artículo 57, a partir del 20 de abril de 1978 para el reconocimiento y pago de prestaciones sin importar la fecha en que se hayan causado.

² Sección Segunda-Subsección "B", Consejero Ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO (E), proferida el 19 de julio de 2006, dentro de la radicación No.: 25000-23-25-000-2000-00424-01 (6016-02).

- La demandante se vinculó al servicio público de la educación como docente departamental, el 13 de marzo de 1985 (fls. 88-89).
- De la Resolución 105 de 21 de marzo de 2006³ se infiere que de conformidad con concepto médico expedido el 18 de julio de 2005 por el Médico Laboral de Colombiana de Salud se califica la pérdida de capacidad laboral de la docente en un 95% por lo cual se le reconoce una pensión por invalidez equivalente al 100% del último salario devengado.
- Mediante resolución No. 105 de 21 de marzo de 2006⁴, expedida por la Secretaria de Educación de Boyacá, se reconoce la pensión de invalidez a la docente **ROSA ANGELA BÁEZ BÁEZ (Q.E.P.D.)** en cuantía de un millón seiscientos veinte mil ochocientos cincuenta y siete pesos (\$1.620.857) equivalente a la asignación básica devengada por la misma y sustituye el pago de dicha pensión a ELIANA PAOLA TORRES BÁEZ, JENNY KATHERINNE TORRES BÁEZ y ANGIE MARIBEL TORRES BÁEZ a partir del 7 de septiembre de 2005.
- Por Resolución No. 158 de 20 de junio de 2006⁵, se revoca parcialmente la Resolución No. 105 de 21 de marzo de 2006 en el sentido de reconocer la sustitución de la pensión de invalidez a IDELFONSO TORRES GONZÁLEZ en calidad de cónyuge y a sus hijas ELIANA PAOLA TORRES BÁEZ, JENNY KATHERINNE TORRES BÁEZ y ANGIE MARIBEL TORRES BÁEZ.
- Para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión, la entidad demandada, en la Resolución No. 0105 del 21 de marzo de 2006, tuvo en cuenta como factor salarial únicamente la asignación básica del último salario devengado (fls. 14-18).
- En el certificado de salarios y devengados la demandante acredita como últimos factores salariales devengados, además de la asignación básica, **la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad** (fl.47).

Corresponde al Despacho establecer si al demandante señor **IDELFONSO TORRES LÓPEZ**, en su condición de beneficiario de la sustitución de pensión de invalidez de su esposa ROSA ANGELA BÁEZ BÁEZ (Q.E.P.D.) tiene derecho a que se le reliquide la pensión de invalidez, teniendo en cuenta, **la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad**.

³ Folio 14 - 18

⁴ Folios 14 - 18

⁵ Folios 19 - 23

De conformidad con el estudio normativo y jurisprudencial; así como del análisis probatorio recapitulando tenemos:

La demandante fue vinculada como docente departamental desde el 13 de marzo de 1985, teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que su ingreso al servicio es **al 31 de diciembre de 1989**, su régimen pensional corresponde al establecido *con las normas vigentes anteriores a la Ley 91 de 1989*.

Por lo anterior, la pensión de invalidez se debe reconocer con base en los requisitos previstos en los Decretos 3135 de 1968 artículo 23; 1848 de 1969 artículo 63 y Decreto 1045 de 1978 artículo 45, previamente citados y analizados.

Conforme a lo anterior, el literal a) del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, establece: *"a). 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."*

También resulta claro, atendiendo lo motivado precedentemente, que el Consejo de Estado⁶ de manera uniforme ha precisado: que para efectos de determinar la base liquidatoria de la pensión de invalidez ha de tenerse en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por el cual se fija reglas generales para aplicación de normas sobre prestaciones sociales de empleados públicos del sector nacional como quiera que las normas que regulan la pensión de invalidez no definen cuáles son los factores que constituyen salario.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, señala como factores de salario los siguientes: la asignación básica mensual; los gastos de representación y la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y transporte; la prima de Navidad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicios; 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; los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

Para el caso bajo estudio, teniendo en cuenta que la pérdida de la capacidad laboral de la señora **ROSA ANGELA BÁEZ**, fue valorada

⁶ "Sección Segunda-Subsección "B", Consejero Ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO (E), proferida el 19 de julio de 2006, dentro de la radicación No.: 25000-23-25-000-2000-00424-01 (6016-02). sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009, con Ponencia del Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, radicación N° 250002325000200405128-01."

por la I.P.S. Colombiana de Salud en un noventa por ciento (95%), se colige que de conformidad con el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 el valor de la pensión será el equivalente al 100% del último salario devengado o del último promedio mensual.

Así entonces, se tiene que para la liquidación de la pensión de invalidez se debe acudir a lo preceptuado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma que contempla como factores salariales entre otros: asignación básica mensual, auxilio de transporte, prima de vacaciones, y prima de navidad.

En consecuencia, efectuando la comparación respectiva se tiene que el único factor salarial que sirvió de base para la liquidación de la prestación debatida, fue: la asignación básica (fl.16) y que los últimos factores salariales devengados al momento de adquirir el status pensional, esto es, el 7 de septiembre de 2005⁷ tal como se desprende del certificado salarial para la liquidación de prestaciones sociales visible a folios 46 y 47, la actora recibió los siguientes conceptos: asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

Como corolario de las consideraciones que anteceden, considera el Despacho que la decisión judicial procedente dentro de la presente actuación, será la de conceder las pretensiones de la parte demandante, en cuanto a la declaratoria de nulidad parcial de las resoluciones Nos. 0105 de 21 de marzo de 2006 y 158 de 20 de junio de 2006, suscrita por la Secretaria de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y consecuentemente el reconocimiento y pago de los factores salariales dejados de observar; previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de realizarse. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por el H. Consejo de Estado⁸, indicando que la referida omisión por parte de la Administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la Entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

3.4.1. Prescripción.

Procederá el despacho a pronunciarse sobre la eventual configuración de la excepción de prescripción.

Se entiende claramente que la pensión de invalidez, como es bien sabido es una prestación imprescriptible por tal razón su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, pero no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que no se hallan amparadas por esta excepción

⁷ Folios 17

⁸ Consejo de Estado C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila Sent. 3 de febrero de 2011. Actor: Luis Ángel Hernández Sabogal.

y por el contrario se subsumen dentro del régimen prescriptivo establecido para los derechos laborales; el Consejo de Estado en jurisprudencia decantada ha sostenido que la **prescripción opera trienalmente respecto de las mesadas pensionales**, lapso que se cuenta en forma retrospectiva desde el día en que el beneficiario del derecho formula a la administración la correspondiente reclamación⁹. En la legislación Colombiana está establecido que quien pretenda el reconocimiento de un derecho laboral debe reclamarlo dentro de los tres años siguientes a la fecha en la que lo adquirió, so pena de operar el fenómeno de la prescripción.

En el caso objeto de estudio, la solicitud en sede judicial corresponde a la reliquidación de la pensión de invalidez (fls. 2 al 13), tal como quedó decantado en párrafos anteriores el accionante adquirió el status de pensionado el 7 de septiembre de 2005, (fls. 17) y la demanda fue presentada **el tres (03) de octubre de 2013** (fls. 30). Así las cosas, los períodos anteriores al 3 de octubre de 2010, se encuentran prescritos, toda vez que han transcurrido más de tres años desde que el derecho se hizo exigible, razón por la cual este Despacho declarará probada en forma parcial la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

3.4.2. Conclusiones:

De conformidad con lo expuesto, procederá el Despacho a declarar la **Nulidad Parcial de las Resoluciones** Nos. 0105 del 21 de marzo de 2006 y 0158 del 20 de junio de 2006, suscritas por la Secretaria de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de las cuales "*Se reconoce y sustituye el pago de una pensión por invalidez*" y "*Por medio de la cual se revoca parcialmente la Resolución No. 0105 de 21 de marzo de 2006*" respectivamente.

En este orden de ideas, la pensión de invalidez de la actora deberá reliquidarse, en cuantía del 100% del último salario devengado, a partir del 18 de julio de 2005, fecha en la cual se calificó la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 95%. Así mismo, deberá liquidarse su pensión de invalidez teniendo en cuenta como factores salariales: asignación básica, auxilio de alimentación, prima de vacaciones y **prima de navidad**.

3.4.3. Reajuste de la condena

Las sumas que resulten a favor de la actora se ajustarán en su valor como lo tiene definido el Consejo de Estado, dando aplicación al inciso

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 6 de julio de 2000, expediente 1400, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

4º del artículo 187 del CPACA, en donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, 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 a la fecha en que debió realizarse el pago -.

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

El Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dará cumplimiento a esta sentencia y reconocerá intereses en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

3.4.4. Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso en la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien es cierto se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, también lo es que en el presente asunto se declarará probada parcialmente la excepción de Prescripción de Mesadas solicitada por la entidad demandada (Parte vencida en el proceso); así pues, conforme lo establece el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso., norma que dispone que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá **abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial**; el Despacho dispondrá condenar en costas solamente por concepto de agencias en Derecho.

En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P. y de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003, se procede a señalar como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, **el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**. Por Secretaría, Líquidense.

III DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO.- Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada, atendiendo a lo motivado *ut supra*.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 0105 del 21 de marzo de 2006 y 0158 del 20 de junio de 2006, suscritas por la Secretaria de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de las cuales "Se reconoce y sustituye el pago de una pensión por invalidez" y "Por medio de la cual se revoca parcialmente la Resolución No. 0105 de 21 de marzo de 2006" respectivamente.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, reliquidar la pensión de invalidez por pérdida de capacidad laboral del 95% de la señora **ROSA ANGELA BÁEZ BÁEZ (Q.E.P.D.)**, quien se identificaba con cédula de ciudadanía No. 40.014.177 de Tunja, en cuantía del 100% del último salario devengado e incluyendo como factores salariales: **la asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones, y prima de navidad y se aplicarán los reajustes de ley.**

CUARTO.- Se ordena el reconocimiento y pago de las mesadas con el incremento señalado anteriormente a partir del **3 de octubre de 2010**, por prescripción trienal del derecho, conforme a lo manifestado en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO.- Las sumas que resulten a favor del señor **IDELFONSO TORRES GONZÁLEZ**, identificado Con C. C. 6.762.840 de Tunja, en su condición de beneficiario de la sustitución de la pensión de invalidez de su esposa **ROSA ANGELA BÁEZ BÁEZ (Q.E.P.D.)** se ajustarán en la forma prevista en la parte considerativa de esta sentencia aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

SEXTO.- De la condena se descontará lo que por concepto de pensión haya pagado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a **IDELFONSO TORRES GONZÁLEZ**, identificado Con C. C. 6.762.840 de Tunja, y lo que corresponda a los aportes dejados de descontar por el factor que, se incluye dentro de la liquidación de la pensión por virtud de esta sentencia.

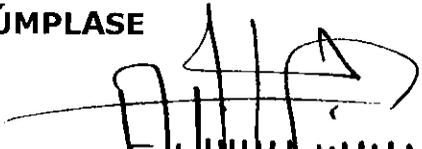
SÉPTIMO.- La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, dará cumplimiento y reconocerá intereses a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA.

OCTAVO.- CONDENAR en costas únicamente por concepto de Agencias en Derecho, las cuales se fijan en la suma correspondiente **al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría liquídense.

NOVENO.- DENEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

DECIMO: En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso y archívese el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCIO LIMAS SUÁREZ
Juez

ARLS/YBGT