



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**

SENTENCIA No. 083 de 2013

Tunja, Tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación No: 15001 3333 012 2013-00051-00.
Demandante: ROSA ISABEL DE LA CRUZ PÉREZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por la señora ROSA ISABEL DE LA CRUZ PÉREZ en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, la señora ROSA ISABEL DE LA CRUZ PÉREZ solicita la nulidad parcial de la Resolución No. 004047 del 14 de agosto de 2012, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se reconoce una pensión por invalidez.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita:

"2.2. Se declare que el(la) señor(a) ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ, tiene derecho a que la NACION (Ministerio de Educación Nacional), le reconozca y pague, a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la pensión de invalidez, el 29 de Marzo de 2012, día de retiro del servicio activo de la docente, a causa de una pérdida de capacidad laboral del 85% (OCHENTA Y CINCO POR CIENTO), equivalente al SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) de los salarios, con todos sus factores, devengados en el último año de servicio, (...).

2.3. Condenar a la NACION (Ministerio de Educación Nacional) a pagar, a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a favor de mi mandante, el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley.

2.4. Hacer efectivo el pago de dicha pensión, a partir del día 30 de Marzo de 2012, día que cumplió el status de pensionada por Invalidez.

2.5. Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A. y C.A.

2.6. Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo normado en el artículo 192 del C.P.A y C.A.

2.7. Ordenar a la entidad demandada a que de cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del C.P.A. y C.A.

2.8. Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada."

2. Hechos que dan lugar a la acción.

La señora ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ, nació el día 30 de agosto de 1956; su última afiliación en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, fue en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que mediante Resolución 004047 del 14 de agosto de 2012, le reconoció la pensión por invalidez a partir del 30 de Marzo de 2012, en cuantía de \$1.106.641.

Indica que la resolución acusada, liquidó la pensión de invalidez solamente con la asignación básica y la prima de vacaciones, sin tener en cuenta la prima de navidad y las horas extras, sin ninguna justificación.

Medio de Control:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.:

15001 3333 012 2013-00051-00

Demandante:

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

Demandado:

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera la parte actora que se tipifican y estructuran las siguientes causales de ilegalidad o nulidad del acto demandado: violación de la ley y falsa motivación.

Señala como vulneradas las siguientes normas:

- Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política.
- Artículo 15 numeral 1 inciso 1 y artículo 2 numeral 5° de la Ley 91 de 1989.
- Artículo 7 Decreto 2563.
- Artículo 81 de la Ley 812 de 2003.
- Artículo 17 de la Ley 6 de 1945.
- Artículo 23 Decreto 3135 de 1968.
- Artículo 63 Decreto 1848 de 1969.

Manifiesta el apoderado de la parte actora que el acto administrativo, al desconocer el derecho que le asiste a la demandante, violentó los artículos 2 y 15 de la ley 91 de 1989, y el artículo 7 del Decreto 2563 de 1990, por cuanto el régimen prestacional que goza, por ser docente, es el consagrado en la Ley 6 de 1945 y su Decreto Reglamentario 2767 de 1945, pues a la luz de esta normatividad, la accionante cumplió con los requisitos para acceder a su pensión de invalidez, con la inclusión de todos los factores salariales, tal como lo estipuló la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1743 de 1966.

Señala que el artículo 81 de la ley 812 de 2003, fue agredido por el acto atacado, pues sin ninguna justificación, no se incluyeron la totalidad de factores salariales en la liquidación de la pensión de la demandante, en evidente desconocimiento de la norma que ordena que se le debe aplicar el régimen prestacional anterior, que no es otro que el establecido en la ley 91 de 1989.

Indica que el ingreso base para la liquidación de la pensión de invalidez, es el promedio de salarios devengados en el último año de servicios, y que por salario debe entenderse en los términos establecidos en la ley 6 de 1946, no sólo la asignación básica, sino todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios.

Asevera que el acto administrativo acusado viola los principios contenidos en el artículo 1° de la Constitución, pues al negar la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de invalidez, le genera un detrimento profundo en la seguridad jurídica de los educadores, y en el patrimonio del actor el cual ha debido ser protegido por el funcionario público, tal y como lo ordena el artículo 2° superior.

Aunado a lo anterior, señala que los funcionarios públicos deben tratar a toda persona sin discriminación alguna, porque ello constituye la razón de ser de un Estado; por esto, son responsables ante las autoridades por infringir la ley por omisión o extralimitación de funciones.

Considera que la seguridad social implica la prestación de asistencia y protección, elementos de un Estado Social de Derecho que debe establecer una forma de organización política que conlleve a la construcción de unas condiciones indispensables que permitan a todos los habitantes una vida digna y un mínimo de situaciones que le otorguen su seguridad material.

Finalmente, señala la falsa motivación del acto acusado, indicando que dicho acto se apoya de manera inequívoca en el Decreto 3752 de 2003, en relación con el proceso de afiliación de los docentes al FNPSM, dándole una interpretación equivocada, ya que dicho decreto sólo es aplicable a quienes se vincularon con posterioridad a la ley 812 de 2003.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fls. 132-136)

Medio de Control:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.:

15001 3333 012 2013-00051-00

Demandante:

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

Demandado:

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

La apoderada de la entidad accionada contesta la demanda señalando que tanto el artículo 1 de la ley 91 de 1989, como el artículo 2º del Decreto 3752 de 2003, establecen que se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad; Que el artículo 3 del mencionado decreto indica que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual hace aportes el docente. Que el artículo 1 de la ley 33 de 1985 estableció los requisitos y el porcentaje para que a los docentes se les pague una pensión, y una excepción para quienes hayan cumplido 15 años continuos y discontinuos de servicio, a los cuales se les continuaría aplicando las disposiciones de edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada ley.

Indica que para ser beneficiario de esa excepción, era necesario haber cumplido 15 años de servicio, es decir, que sólo comprendía lo relacionado con la edad jubilación y que lo relativo a los factores salariales no está comprendido dentro de esa excepción. Por ello, anota, no le asiste derecho al demandante, pues dicha norma solo establece que podrán ser tenidos en cuenta los factores que hayan servido de base para aportes durante el último año de servicio.

Manifiesta que el derecho a la pensión se consolida hasta tanto se han cumplido los requisitos para hacer exigible el derecho, de no ser así, se está frente a una mera expectativa. El reconocimiento está sujeto a las modificaciones que sufra el ordenamiento jurídico, y por lo tanto, dicho reconocimiento debe hacerse con base en la normatividad existente en el momento en que se causa la prestación. Que el artículo 81 de la ley 812 de 2003 prevé que el valor de la tasa de cotización de los docentes afiliados al FNPSM, corresponde a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan la ley 100 de 1993 y 797 de 2003. Que el Decreto 2341 de 2003 señaló que el ingreso base de cotización de los mencionados docentes es el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

Señala que el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, se refiere a las prestaciones sobre las cuales el derecho a exigir las se consolide luego de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, requisito que ya estaba contemplado desde la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985; Señala que debe tenerse en cuenta como base de cotización, los factores consagrados en los artículo 8 y 9 del Decreto 688 de 2002.

Por último, concluye que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al FNPSM, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo. Así, se demuestra que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia vigente no hay lugar a la inclusión de los factores salariales solicitados por la demandante y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

De las excepciones de fondo propuestas.

a) Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.

Fundamenta esta excepción en que la prestación fue reconocida con fundamento en la ley, por lo tanto la pretensión solicitada en el sentido de adicionar factores salariales no autorizados por la Ley no constituyen obligación a cargo de la demandada ni derecho a favor del demandante.

DECISIÓN: Frente a las excepciones propuestas considera el Despacho que los argumentos esgrimidos no constituyen impedimentos procesales, sino que son argumentos de la defensa de la entidad, cuyo estudio depende de la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por tal motivo se analizará junto con el fondo del asunto.

b) Prescripción del Derecho

La apoderada solicita se declare el fenómeno de la prescripción trienal respecto de las mesadas o reajustes reclamados, en los que haya operado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del decreto 3135 de 1968 y la posición del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia del 23 de Abril de 1998.

Medio de Control:

Radicación No.:

Demandante:

Demandado:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

15001 3333 012 2013-00051-00

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

DECISIÓN: Como quiera que el estudio la excepción planteada por la apoderada de la entidad demandada tiene que ver directamente con el fondo del asunto, su prosperidad o improsperidad se resolverá con el mismo, y por ende en este momento procesal el despacho se abstiene de pronunciarse al respecto.

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. De la parte Demandante:

Dentro del término de traslado para alegar de instancia la parte demandante guardó silencio.

3.2. De la parte Demandada:

La entidad demandada no alegó de conclusión, dentro del término otorgado para tal fin.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado ante este despacho, dentro del término concedido emitió concepto (Fls. 119 a 120), en el que hace un recuento de las pretensiones de la demanda, e indica que frente al tema en litigio, el Consejo de Estado ha reiterado que "para efectos de liquidación de las pensiones, se entiende por salario, todo lo que el trabajador percibe en forma habitual a cualquier título y que implique retribución permanente del servicio".

Trae en cita, la sentencia de 26 de abril de 2012, proferida por la Sección B del Consejo de Estado, la cual señala que se unificó la posición de la misma "para establecer que en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Ley 33 de 1985 no indica de forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios."

Finaliza solicitando al Despacho que se reliquide la pensión de invalidez, con todos los factores salariales que haya devengado la parte actora durante el año inmediatamente anterior.

V. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

5.1. Problema jurídico.

Determinar cuál es la normatividad aplicable en materia de Pensión de Invalidez para los docentes vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez establecida la normatividad, se debe verificar si la Resolución No. 004047 de fecha 14 de agosto de 2012, proferida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra incurso en alguna causal de nulidad; así mismo debe establecerse si la señora ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ tiene derecho a que se le reliquide la pensión de invalidez teniendo en cuenta todos los factores salariales del año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado.

5.2. Resolución del caso.

5.2.1. Del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de invalidez de los docentes oficiales.

Conforme lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado, la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictaron otras disposiciones, en el artículo 279

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Radicación No.: 15001 3333 012 2013-00051-00
 Demandante: ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

consagró en forma expresa que el sistema contenido en la mencionada ley no se aplica, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al respecto señaló:

"El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. **Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.** Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.
 ...".

De la norma transcrita, se observa que la demandante ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ en su condición de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está excluida, de la aplicación de la Ley 100 de 1993.

De otro lado es importante recordar que el Decreto Ley No. 2277 de 1979, Estatuto Docente, señaló un régimen "especial" para los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de invalidez u ordinarias de los mismos, tan sólo señaló que para el reconocimiento y pago de pensiones continuará sujeto al régimen vigente en la fecha de expedición de ese decreto para los educadores oficiales (Art. 70).

Luego, la Ley 91 de 1989, la cual creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre el tema dispuso lo siguiente:

"Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

...

Así mismo, la mencionada ley en el artículo 15, señaló que:

"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 efectos de las prestaciones económicas y sociales **se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978**, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2.- Pensiones:

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 hubieren 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.

A. 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."

Medio de Control:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.:

15001 3333 012 2013-00051-00

Demandante:

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

Demandado:

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Por su parte, la Ley 60 de 1993, estableció en su artículo 6 que:

“ ...

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. ...”

Posteriormente, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 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.”

Como puede observarse en materia de pensión de invalidez, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993, ni la Ley 115 de 1994 consagraron un régimen “especial” respecto de la materia objeto de estudio.

En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen pensional por invalidez establecido en el momento, lo que indica que las pensiones de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o de los Decretos 3135 y 1848 de 1968, antecesoras de la Ley 91 de 1989, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo del orden nacional, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81 previó:

*“Art. 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.
...”. (Negrillas fuera de texto)*

El citado artículo 81 fue reglamentado, entre otros, por el Decreto 3752 con vigencia a partir del 23 de diciembre de 2003, que en su artículo 3º señaló:

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

Posteriormente, el Acto Legislativo No. 1 de 2005, en relación con el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, precisó en el parágrafo transitorio 1 del artículo 1:

“Artículo 1. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

...

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

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, resolvió una consulta elevada por la Ministra de Educación Nacional, relativa a qué régimen pensional le es aplicable a los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 3752 de 2003, a

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Concepto de 10 de agosto de 2011. Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00(2048) Actor: Ministerio de Educación Nacional.

Medio de Control:

Radicación No.:

Demandante:

Demandado:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

15001 3333 012 2013-00051-00

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

fin de reliquidar la pensiones de éstos, con la inclusión de todos los factores salariales devengados; cuestión a la cual el alto tribunal contestó:

"En este orden de ideas, teniendo en cuenta la modulación señalada en sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado² sobre los alcances del artículo 3o. del decreto 3752, su posterior derogatoria por la ley 1151 de 2007, lo dispuesto por la ley 812 de 2003 en su artículo 81, y en consideración al texto de la consulta formulada, se identifican 2 grupos de personas:

- GRUPO 1: Integrado por los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir el 27 de junio de 2003; para este grupo el régimen prestacional aplicable es el establecido en las normas que como docentes los regían para esa fecha, es decir, la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.

Por tanto, si su pensión se causó durante la vigencia del artículo 3o. del decreto 3752 de 2003 y se liquidó y pagó con la fórmula establecida en dicha norma, tienen derecho al reajuste de la misma, con el fin de incluir los factores de liquidación contemplados en las normas que se encontraban rigiendo al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003.

- GRUPO 2: Conformado por quienes estando vinculados a otros sistemas o sectores al entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir, el 27 de junio de ese año, ingresan por primera vez al sector público educativo oficial. En este grupo se pueden presentar dos hipótesis a saber:

(i) Si dichas personas no se encontraban en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no era posible que se les hubiese causado y liquidado la pensión durante la vigencia del artículo 3o. del decreto reglamentario 3752 del 2003, por cuanto no alcanzaban a reunir los requisitos para ello.

(ii) Por el contrario, a las personas amparadas por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se les tuvo que reconocer y liquidar la pensión de conformidad con la normatividad establecida para el sistema pensional al cual se encontraban afiliadas, y en consecuencia no tendrán derecho a solicitar el reajuste de su pensión, puesto que su reconocimiento se efectuó de conformidad con un régimen pensional diferente al de los docentes.

(...)

El ajuste de las pensiones causadas y liquidadas durante la vigencia del decreto 3752 de 2003, con la fórmula en él establecida, sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la ley 812 de 2003, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley (...)" (Resalta el Juzgado)

En estas condiciones, se reitera, el régimen general de seguridad social integral en materia de pensión de invalidez no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes y por ende éstas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 91 de 1989, y los Decretos 3135 y 1848 de 1968, atendiendo a que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 estableció que 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.

Con base en lo anterior, es importante resaltar que ante la excepción consagrada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y debido a que la demandante se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al momento de causarse la Pensión de Invalidez, por disposición expresa de la Ley 91 de 1989, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de invalidez es la consagrada en las normas de orden nacional vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; dando aplicación al mismo criterio de interpretación y alcance dado por el Consejo de Estado respecto de la Pensión de jubilación.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez se estudiará con base en el siguiente análisis normativo, toda vez que desde ya se verifica que las Leyes 33 y 62 de 1985, no regulan lo referente a la Pensión de Invalidez:

² Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 6 de abril de 2011. Radicado Interno No. 4582-2004: "Si bien es cierto la correlación entre cotización y liquidación desarrollada en el artículo enjuiciado 3o. del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de disposiciones de rango constitucional y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), también lo es que el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes 27 de junio de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el ingreso base de cotización (Ibc) y el ingreso base de liquidación (Ibl).

Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento 'pleno' y 'oportuno' de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales - ley 91 de 1989)".

Medio de Control:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.:

15001 3333 012 2013-00051-00

Demandante:

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

Demandado:

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

La primera norma en tratar el tema fue el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, el cual 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.

Posteriormente, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, estableció:

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

De otro lado, la Ley 4ª de 1966 fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 que en su artículo 5º señaló que para liquidar las pensiones de jubilación e invalidez se tomaría como base el **75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional**. Es decir que se precisó a cuál promedio mensual se refería la Ley 4ª de 1966.

Luego, el tema de la pensión de invalidez fue regulado por el Decreto **3135 de 1968**, norma que consagró en el artículo 23 como porcentaje que da derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, el 75% de pérdida de la capacidad laboral.

Ahora bien, en cuanto al monto de esta pensión de invalidez, el artículo 63 del Decreto **1848 de 1969** reglamentario del Decreto 3135 de 1968, señaló:

"(...) 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:

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 (...)"

Así pues, con base en esta última disposición se observa que efectivamente, el monto de la pensión sufrió una leve variación, toda vez que ésta paso de liquidarse con el promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios anterior a la fecha de adquisición del estatus a **reconocerse el 75% del último salario devengado por el empleado oficial o del último promedio mensual**; así las cosas el ingreso base actualmente vigente en materia de pensión de invalidez para docentes es éste último y por ende con base en él se procederá a efectuar el análisis respectivo.

De otro lado es importante tener en cuenta que por salario o sueldo ha de entenderse, en los términos de la Ley 65 de 1946, no sólo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios³ durante el mes.

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978⁴, enunció los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos, de la siguiente forma:

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

a. La asignación básica mensual;

b. Los gastos de representación y la prima técnica;

c. Los dominicales y feriados;

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 19 de noviembre de 2009. Radicación No. 250002325000200405128 01.

⁴ 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

Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No.:	15001 3333 012 2013-00051-00
Demandante:	ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

- 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".

Así las cosas, el derecho pensional por invalidez de la demandante se rige por las normas arriba descritas, las cuales se encontraban vigentes para el momento del reconocimiento pensional⁵ y no han sufrido modificación alguna. En este orden de ideas, a fin de reconocer la pensión de invalidez, ha de tenerse en cuenta para efectos de determinar su base liquidatoria, el articulado del Decreto 1848 de 1969 concordante con el Decreto 1045 de 1978.

En síntesis, según el marco normativo consignado, para establecer la base liquidatoria del derecho pensional por invalidez, debe atenderse en el presente caso a lo dispuesto en el articulado del Decreto 1848 de 1969 concordante con el Decreto 1045 de 1978, en los que se enlistan los factores que tienen la connotación de salarial, esto es, además de la asignación básica, los gastos de representación y la prima técnica, los dominicales y feriados, las **horas extras**, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, **la prima de navidad**, la bonificación por servicios, la prima de servicio, los viáticos, los incrementos salariales por antigüedad, la **prima de vacaciones**, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso, las primas y bonificaciones otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

De otra parte, en lo que respecta a los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación del monto pensional por invalidez, debe atenderse el criterio jurisprudencial expuesto por el Máximo Tribunal Contencioso, en sentencia del 19 de noviembre de 2009, en la cual ha señalado:

*"para establecer la base liquidatoria del derecho pensional por invalidez, debe atenderse lo dispuesto en el articulado del Decreto 1848 de 1969 concordante con el 1045 de 1978, en los que se enlistan los factores que tienen la connotación de salarial, esto es, además de la asignación básica, los gastos de representación y la prima técnica, los dominicales y feriados, las horas extras, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios, la prima de servicio, los viáticos, los incrementos salariales por antigüedad, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso, las primas y bonificaciones otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968."*⁶

Este criterio jurisprudencial, fue acogido por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, corporación que en sentencia del 21 de mayo de 2013⁷, señaló:

"En este sentido resulta viable descartar el contenido del acto administrativo demandado, por cuanto al momento de efectuar la liquidación del derecho pensional se obvió efectuar la liquidación con los respectivos factores salariales, es decir aquellas sumas que en forma habitual y periódica percibe el trabajador como contraprestación directa por sus servicios, todo ello en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral."

Así las cosas, para liquidar la Pensión de Invalidez es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio.

⁵ 14 de agosto de 2012 mediante Resolución No. 004047

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 19 de noviembre de 2009. Radicación No. 250002325000200405128 01.

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Descongestión, M.P. Dr. Víctor Manuel Buitrago González. Sentencia de 23 de mayo de 2013. Radicación No. 156933133001200900003-01. Actor: María Elisa Niño Tapias. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Medio de Control:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.:

15001 3333 012 2013-00051-00

Demandante:

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

Demandado:

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

5.2.2. De lo Efectivamente Probado

Descendiendo al caso concreto y analizada la normatividad pertinente, encuentra el despacho que al expediente se allegó copia de la Resolución No. 004047 de 2012 mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la Pensión de Invalidez a la actora, teniendo como base de liquidación, la asignación básica y la prima de vacaciones devengados por la demandante (Fls. 17-19).

En el expediente administrativo, a folios 96 a 97, obra copia del Certificado de Factores Salariales devengados durante el último **mes de servicio** anterior a la adquisición del status de pensionado por parte del demandante, es decir, **marzo de 2012**, en el que se registra que durante este periodo el demandante devengó como factores salariales la asignación básica mensual y la prima de navidad.

A folios 107 a 109, obra certificado del tiempo de servicio de la demandante, suscrito por el coordinador de hojas de vida de la Secretaría de Educación de Boyacá, en el que consta que ingresó a laborar el 15 de enero de 1993 como docente nacional.

A folios 89 y 110 obra formato de la petición y hoja de radicación de la página web de dicha petición, mediante la cual la demandante, solicitó ante la Secretaría de Educación de Boyacá el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual, según el acto administrativo que se expidió dando respuesta a este requerimiento, fue presentada por la actora el 15 de junio de 2012.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la accionante ingresó a laborar el 15 de enero de 1993; razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 inciso segundo de la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que, a los docentes nacionales que sean vinculados a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de prestaciones económicas se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, y por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Bajo estos supuestos, la demandante mantiene el régimen prestacional vigente a la fecha en que adquirió su estatus pensional.

En consecuencia, en materia de pensión de invalidez, a la demandante le son aplicables los Decretos 3135 (Art. 23) de 1968, 1848 (Art. 63) de 1969 y 1045 de 1978 normatividad que establece que para liquidar la mencionada prestación, se debe tener en cuenta el último salario devengado por el empleado público; y que si la incapacidad excede el 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.

En efecto, se encuentra acreditado, que a la señora ROSA ISABEL DE LA CRUZ PÉREZ, por medio de concepto médico laboral del 30 de marzo de 2012, se le diagnosticó una pérdida de capacidad laboral, por riesgo común, para desempeñarse como docente, en un ochenta y cinco por ciento (85%) (Fls. 77-78), de tal suerte, que esta circunstancia le permitió acceder a la pensión de invalidez, la cual fue reconocida mediante la Resolución 004047 de 2012.

Ahora bien, verificado el cumplimiento de los requisitos por los cuales se hizo acreedor la demandante al reconocimiento de la pensión de invalidez, procede el despacho a verificar si la misma fue liquidada en debida forma.

Acogiendo el criterio jurisprudencial mencionado anteriormente en esta providencia, es claro para el despacho que en el presente caso, ha debido liquidarse la pensión de la demandante, no sólo con base en la asignación básica y la prima vacaciones, sino además, teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último mes de servicio antes de adquirir el status, es decir, asignación básica y la prima de navidad.

Es preciso aclarar que, si bien es cierto, del certificado de salarios y devengados de la demandante se desprende que ésta no devengó la prima de vacaciones en el último mes de servicio (Fl. 97), también lo es, que el reconocimiento de este factor salarial dentro de la base de liquidación tenida en cuenta para liquidar la pensión de invalidez de la cual goza la

Medio de Control:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.:

15001 3333 012 2013-00051-00

Demandante:

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

Demandado:

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

docente, se ha constituido como un derecho adquirido de la misma, el cual ha de ser respetado y garantizado por la entidad accionada, al momento de efectuar la reliquidación que se le ordenará efectuar.

Así las cosas, al verificar el contenido de la Resolución No. 004047 del 14 de agosto de 2012, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a la demandante, se demostró que durante el último mes de servicio (Decreto 1848 de 1969), antes de adquirir el status pensional, devengó como factores salariales no solo la asignación básica, sino adicionalmente, la prima de navidad; por ello, considera el despacho que ésta se encuentra viciada de nulidad parcial, no solo por contradecir el precedente antes mencionado, sino además, por vulnerar la Carta Política, al desconocer los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

En este orden de ideas, este estrado judicial procederá a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 004047 del 14 de agosto de 2012; a través de la cual le fue reconocida la pensión por invalidez a la señora ROSA ISABEL DE LA CRUZ PÉREZ, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y como consecuencia de ello, se ordenara a la entidad demandada que la pensión de invalidez de la demandante sea Reliquidada tomando para tal efecto como factores salariales, además de la asignación básica y la prima de vacaciones; la prima de navidad, factores salariales devengados y debidamente certificados durante el último mes de salario devengado con anterioridad al estatus pensional, y reconocido en el acto administrativo declarado nulo, teniendo en cuenta que la norma en forma clara establece que se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial o del último promedio mensual (Literal b) del Art. 63 del Decreto 1848 de 1969).

Para finalizar, se concluye, con base en lo expuesto, que la excepción de Inexistencia de la Obligación con fundamento en la Ley propuesta por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no está llamada a prosperar; así como tampoco se tendrá como factor salarial las horas extras devengadas durante los meses de abril, mayo, junio y julio de 2011; por cuanto durante el último mes de servicio o en el último salario devengado con anterioridad a la adquisición del estatus no fueron percibidas por la docente.

5.2.3. Prescripción

Ahora bien, la apoderada de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio solicita se declare probada la excepción de prescripción; al respecto debe decir este Despacho que, teniendo en cuenta que el derecho se reconoció el 14 de agosto de 2012, a través de la Resolución No. 004047, acto administrativo que fue debidamente notificado a la demandante (Fl. 87 vuelto), y la demanda fue presentada el 13 de marzo de 2013 (Fl. 15), se constata que **no han prescrito los periodos comprendidos entre el 14 de agosto de 2012 y 13 de marzo de 2012**, toda vez que no han transcurrido más de tres años desde que el derecho se hizo exigible, razón por la cual este Despacho declarará no probada, la excepción señalada.

5.2.4. Principio de Solidaridad sobre el Sistema de Seguridad Social

El principio de solidaridad en materia de seguridad social fue definido por el legislador indicando que en este terreno comporta *"la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil"*⁸, y que es deber del Estado garantizar la efectividad de la solidaridad en el Régimen de Seguridad Social *"mediante su participación, control y dirección del mismo."*⁹.

Igualmente, la jurisprudencia ha explicado las consecuencias del principio de solidaridad en el campo de la seguridad social, señalando que en esta materia tal principio *"implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto"*¹⁰ y que *"la ley puede, dentro*

⁸ Ley 100 de 1993, artículo 2°.

⁹ Ibidem

¹⁰ Sentencia C-126 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero

de determinados límites, estructurar la forma cómo los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad."¹¹

Así las cosas, en desarrollo de este principio, el pensionado no puede desconocer en el momento en que le es concedida la Reliquidación de su pensión, que los nuevos factores que se ordenaron incluir dentro de la liquidación de su prestación, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta por la administración para efectuar los aportes mensuales al Sistema, pues con base en ellos, se está disponiendo la liquidación de la pensión y la entidad pagadora de la pensión no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de pago se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

Por tanto, debe existir correspondencia entre los factores respecto de los que se hacen aportes y sobre los que se ordena realizar la liquidación de la pensión, debiendo existir identidad entre unos y otros y si, en casos como el presente, no se efectuó la cotización respecto de todos ellos, se debe hacer el descuento correspondiente, si a ello hubiere lugar, al momento de pagar las diferencias que surjan de la nueva liquidación, pues ello permite la sostenibilidad del Sistema Pensional.

De otro lado, este mismo principio se debe garantizar respecto de los aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto, de haberse reconocido la pensión desde un principio, con base en la totalidad de factores ordenados en la presente sentencia, se habrían efectuado mensualmente los descuentos por concepto de aportes para el Sistema de Seguridad Social en Salud sobre la integridad de la pensión y no sobre el valor liquidado, sin inclusión de la totalidad de factores devengados por el demandante; motivo por el cual se dispondrá igualmente, si a la fecha de realizarse el pago no se hubiere efectuado el descuento, que sobre las diferencias que se ordene reconocer y pagar a favor del demandante, se hagan los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

5.3. Conclusión

En este orden de ideas, se declarará la **Nulidad Parcial de la Resolución No. 004047 del 14 de agosto de 2012**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en Boyacá y consecuentemente a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada Reliquide la pensión de invalidez de la demandante, aplicando el régimen pensional contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, tal como se expuso en la parte motiva de esta providencia.

Para tal efecto, la entidad demandada deberá tener en cuenta como **factores salariales**, todos los que fueron devengados por la demandante durante el **último mes de servicio antes de adquirir el status pensional (Marzo 30 de 2012)**, es decir, **la asignación básica y la prima de navidad, así como la prima de vacaciones, factor salarial reconocido en la Resolución No. 004047 de 2012.**

Establecido dicho valor, se deberá **Reliquidar** por parte de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a título de restablecimiento del derecho, la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el **14 de agosto de 2012, CANCELÁNDOLAS** con efectos fiscales desde la misma fecha.

Las sumas que se cancelen se deberán actualizar, utilizando para ello la fórmula adoptada de tiempo atrás por la Sección Tercera del Consejo de Estado, según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente mesada pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago); conforme lo establece el inciso 4 del artículo 187 del CPACA.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el inciso tercero y quinto del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia condenatoria.

¹¹ Ibidem

Así mismo, el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá dar cumplimiento al presente fallo dentro del término contemplado en los artículos 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por Secretaría dese cumplimiento a lo señalado en el inciso final del artículo 192 del CPACA.

5.4. Costas.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

“ART. 188. Condena en costas. 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.”

Al tenor de la norma transcrita, se evidencia que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha pasado de un criterio subjetivo (Artículo 171 del C.C.A. anterior), en el que se debía tener en cuenta la conducta asumida por las partes, para lo cual era necesario según el precedente del Consejo de Estado realizar un **“reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva”**.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.¹²

Este criterio, como se evidencia de la lectura de la nueva disposición a pasado a ser de naturaleza OBJETIVA, es decir, que en la nueva normatividad Contenciosa Administrativa, vigente desde el día 2 de julio de 2012, establece que se condena en costas a la parte vencida, al tenor de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, independientemente de su intención o de la conducta desplegada en el proceso.

Ahora bien, conforme lo dispone el artículo 393 del C.P.C., disposición que igualmente adoptan un criterio objetivo para la liquidación de las costas, para que procedan las mismas se exige que:

- a) Aparezcan comprobadas
- b) Hayan sido útiles
- c) Que correspondan a actuaciones autorizadas por la Ley

Con base en lo anterior, si bien el juez tiene cierto margen de discrecionalidad, también lo es que la decisión debe sujetarse a las exigencias de comprobación, utilidad, legalidad, razonabilidad y proporcionalidad del gasto.

De otro lado, si bien establece el artículo 188 del CPACA que la liquidación y ejecución se regirá por el Código de Procedimiento Civil, también lo es que, respecto de su tasación no se hace referencia, razón por la que, conforme lo establece el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, se acudirá, a lo señalado en el artículo 392 del CPC, ya que en los aspectos no regulados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siempre que sea compatible con la naturaleza del proceso, se seguirá lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que, se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado condenará en costas a la parte vencida (Nación-Ministerio de Educación**

¹² Consejo de Estado – Sección Tercera, Sentencia de 18/02/99, Exp. 10775, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Medio de Control:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.:

15001 3333 012 2013-00051-00

Demandante:

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

Demandado:

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), con fundamento en la norma citada, a favor de la parte demandante.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que el valor de las pretensiones, así como la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte demandante, se fija como Agencias en Derecho en el presente asunto la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia, a cargo de la Entidad demandada. Por Secretaría liquídense las costas.

5.5. De la renuncia de poder.

Al folio 117 del plenario obra memorial suscrito por la abogada DIANA CAROLINA PINZÓN HUERTAS, por medio del cual renuncia al poder conferido por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a la terminación del contrato de prestación de servicios realizado con la sociedad G&A Asociados, firma encargada de la atención de los procesos de estas entidades.

Al respecto, el Despacho encuentra ajustada a derecho la renuncia expuesta por la mencionada profesional del derecho, motivo por el cual se aceptará la misma, ordenándose al efecto, la comunicación a la entidad poderdante de la presente decisión, de conformidad con lo normado en el artículo 69 del C.P.C.

5.6. Del reconocimiento de personería.

A folios 121 a 122 obra poder suscrito por el doctor ITALO EMILIANO GALLO ORTIZ, en calidad de Asesor de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, acompañado de los documentos que acreditan tal calidad, por medio del cual confiere poder a la abogada NANCY STELLA RODRIGUEZ REYES, para que represente judicialmente a la entidad demandada dentro del proceso de la referencia. Encuentra el Despacho que el memorial poder se ajusta a los presupuestos normativos de los artículos 64 y 65 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, es procedente reconocer personería a la mencionada profesional.

Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

Por lo expuesto, EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY" y "PRESCRIPCIÓN", propuestas por la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 004047 de fecha 14 de agosto de 2012, expedida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reconoció una pensión por invalidez a la señora ROSA ISABEL DE LA CRUZ PÉREZ, sin incluir todos los factores salariales a los que tiene derecho, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a título de restablecimiento del derecho, a Reliquidar la pensión de Invalidez de la señora **ROSA ISABEL DE LA CRUZ PÉREZ**, a partir del **14 de agosto de 2012**, aplicando el régimen pensional contenido en los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978, con base en el criterio de interpretación establecido por el Consejo de Estado, mediante providencia del 19 de noviembre de 2009 (NI. 0109-2008), es decir, incluyendo todos los factores salariales devengados por la demandante, durante el último mes de servicio anterior a la adquisición del estatus (**Marzo de 2012**), los cuales se encuentran debidamente certificados, esto es, que la referida pensión se deberá reliquidar incluyendo la **asignación**

Medio de Control:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación No.:

15001 3333 012 2013-00051-00

Demandante:

ROSA ISABEL DE LA CRUZ PEREZ

Demandado:

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

básica mensual, la prima de vacaciones, y la prima de navidad, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- CONDENAR a la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, a título de restablecimiento del derecho, a pagar a la señora ROSA ISABEL DE LA CRUZ PÉREZ, el valor de la diferencia en las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el del **14 de agosto de 2012**, cifras que serán indexadas mes a mes con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

SEXTO.- La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** deberá **DESCONTAR** de las anteriores sumas, los aportes correspondientes al factor salarial cuya inclusión se ordena; siempre y cuando, sobre éste no se haya efectuado la deducción legal; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor del demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

OCTAVO.- CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría, Líquidense.

NOVENO.- Se fijan como Agencias en Derecho la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones concedidas en la presente providencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

DÉCIMO.- ACÉPTESE la renuncia a la abogada **DIANA CAROLINA PINZÓN HUERTAS**, de conformidad con el artículo 69 del C.P.C.

UNDÉCIMO.- Se reconoce a la abogada **NANCY STELLA RODRIGUEZ REYES** como apoderada judicial de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, en los términos y para los fines establecidos en el poder visible a folio 121 del expediente.

DUODÉCIMO.- En firme, para su cumplimiento, por secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,

Original Firmado Por
DIANA MARCELA GARCIA PACHECO
Juez