



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE DUITAMA

Duitama, siete (07) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: CLARA IBETH RINCÓN DE GÓMEZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 152383333003-2018-00060-00

MEDIO DE CONTROL

Procede el Juzgado a proferir decisión que en derecho corresponde, una vez agotado el trámite de instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, mediante apoderada, por la señora CLARA IBETH RINCÓN DE GÓMEZ, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones (fls 2-3).

Pretende la demandante que se declare la existencia y nulidad del acto ficto o presunto, de la solicitud N° 20170000PQR29597 del 15 de junio de 2017, por medio del cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la solicitud de reajuste de la pensión de invalidez; así mismo, se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 1321 del 22 de diciembre de 2009, por medio de la cual se liquida la pensión al 100%, sin incluir todos los factores salariales devengados; que se declare que la demandante tiene derecho a que Entidad Demandada, le reconozca y pague, la pensión de invalidez, equivalente al 100% de los salarios, con todos los factores salariales acreditados en el último año de servicio docente.

Que como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar, a su favor, el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, a partir del retiro del servicio con todos los factores salariales devengados; que, las sumas adeudadas sean ajustadas conforme al índice de precios al consumidor; al reconocimiento y pago de los intereses moratorios.

Finalmente solicita que se condene a la entidad accionada a dar estricto cumplimiento a la sentencia y se condene en costas y agencias en derecho.

2. Fundamentos Fácticos (fls. 2 vto):

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante son:

Manifiesta que la actora, le fue determinada una pérdida de la capacidad laboral del 85%, siendo retirada del servicio mediante Decreto N° 175 del 25 de febrero de 2004, como consecuencia de lo anterior, teniendo en cuenta el concepto médico laboral le fue reconocida la pensión invalidez con el 75%, efectiva a partir del 25 de febrero de 2004, sin incluir todos los factores salariales devengados.

Indicó que posteriormente, mediante la Resolución N° 1321 del 22 de diciembre de 2009 le fue reconocida el 100% de la pensión de invalidez, efectiva a partir del 28 de mayo de 2009, pero sin incluir todos los factores salariales en consecuencia de lo anterior, la demandante acudió ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la reliquidación de la pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento del retiro del servicio, pretensiones que fueron negadas en primera instancia y accedidas mediante fallo en segunda instancia.

En cumplimiento a la orden judicial de segunda instancia, la entidad demandada mediante la Resolución N° 5992 del 26 de septiembre de 2014 reliquidó la pensión de invalidez reconociendo en un 75% incluido los factores salariales de asignación básica, prima de alimentación, sobresueldo del 20% y prima de grado, sin tener en cuenta la Resolución N° 1321 del 22 de diciembre de 2009, que reconoció la pensión de invalidez con el 100% de lo devengado.

Finalmente señaló que mediante petición radicada con el N° 20170000PQR29597 del 15 de junio de 2017, requirió a la demandada el ajuste de su mesada pensional al 100% de lo devengado y la inclusión de los factores salariales de PRIMA DE VACACIONES y PRIMA DE NAVIDAD, solicitud frente a la cual la entidad guardó silencio.

2.1. Normas Violadas y Concepto de Violación.

La apoderada de la parte accionante manifiesta que los actos acusados trasgreden los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Nacional, así como las Leyes 91 de 1989, 115 de 1994, 6ª de 1945, 65 de 1946, 4ª de 1966, 24 de 1947, y 812 del 2003, así como el Decreto-Ley 2277 de 1979 y los Decretos reglamentarios 2563 de 1990, 1440 de 1992, 1743 de 1966 y 1045 de 1978.

Como concepto de violación, manifiesta que el acto administrativo atacado viola las normas invocadas, porque están dejando de lado y desmejorando el derecho que los docentes tienen de acceder a las pensiones liquidándolas en los términos de ley, por estar este personal docente amparado por un régimen especial.

Agrega que con la expedición del acto acusado, que se retrotrae al negar arbitrariamente el ajuste al 100% con la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento y pago de la Pensión de Invalidez al docente, pretermitiendo a sabiendas, la existencia del Régimen Especial de los docentes contenidos en la Ley y los Decretos reglamentarios.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del **ocho (8) de marzo de 2018** (fls. 25 a 27).

Por auto del **veinte (20) de septiembre de 2018** se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial, para el día veintinueve (29) de octubre de 2018 (fl. 58).

La Audiencia Inicial se llevó a cabo el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas de oficio, y se fijó fecha para la recepción de las mismas (fls. 63 a 67).

Se celebró audiencia de pruebas el día 13 de diciembre de 2018, en la misma, además de tener como pruebas las aportadas por las partes, se facultó a las partes para la presentación de alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 181 del C.P.A.C.A.

3.1. Contestación de la demanda (fls. 41 a 48).

Dentro del término conferido, el apoderado de la entidad accionada presentó contestación de la demanda, manifestando oponerse a la prosperidad de las pretensiones, como quiera que los actos expedidos objeto de debate judicial fueron expedidos en armonía con las regulaciones constitucionales y legales vigentes.

Argumentó su oposición señalando que teniendo en cuenta la vinculación de la accionante, el régimen aplicable para la liquidación de su pensión era el establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, normativas que regulan las prestaciones de los empleados públicos del orden nacional.

Resaltó igualmente que la Ley 33 de 1985 establece que las pensiones de los empleados oficiales deben ser liquidadas con fundamento en los factores que sirvieron de aporte para la pensión, siempre que estén taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985.

Finaliza su escrito indicando que dentro del procedimiento definido para el reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas no interviene en ningún momento ni tiene ninguna competencia o paso alguno de los trámites para el reconocimiento y pago de las prestaciones del Ministerio de Educación.

3.2 Alegatos de conclusión.

3.2.1. Parte demandante (141-143). La apoderada de la accionante indicó que debió tenerse en cuenta el régimen prestacional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y no aplicar como lo hizo el artículo 2º del decreto 2341 de 2003 y el artículo 3 del decreto 3752 del mismo año por cuanto ello solo es posible aplicarlo a docentes vinculado a partir del 27 de junio de 2003.

Que la Ley 91 de 1989 reiteró que el porcentaje sobre el cual debe liquidarse la pensión de jubilación es el equivalente al 75%. Argumento que no reconocer la pensión de jubilación con la inclusión de todos sus factores salariales, constituiría una violación de su derecho fundamental a la igualdad.

Finalmente solicita se acceda a las pretensiones de la demanda y se ordene a la demandada a reconocer y pagar con los correspondientes reajustes de Ley, la pensión mensual vitalicia de jubilación en la que se deben incluir todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status.

3.2.2. Parte demandada (fls. 145 a 152). El apoderado de la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, indicando que como quiera que la demandante le es aplicable el régimen establecido en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 que son las normas que rigen las prestaciones sociales para los empleados públicos del orden

nacional.

Señaló que la Ley 33 de 1985 es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes a pensión siempre y cuando sean los aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues con esto propende la sostenibilidad del sistema .

Solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que no le asiste derecho a la demandante puesto que las leyes 33 y 62 de 1985 establecen claramente los factores que se deben incluir para la obtención de la pensión de jubilación, dentro de los cuales se encuentran los solicitados por el actor.

3.2.3. Agente del Ministerio Público. No emitió concepto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Identificación del Problema Jurídico.

La controversia se contrae a determinar si resulta procedente ordenar el reajuste de la base sobre la cual se calcula la pensión de invalidez de la demandante, así como la reliquidación de la misma, incluyendo la totalidad de los factores devengados en el último año de prestación de servicios, de acuerdo con la ley aplicable al caso concreto o solamente sobre aquellos factores que se haya efectuado cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones.

2. Excepciones.

2.1.- De la falta de legitimación en la causa por pasiva

Ahora bien, vale la pena precisar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica adscrito al Ministerio de Educación Nacional, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria Estatal o de Economía Mixta, donde el Estado tenga más del 90% del capital, es por ello que ha dicho el Consejo de Estado¹, que si bien es cierto a través de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 se estableció un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones a los docentes oficiales en el que, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56² de la ley 962 de 2005, le atribuyó la función de reconocer y pagar las prestaciones a los docentes oficiales, en la medida que la función ejercida por la entidad territorial sólo implica una delegación, conforme a lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y, los Decretos 1775 y 2831 de 2005³.

¹ Sentencia de 14 de febrero de 2013. Exp. 2500023250002010001073 01 (1048-12). M.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Acción de nulidad y restablecimiento.

² Norma que si bien es cierto fue derogada en su art. 56 por la Ley 1955 de 2019, en nada modificó lo dispuesto por el Decreto 1272 de 2018, en cuanto al trámite para el pago de las prestaciones económicas de los docentes, por el contrario ratifica que el trámite para el reconocimiento y pago está a cargo de las secretarías de educación y el FNPSM respectivamente

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 05 de junio de 2014, CP. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren "Pese al trámite impuesto por la norma referente a la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes por parte de la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es a éste a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación

A su turno los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y se dictan otras disposiciones, establecen que las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales se radicarán ante la Secretaria de Educación o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada o a cuya planta de personal docente pertenezca o haya permanecido. Así mismo indica que la gestión estará a cargo de las secretarías de educación, **y el pago lo realizará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.**

Otra de las funciones a cargo de las secretarías, está la de expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, certificación del tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente. Además de elaborar y remitir el proyecto administrativo de reconocimiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación de tiempo de servicio.

En este punto debe resaltarse lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 8 de junio de 2017, M.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ:

“Si bien la fiduciaria es la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la secretaria de educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación pretendida por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

*El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar⁴ una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que **en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”***

Entonces, se concluye que las Secretarías de Educación, tan solo elaboran y remiten el proyecto administrativo de reconocimiento de la pensión de invalidez y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., Entidad encargada de la aprobación del proyecto, del manejo y la administración de los recursos del Fondo de Prestaciones, sin embargo, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene la función legal de pagar las

solicitada por el docente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5° a 8° del Decreto 1775 de 1990 arriba transcritos y 5° del Decreto 2831 de 2005, relacionado en pie de página precedente.”

⁴ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”

prestaciones económicas a los docentes oficiales, entre ellas la pensión de invalidez, conforme se extrae de lo dispuesto en el artículo 2.4.4.2.3.2.1, del Decreto 1272 de 2018.

Ahora, si bien el inciso 2º del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 estableció que la “Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”, debe aclararse que esta norma no es aplicable al caso bajo estudio pues la misma entró en vigencia a partir del 25 de mayo de 2019 y en el presente proceso el derecho reclamado es con anterioridad a su entrada en vigencia, destacándose en este punto que dicha norma en criterio de este Juzgado en nada varió la responsabilidad que sobre el particular recae en el FNPSM.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, esta judicatura declarará infundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

3.- Argumentación Normativa y Jurisprudencial.

3.1. De la existencia de acto ficto negativo

Como quiera que la apoderada de la parte demandante, dentro de las pretensiones de la demanda plantea la existencia de un acto ficto o presunto negativo, como consecuencia de la falta de respuesta respecto a la petición radicada 20170000PQR29597 del 15 de junio de 2017 y del cual pretende se declare su nulidad, procede el Despacho a verificar si en efecto se configuró el silencio administrativo negativo, que tiene como consecuencia la consolidación del acto ficto negativo, recordando, como lo señaló el Consejo de Estado en providencia del 15 de marzo de 2007⁵, que el mismo puede ser declarado aún de oficio en tanto la configuración de dicha figura no se puede constituir como una pretensión sino que es un hecho que opera con el transcurso del tiempo.

En efecto el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, respecto a silencio administrativo negativo dispone:

“Art.- 83. Silencio negativo. *Trascurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.*

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión (...). (negrilla y subrayas fuera de texto).

Advirtiéndose, que no se evidenció dentro del proceso respuesta alguna por parte de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la petición radicada ante la entidad accionada el 15 de junio de 2017 (fl. 16 a 18), mediante el cual, se solicitó el reajuste al 100% de la pensión de invalidez junto con los factores salariales devengados (prima de vacaciones y navidad)

⁵ Consejo de Estado. Sentencia del quince (15) de marzo de dos mil siete (2007). M.P. Dr. ALBERTO ARANGO MANTILLA. Rad. 2002-09146

por tanto, hay lugar a declarar la configuración del silencio negativo en relación con la petición arriba enunciada.

De manera que ante esa situación y en aplicación de los principios prohomine y proactione con el propósito de garantizar el acceso a la administración de justicia se considera entonces que en el presente asunto ha operado el silencio administrativo negativo frente a la petición efectuada por la demandante en relación con el derecho que ahora reclama en sede judicial.

3.2.- Del régimen prestacional de los docentes.

Previo a analizar el caso concreto, procede el Despacho a realizar el estudio del marco jurídico que rige la situación particular de la accionante, teniendo en cuenta la vinculación docente en la que se encontraba al momento de realizar la reclamación pensional a la entidad aquí accionada.

En primer lugar debe señalarse que el art. 279 de la Ley 100 de 1993, previó los grupos de servidores que se encuentran exceptuados de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, en ese sentido se tiene que conforme a lo anterior, los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, se encuentran excluidos del régimen de transición a que alude el Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993, en esa medida no es posible aplicar a este grupo las disposiciones contenidas en la referida Ley sobre este punto.

A su vez la Ley 91 de 1989 en su artículo 15 numeral 1, dispone que 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; mientras que 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.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo con posterioridad a su entrada en vigencia, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, a saber:

“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.

En el mismo sentido se pronunció el Acto Legislativo No. 01 de 2005, el cual señaló en su parágrafo transitorio 1 del artículo 1°:

“Parágrafo transitorio 1. 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**” (Negrilla del Despacho).

En este punto debe indicarse, que el Consejo de Estado en concepto del 10 de septiembre de 2009⁶ concluyó que las disposiciones contenidas en la Ley 812 de 2003, se aplican únicamente a los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de esa norma y que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes de esta ley, se rige por normas anteriores, específicamente frente al régimen aplicable a los docentes, según la fecha de vinculación al servicio educativo estatal señaló:

“La última de las preguntas formuladas por los señores Ministros permite concretar el régimen de los docentes, atendiendo a su fecha de vinculación al servicio público docente, a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 y al régimen de transición consagrado en particular para ellos, así:

El régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la ley 91 de 1989;

El régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003 es el régimen general de las leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen en el futuro, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres”. (Negrillas y subrayado del Despacho).

Acorde con lo expuesto, se puede determinar que la demandante ingresó al servicio educativo del Estado el 27 de febrero de 1973 (fl. 9), razón por la cual el régimen aplicable es el de la Ley 91 de 1989 y los Decretos 3135 y 1848 de 1968 y 1045 de 1978.

3.3. Del régimen prestacional aplicable a la demandante

Conforme con las normas expedidas con anterioridad a la Ley 812 de 2003, aplicables al caso en concreto debe señalarse en primer lugar que la Ley 6ª de 1945⁷, dispuso en su artículo 17 lo siguiente:

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

(...)

*c) **Pensión de invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta pesos (\$50) ni exceder de doscientos pesos (\$200).***

La pensión de invalidez excluye la cesantía y la pensión de jubilación.

(...)” (Negrillas del Despacho)

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

⁶ Con ponencia del Dr. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO Exp. No. 2007-0084

⁷ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.”

Así mismo, el Decreto 1743 de 1966 reglamentario de la citada Ley en su artículo 5 indicó:

“Artículo Quinto. -A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público.”

Con posterioridad, el Decreto Ley 3135 de 1968 estableció en el artículo 23 el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a favor de los servidores públicos que experimenten una pérdida de la capacidad superior al 75% citando el precepto lo siguiente:

*“(…). **Pensión de invalidez.** La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75 por ciento, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista, así:*

- a) El cincuenta por ciento cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%;*
- b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%;*

c) El ciento por ciento (100%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%. (Negritas y Subrayado del Despacho)

A su vez el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968 en sus artículos 60, 61 y 63 respecto al reconocimiento de la prestación pensional de invalidez preceptúa lo siguiente:

“Artículo 60º.- Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo

Artículo 61º.- Definición.

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

2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%).”

(...)

“Artículo 63º.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

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.

Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de 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.

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.”

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 servicios⁸ durante el mes.

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, enunció los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar las pensiones de los empleados públicos, de la siguiente forma:

“ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a. La asignación básica mensual;

b. Los gastos de representación y la prima técnica;

c. Los dominicales y feriados;

d. Las horas extras;

e. Los auxilios de alimentación y transporte;

f. La prima de Navidad;

g. La bonificación por servicios prestados;

h. La prima de servicios;

i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;

k. La prima de vacaciones;

I. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

II. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968. (Negrillas y subrayado del Despacho)

Conforme a lo expuesto, el derecho pensional de invalidez de la demandante se rige por las normativa anteriormente descrita, vigente para el momento de su vinculación⁹, y anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003. En este orden de ideas, a fin de reliquidarse la pensión de invalidez, ha de tenerse en cuenta para efectos de determinar su base

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 19 de noviembre de 2009. Radicación No. 250002325000200405128 01.

⁹ 27 de febrero de 1973, según Resolución No 800 del 17 de agosto de 2004

liquidatoria, 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.

Igualmente, en lo que respecta a los factores que deben tenerse en cuenta es importante señalar el criterio jurisprudencial expuesto por el Máximo Tribunal Contencioso, en sentencia del 19 de noviembre de 2009, para la liquidación del monto pensional por invalidez, el cual fue acogido por la Sala de Decisión No 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, corporación que en sentencia del 11 de marzo de 2016 con ponencia del Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana¹⁰ señaló:

"(...) 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.

(...)

Son coincidentes las normas citadas en señalar que el ingreso base para la liquidación de la pensión de invalidez, es el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Estima la Sala que la liquidación de la prestación pensional por invalidez reconocida a un docente oficial debe tener en cuenta, en su ingreso base de liquidación, la totalidad de los factores devengados por este durante el último año que prestó efectivamente sus servicios. Lo anterior, en consideración a lo dispuesto en la Ley 65 de 1946, Decreto 1848 de 1969, La ley 4° de 1966, el Decreto 1743 de 1966"¹¹

En consecuencia, cuando se trata de reliquidar la pensión de invalidez debe tenerse en cuenta todos los factores percibidos por el beneficiario en el último año de servicios, en consideración a lo dispuesto en la Ley 65 de 1946, Decreto 1848 de 1969, la Ley 4° de 1966, Decreto 1743 de 1966."

Finalmente, es preciso señalar lo dicho en un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado, referente a la reliquidación de pensión de invalidez de un docente, en el cual señaló que a dicha prestación no se le aplican las mismas reglas y exigencias de la pensión ordinaria de jubilación a que refiere la Ley 33 de 1985 indicando lo siguiente:

"3.1. La Sala comienza por precisar que el caso objeto de estudio se refiere al reconocimiento de la pensión por invalidez a favor de una docente, mas no por jubilación. Esa distinción es relevante, pues el reconocimiento y forma de liquidar la pensión

¹⁰Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No 2, M.P. Dr. Luis Ernesto Arciniegas Triana. Sentencia 11 de marzo de 2016. Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho Radicación No. 15001-33-33-008-2014-00091-01

¹¹Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 19 de noviembre de 2009. Radicación No. 250002325000200405128 01.

de invalidez tiene un origen normativo distinto y un tratamiento que difiere de las pensiones de jubilación.

3.1.1. Así, mientras que en pensión de jubilación, los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público oficial se rigen por las normas anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que eran aplicables a los servidores públicos¹², en materia de pensión de invalidez, los docentes se rigen por los Decretos 3135 de 1968¹³ y 1848 de 1969¹⁴, normas que regulan las pensiones producto de una calificación de pérdida de capacidad laboral. De ahí que cuando se trata de pensiones de invalidez no es posible acudir a la Ley 33 de 1985, toda vez que esa ley regula pensiones de jubilación.

3.2. Siendo así, es cierto que la autoridad judicial demandada se refirió indebidamente a las reglas jurisprudenciales previstas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dictada por el Consejo de Estado, que analizó el IBL en el régimen de transición en materia pensional, régimen que no es aplicable a la actora, pues pertenece al régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993 (artículo 279).¹⁵ (Negrillas y subrayado del Despacho).

Así mismo, se debe destacar también que las reglas de unificación establecidas por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019¹⁶ y que refieren a los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones **ordinarias** de jubilación de los docentes oficiales afiliados al FOMAG que son beneficiarios y se encuentran cobijados por las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, no resultan aplicables a las pensiones de invalidez de esos mismos docentes, en la medida que su situación pensional se gobierna por lo dispuesto en los Decretos 3135 de 1968¹⁷ y 1848 de 1969.¹⁸

2. Argumentación y Valoración Probatoria (Caso concreto)

En el caso en concreto se encuentra probado que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 800 de 17 de agosto de 2004 (fl. 9), reconoció a la demandante la pensión de invalidez como docente nacionalizada , efectiva a partir del 25 de febrero de 2004, con fundamento en que mediante Decreto No. 175 del 25 de febrero de 2004 del 25 de febrero de 2004 expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, fue retirada del servicio activo como docente a partir de la misma fecha , por tener una pérdida de la capacidad laboral según concepto médico laboral del 85% que le dio derecho a una pensión de invalidez equivalente al 75% del último salario devengado, incluyendo como factor salarial para la liquidación de la citada prestación la asignación básica y conforme a lo establecido en los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, y 2234 de 1988 y Leyes 71 de 1988 y 91 de 1989 , acto administrativo que fue revisado mediante Resolución 00784 de 18 de julio de 2016 y por medio del cual además se ordenó reajustar

¹² Los docentes se encuentran exceptuados del régimen general de pensiones, en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

¹³ Artículo 23. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista, así:

- a. El 50% cuando la pérdida de capacidad laboral sea del 75%.
- b. Del 75% cuando la pérdida de capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%.
- c. Del 100% cuando la pérdida de capacidad laboral sea superior al 95%.

PARÁGRAFO: La pensión de invalidez excluye la indemnización.

¹⁴ Artículos 60 a 67.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ, providencia del 8 de agosto de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2019-02117-00(AC), Actor: GLORIA SOFÍA OROZCO BALLESTAS. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

¹⁶ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, M.P. Dr. CESAR PALOMINO CORTES. Radicación: 680012333000201500569-01, Dte: Abadia Reynel Toloza.

¹⁷ Artículo 23. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista, así:

- d. El 50% cuando la pérdida de capacidad laboral sea del 75%.
- e. Del 75% cuando la pérdida de capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%.
- f. Del 100% cuando la pérdida de capacidad laboral sea superior al 95%.

PARÁGRAFO: La pensión de invalidez excluye la indemnización.

¹⁸ Artículos 60 a 67.

el valor de la pensión de invalidez (fls 9-10).

Posteriormente, la Entidad demandada mediante Resolución No. 1321 del 22 de diciembre de 2009, reajustó la pensión de invalidez de la demandante reconocida mediante Resolución No. 0800 del 17 de agosto de 2004 y revisada a través de Resolución 00784 de 18 de julio de 2016 por el incremento de la pérdida de capacidad laboral en un 96% aumentando el reconocimiento al 100% efectiva a partir del 28 de mayo de 2009 incluyendo como factor salarial únicamente la ASIGNACIÓN BÁSICA (fls 11-12).

Mediante Resolución No 5992 del 26 de septiembre de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cumplimiento al fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso radicado bajo el No. 2006-00134, reliquidó la pensión de la demandante con el promedio del 75% del último salario devengado en el del último año de servicio, incluyendo como factores salariales, la prima de alimentación, prima de grado, y sobresueldo del 20% (ordenanza 23), con efectos fiscales a partir del 25 de febrero de 2004.

Así mismo, se advierte que la demandante envió a la entidad demandada solicitud de ajuste de la mesada pensional al 100% de lo devengado con la inclusión de los factores salariales de prima de vacaciones y navidad, sin que a la fecha haya sido resuelta por la entidad, la cual fue radicada bajo el requerimiento No. 20170000PQR29597 del 15 de junio de 2017 (fl. 16-18).

Así las cosas, debe indicarse que se encuentra probado en el plenario, que la demandante se vinculó como docente NACIONALIZADA desde el 27 de febrero de 1973, según se lee en la Resolución 0800 del 17 de agosto de 2014 (fl. 9-10), en consecuencia, como se explicó a efecto de su reconocimiento pensional y la definición del monto pensional por invalidez, debe darse aplicación a lo establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1966 y su decreto reglamentario 1743 de 1966 y los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1964 y la jurisprudencia del Órgano de Cierre, que preceptúan, que el monto de una prestación pensional, está determinado por el promedio mensual de los salarios¹⁹ devengados por la empleada dentro del último año en que prestó sus servicios dependiendo, claro está, del porcentaje de disminución de la capacidad laboral del titular del derecho prestacional, que para el caso concreto conforme se desprende de la Resolución 1321 del 22 de diciembre de 2009 obrante a folios 11 y 12 es del 96%²⁰ teniendo en cuenta el concepto médico laboral de fecha 28 de mayo de 2009, por lo tanto, dicha prestación debe ser reliquidada con el cien por ciento (100%), de la asignación básica percibida a partir del 28 de mayo de 2009²¹.

De otro lado, a folios 134 a 136 obra copia del Certificado de factores salariales devengados durante el año anterior al retiro por invalidez por parte de la demandante, es decir, **25 de febrero de 2003 y el 24 de febrero de 2004**, en el que se registra que durante este periodo la demandante percibió además de los factores ya reconocidos mediante Resolución No.

¹⁹Entendiendo por salario "no sólo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas habitual y periódicamente percibidas por el empleado como retribución a sus servicios" en los términos de la Ley 65 de 1946.

²⁰ Así mismo obra en el dictamen visto a folios 15 vto que determinó un porcentaje del 96% bajo los criterios de " Deficiencia Discopatía Lumbar. cáncer de piel". " DISCAPACIDAD- Desplazamiento, cuidado personal y Locomoción" y "Minusvalía-ocupación, edad"

²¹ Según se lee en la Resolución 1321 del 22 de diciembre de 2009: " ... en el último concepto médico laboral de fecha 28 de mayo de 2009 la docente CLARA IBETH RINCÓN DE GÓMEZ, presenta pérdida de la capacidad laboral para desempeñarse como docente del **NOVENTA Y SEIS PORCIENTO (96%)**, lo cual se demuestra con el nuevo concepto medico laboral".

005992 del 26 de septiembre de 2014²², devengó también las primas de navidad y vacaciones.

De los presupuestos previamente enunciados, y tomando en consideración los fundamentos normativos y jurisprudenciales ya señalados, es claro para el Despacho que la pensión por invalidez de la demandante, no fue liquidada en debida forma, pues el porcentaje de incapacidad determinado a la demandante fue al 96%²³, a partir del 28 de mayo de 2009 lo que la hacía acreedora al 100% de la asignación básica y que dentro de la misma no se incluyeron la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, específicamente las primas de navidad y vacaciones, factores que debieron estar contenidos dentro del ingreso base de liquidación de la pensión.

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que no se evidenció dentro del proceso respuesta alguna por parte de la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la petición radicada el 15 de junio de 2017 (fl. 16 a 18), mediante la cual la demandante solicitó el reajuste al 100% de la pensión de invalidez junto con los factores salariales devengados (prima de vacaciones y navidad) configurando así el acto ficto en virtud del silencio administrativo negativo, el cual, si bien la parte demandada no reconoció como cierto (hecho 12 de la demanda) al momento de pronunciarse sobre los hechos en la contestación, tampoco allegó prueba al proceso en el que se demostrara que la entidad demandada hiciera manifestación alguna respecto de la petición presentada, manteniendo la respuesta negativa inicial del primer acto acusado, por lo tanto se declarará la nulidad del mismo.

De otro lado declarará la nulidad parcial de la Resolución N° 1321 del 22 de diciembre de 2009, que revisó la pensión de invalidez de la demandante respecto a la no inclusión de los factores salariales a que tiene derecho como son las primas de navidad y de vacaciones y se ordenará a título de restablecimiento del derecho que la entidad demandada reliquide la pensión de invalidez en cuantía del 100 % del promedio de lo devengado en el año anterior al retiro por invalidez, incluyendo además los factores salariales ya reconocidos mediante Resolución No. 005992 del 26 de septiembre de 2014 **prima de alimentación, prima de grado, y sobresueldo del 20% (ordenanza 23)**, los correspondientes a **la prima de vacaciones, y la prima de navidad** con efectos fiscales a partir del **28 de mayo de 2009**²⁴, con los reajustes legales, descontando en todo caso las sumas que hayan sido pagadas, siempre y cuando no haya operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

De contera, a efectos de garantizar la autosostenibilidad del sistema pensional y la protección del erario público, **se ordenará los descuentos de los aportes por concepto de pensión, correspondiente a los factores salariales sobre los cuales no se ha efectuado la deducción legal, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos 5 años de vida laboral por prescripción extintiva.**

Frente a los descuentos de los aportes por concepto de pensión, sobre los factores salariales que se ordena incluir en esta providencia, en pronunciamiento realizado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 19 de febrero de 2016, con ponencia de la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz²⁵, se concluyó que las deducciones por dicho concepto se encuentran sujetas al fenómeno jurídico de la prescripción por parafiscalidad, razón por la

²² Recoció además de la asignación básica la **prima de alimentación, prima de grado, y sobresueldo del 20% (ordenanza 23)**

²³ Conforme a lo establecido en el literal C del artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968 estableció en el artículo 23.

²⁴ Fecha a partir de la cual se incrementó en un 96% la pérdida de la capacidad laboral

²⁵ Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, expediente No. 15238 3331 703 2014 00096 01, demandante Ana Beatriz Suelta Figueroa en contra del SENA.

cual, solo resulta procedente realizar los descuentos **por tal concepto durante los últimos 5 años de vida laboral del actor**, señalando:

“Es pertinente destacar que las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social constituyen una obligación de carácter parafiscal, en tanto son producto de la soberanía fiscal del Estado y gozan de una destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible. (...) El artículo 54 de la Ley 383 de 1997 “Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones”, estableció que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, son aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a nómina del sector privado así como el público. Allí, se incluyen los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, el Título XVII del referido Libro, contiene disposiciones especiales sobre la extinción de la obligación. El artículo 817, establece que la acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años. (...) Así las cosas, si bien es cierto que la pensión surge como consecuencia del ahorro mediante los aportes efectuados durante toda la vida laboral, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe. Entonces, el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales. Sobre este particular, destacará la Sala que no hay obligaciones imprescriptibles y atentaría contra los principios fundantes del Estado Social de Derecho, ordenar su cumplimiento, cuando por el simple paso del tiempo, se extinguieron. (...)” (Resaltas fuera del original).

En igual sentido y en un asunto de similares contornos dijo el Consejo de Estado:

“En este último punto, estima la Sala conveniente recordar que la liquidación de la pensión debe estar, en todo caso, de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.”²⁶

Respecto de los descuentos que en esta sentencia se ordenaron por concepto de los aportes a pensión correspondientes a los factores salariales sobre los cuales no se ha hecho la deducción legal, se hace necesario precisar, frente a los aportes a cargo de la entidad empleadora, que la entidad demandada puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.²⁷

5- De la prescripción.

El Despacho examinará la **excepción de prescripción** propuesta por el apoderado de la parte demandada teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, tratándose de prestación pensional, solo se afectan las mesadas causadas y no el derecho, y el conteo del

²⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, providencia del 13 de noviembre de 2014. Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13)

²⁷ Tribunal administrativo de Boyacá, providencia de 13 de junio de 2017. Magistrado Ponente Dr. José Ascensión Fernández Osorio. Radicación 150013333001-2014-00058-01.

término trienal se interrumpe por virtud de la petición formulada para que se satisfaga la prestación debida, tal como lo establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²⁸.

Significa lo anterior, que en principio, los beneficiarios de un derecho tienen la posibilidad de interrumpir el término prescriptivo en sede administrativa por una sola vez. Posteriormente, el plazo empieza a contarse nuevamente y los interesados tan sólo cuentan con la alternativa de acudir ante la jurisdicción para lograr la interrupción definitiva; de lo contrario, es decir, de no incoar la acción respectiva, los derechos continúan extinguiéndose con el paso del tiempo²⁹.

Así las cosas, se debe aclarar en primer lugar que mediante concepto médico laboral le fue determinado a la demandante un incremento de la pérdida de la capacidad laboral del 96%³⁰, en consecuencia, la Entidad demandada mediante Resolución 1321 del 22 de diciembre de 2009³¹ ordenó reajustar la pensión de invalidez con el 100% de la asignación básica, con efectos fiscales a partir del 28 de mayo de 2009, por consiguiente, es indiscutible que la accionante se encontraba devengado este reajuste con anterioridad a la expedición de la Resolución No. 005992 del 26 de septiembre de 2014 que dio cumplimiento al fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá³² y por medio de la cual se ordenó entre otros la reliquidación de dicha prestación con el 75% del último salario devengado en el del último año de servicio³³, acto administrativo que fue notificado el día **27 de octubre de 2014** (fl. 13-14), por lo tanto, es a partir de esta última fecha que se empezará a contar el término de prescripción; de este modo, se advierte, que el derecho de petición a través del cual solicitó el ajuste de la mesada pensional al 100% de lo devengado con la inclusión de los factores salariales prima de navidad y vacaciones fue presentado ante la entidad demandada el día **15 de junio de 2017**³⁴ (la cual como se dijo nunca fue resuelta), en tanto que la demanda fue presentada el **16 de febrero de 2018**³⁵, por lo que se considera que en el presente asunto no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

²⁸ Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

²⁹ En sentencia CE.2B. 23 Septiembre de 2010. Bertha Lucia Ramírez De Páez Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08), se indicó "La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente: "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.". El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso: "PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente a contarse los tres años".

³⁰ Concepto de fecha 28 de mayo de 2009 (fl. 11)

³¹ Resolución que fue notificada a la demandante en la misma fecha

³² "Por medio de la cual se reajustó la pensión de invalidez para dar cumplimiento al fallo de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Boyacá que ordenó a la demandada, reliquidar la pensión de jubilación de CLARA IBETH RINCÓN DE GÓMEZ, incluyendo además del sobresueldo básico, la prima de alimentación, prima de grado, y sobresueldo del 20% (ordenanza 23), devengados en el último salario del último año de servicio comprendido entre el mes de febrero de 2004, monto sobre el cual se aplicará el porcentaje del (75%).

³³ Incluyendo como factores salariales: la prima de alimentación, prima de grado, y sobresueldo del 20% (ordenanza 23), con efectos fiscales a partir del 25 de febrero de 2004

³⁴ Tal como lo reconoce la entidad demandada en la parte considerativa de la Resolución No. 004187 del 30 de junio de 2016 (fl.24-25.)

³⁵ Fl.21

En consecuencia se declarara no probada la excepción de prescripción propuesta por el apoderado de la entidad demandada por lo aquí expuesto.

6.- Costas.

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado³⁶ en la que se señala:

"(...) La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de conceder costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

*La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, **pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación**, en donde el Juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada..."*

El Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juez Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito de Duitama, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA.

PRIMERO:- DECLÁRESE no probada la excepción de prescripción alegada por el apoderado de la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO:- DECLARAR infundada la excepción de FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA alegada por la entidad demandada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DECLARAR que en el presente asunto ha operado el silencio administrativo negativo frente a petición presentada por la señora **CLARA IBETH RINCÓN DE GÓMEZ** el día 15 de junio de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- DECLARAR la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo

³⁶ Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

negativo, surgido de la reclamación efectuada por la demandante el día 15 de junio de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión de invalidez, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución N° 1321 del 22 de diciembre de 2009, expedida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se reajustó la pensión por invalidez a la señora **CLARA IBETH RINCÓN DE GÓMEZ**, sin incluir todos los factores salariales a los que tiene derecho (primas de navidad y vacaciones), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de invalidez la señora **CLARA IBETH RINCÓN DE GÓMEZ**, identificada con la C.C. No. 24.078.228, en cuantía del 100 % del promedio de lo devengado en el año anterior al retiro por invalidez, incluyendo además los factores salariales ya reconocidos mediante Resolución No. 005992 del 26 de septiembre de 2014, *prima de alimentación, prima de grado, y sobresueldo del 20% (ordenanza 23)*, los correspondientes a **la prima de vacaciones, y la prima de navidad** con efectos fiscales a partir del **28 de mayo de 2009**, con los reajustes legales, descontando en todo caso las sumas que hayan sido pagadas.

SÉPTIMO.- Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$\begin{array}{c} \text{Índice Final} \\ R=R_h \text{ -----} \\ \text{Índice Inicial} \end{array}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, 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 ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

OCTAVO.- De la condena se deberán realizar los respectivos descuentos en la proporción correspondiente por concepto de aportes a seguridad social en salud y demás a que haya lugar.

NOVENO.- De la condena se descontará a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que corresponda a los aportes por concepto de pensión de los factores salariales sobre los cuales no se ha efectuado la deducción legal y que se incluyeron dentro de la liquidación de la pensión por virtud de ésta sentencia, atendiendo lo devengado por tal concepto durante los últimos 5 años de vida laboral por prescripción extintiva, en el porcentaje que le correspondía al entonces empleado, sumas que deberán ser actualizadas acorde al IPC, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

Respecto al porcentaje por aportes que correspondía a la entidad empleadora, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio podrá cobrarlos a través del

procedimiento administrativo de cobro coactivo regulado en el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

DÉCIMO.- Denegar las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO.- Sin condena en costas.

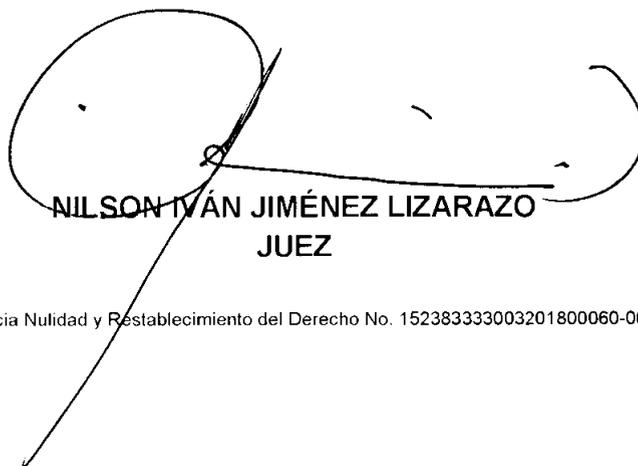
DÉCIMO SEGUNDO.- La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO TERCERO.- Acéptese la renuncia presentada por la abogada **SONIA PATRICIA GRAZT PICO**, identificada con la C.C No. 51.931.864 y T.P No. 203.499 del C.S.J, al poder conferido por la parte demandada, conforme al oficio obrante a folios 159 del expediente, en los términos del artículo 76 del C.G.P, con lo cual también se entiende aceptada la renuncia del abogado EDWIN HERNANDO SÁNCHEZ BLANCO.

DÉCIMO CUARTO.- Por **Secretaría**, notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

DÉCIMO QUINTO.- Una vez en firme esta providencia, por Secretaría archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 114 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del art. 306 del C.P.A.C.A., previa cancelación del respectivo arancel judicial³⁷, si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NILSON IVÁN JIMÉNEZ LIZARAZO
JUEZ

Sentencia Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 152383333003201800060-00

³⁷ Cuenta corriente única nacional N° 3-082-00-00636-6 Banco Agrario "CSJ-DERECHOS, ARANCELES, EMOLUMENTOS Y COSTOS – CUN" (CIRCULAR DEAJC19-43 de 11 de junio de 2019).

