



Consejo Superior  
de la Judicatura

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

**Radicación No.** 15001-33-33-007-2013-00275-00  
**Demandante:** LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS  
**Demandado:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO

Tunja, nueve (09) de Junio de dos mil quince (2015).-

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

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

### I.- DECLARACIONES Y CONDENAS

El Señor **LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS**, actuando por intermedio de apoderado judicial, ejerce medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en contra de la **DEPARTAMENTO DE BOYACA**, con el siguiente petitum:

*" 1. Se declare NULIDAD PARCIAL de la Resolución No.0517 DEL 07 DE MAYO DE 2010, "POR LA CUAL SE RECONOCE Y ORDENA EL PAGO DE UNA PENSIÓN POR INVALIDEZ", expedida por la Secretaría de Educación, en nombre y representación DE LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en ejercicio de las facultades legales que le confiere el artículo 56 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 2005.*

*2. Como consecuencia de la anterior declaración, a TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ORDENE a la entidad demandada a expedir el Acto Administrativo por medio del cual SE DA CUMPLIMIENTO AL FALLO DONDE SE INCLUYAN TODOS Y CADA UNO DE LOS FACTORES SALARIALES DEVENGADOS POR MI CLIENTE, durante el año inmediatamente anterior al Retiro por invalidez, es decir desde el 08 DE MAYO DE 2008 hasta 07 DE MAYO DE 2009.*

*3. A título de CONDENA, ordenar a la entidad demandada pagar a mi cliente la diferencia de las mesadas pensionales, ordinarias y adicionales (13 y 14); desde la fecha en que mi poderdante cumplió con los requisitos de la pensión jubilación.*

*4. Se CONDENE a la indexación de las anteriores sumas de dinero.*

*5. Que la CONDENA se cancele en los términos del Ley 1437 de 2011.*

*6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada."*

Las anteriores peticiones tienen como fundamento los siguientes hechos, que fueron fijados en el litigio de audiencia inicial celebrada el día 02 de septiembre de 2014<sup>1</sup>.

## II. HECHOS

- "1. Mi cliente ingreso al servicio público de la educación el 01 DE MARZO DE 1995.*
- 2. A través del decreto No 001978 del 26 de mayo de 2009, emanado de la secretaria de educación de Boyacá se retira del servicio activo a mi poderdante a partir del 08 DE MAYO DE 2009 por tener pérdida de capacidad laboral del 82%.*
- 3. En cumplimiento de lo anterior LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio de la Resolución No. 0517 DEL 07 DE MAYO DE 2010, reconoció y ordenó el pago de una Pensión por invalidez a favor de mi cliente, a partir del 08 DE MAYO DE 2009.*
- 4. Para establecer los Ingresos Bases de Liquidación, en la resolución anteriormente mencionada la entidad demandada, tuvo en cuenta la ASIGNACIÓN BÁSICA, devengada durante los años inmediatamente anteriores a la fecha en la cual fue retirado mi cliente por incapacidad laboral, dejando por fuera lo devengado por otros factores salariales:*
  - PRIMA DE ALIMENTACIÓN
  - BONIFICACIÓN DIFÍCIL ACCESO 15%
  - PRIMA DE NAVIDAD
  - PRIMA DE VACACIONES
- 7. Por otro lado, El señor VICEPRESIDENTE DEL FONDO DE PRESTACIONES de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A., mediante Circular No. 006 del 20 de septiembre de 2007, ordenó que a partir del 25 de julio de 2007, la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al F. N. P. S. M. se debería realizar con la inclusión de todos los factores salariales."*

## III. NORMAS VIOLADAS

Invoca como normas vulneradas, las siguientes:

### CONSTITUCIONALES.

Preámbulo, Artículos 2, 4, 25 y concordantes

### LEGALES.

Arts. 2 y 3 del C.P.A.C. A.

Arts. 137 y 138 del C.P.A.C. A.

Ley 812 de 2003

Artículo 4 de la ley 4 de 1966

Artículo 27 de Decreto 3135 de 1968

Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978

## IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Manifestó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la esta norma, esto es

---

<sup>1</sup> Folios 219 - 224

de acuerdo con la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de 1985 al tenor del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Añadió que el Consejo de Estado en Sentencia del 6 de febrero de 2003, radicación No. 6600123310002000089501, siendo Consejero Ponente el Doctor Alberto Arango Mantilla, Sección Segundo Subsección A, concluyó: que los docentes son un grupo especial de trabajadores de régimen especial.

Finalmente, expone que los actos administrativos están incurridos en falsa motivación por cuanto la administración basa su decisión negativa en el desconocimiento de las pruebas aportadas con la solicitud, denotando una motivación errada y desviada.

## V. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue presentada el 28 de Noviembre de 2013<sup>2</sup>; mediante auto de fecha 12 de Diciembre de 2013<sup>3</sup> se procede a la admisión de la demanda y la notificación de la misma en los términos establecidos por el C.P.A.C.A.

2. Según constancia secretarial visible a folio 78, el término de traslado de la demanda venció el dieciséis (16) de Mayo de dos mil catorce (2014), lapso dentro del cual el Departamento de Boyacá, contestó la demanda de la referencia y propuso las excepciones de: falta de legitimación en la causa por pasiva, a la cual se le dio el correspondiente traslado. (fls. 200).

### 2.1. Contestación de la demanda

La apoderada del Departamento de Boyacá, afirmó que si bien es cierto, la secretaría de educación de Boyacá expidió el acto administrativo demandado, no es menos cierto que ello se hizo de conformidad con lo estipulado por la Ley 91 de 1989, la cual crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que estaría a cargo del pago de las prestaciones de los docentes, por lo cual, la obligación del pago de la reliquidación recae en cabeza de dicho fondo y no de la entidad territorial, quien es un mero intermediario entre el Fondo y sus afiliados.

Propuso las siguientes excepciones:

#### **Falta de Legitimación en la causa por pasiva**

El apoderado del ente territorial fundamenta la excepción indicando que quien determina la negación o aprobación de una prestación social es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la FIDUPREVISORA S.A como administradora de sus recursos. Que el departamento es un mero intermediario entre el FONDO y sus asociados, por lo cual expide los actos administrativos, en nombre y representación del FONDO.

3. De igual manera, la apoderada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Contesta la demanda en término y propone como excepción previa la de prescripción, a la cual se le dio el correspondiente traslado, tal como obra a folio 200 del expediente.

<sup>2</sup> Folio 64.

<sup>3</sup> Folio 66-69

### **3.1. Contestación de la demanda**

Por su parte la apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a la prosperidad de las pretensiones indicando que para la liquidación de la pensión del demandante se tuvo en cuenta el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y que establece de manera taxativa los factores salariales con los cuales se liquida la misma.

Señaló que la Ley 33 de 1985 y la jurisprudencia establecen que las pensiones de los empleados oficiales se deben liquidar sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando estos sean de aquellos que se encuentran taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985.

Finalmente, sostuvo que no le asiste derecho al demandante debido a que las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, establecen de manera clara que factores se deben incluir en la liquidación de la pensión dentro de los cuales no se encuentran los solicitados por el demandante.

Propuso la siguiente excepción que se estudiará con el fondo del asunto:

### **PRESCRIPCION**

La apoderada propone la prescripción como medio exceptivo de cualquier derecho reclamado frente al cual haya operado este fenómeno de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

4. El dos (02) de Septiembre de dos mil catorce (2014), se llevó cabo audiencia inicial la cual se desarrolló de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, llegando el proceso hasta la etapa probatoria (fls. 219-225), teniéndose como tales las documentales aportadas con la demanda y con la contestación y se decretaron documentales de oficio por parte del despacho.

5. A través de audiencia de pruebas de fecha siete (07) de Abril de dos mil quince (2015) visible a folios 304 y 305, se incorporaron todas las pruebas documentales decretadas en audiencia inicial, en consecuencia se declaró precluida la etapa probatoria, así mismo y de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, se ordenó la presentación de alegatos por escrito, dentro de los diez días siguientes a la realización de dicha audiencia.

5. Posteriormente a folios 306-313 del plenario, obra escrito de alegatos de conclusión presentado por la apoderada del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y por la parte actora.

6. Finalmente el expediente ingresó al Despacho para dictar sentencia<sup>4</sup>.

## **VI. ALEGATOS DE CONCLUSION**

**PARTE DEMANDADA NACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fls. 306-309)**

---

<sup>4</sup> Folio 314

Reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda, en los mismos términos.

### **PARTE DEMANDADA DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (fls. 312-313)**

Señala que la ley 91 de 1989 creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, entidad que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales causadas con posterioridad a la expedición de dicha ley.

Así las cosas, la secretaría de educación de Boyacá no puede ser condenada a lo imposible, por cuanto únicamente expidió el acto administrativo demandado, pero en nombre del fondo, entidad que es la encargada del pago de dichas prestaciones.

Solicita se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **PARTE DEMANDANTE (fls. 310-311)**

Señala que su poderdante cumplió a cabalidad con todos los requisitos para adquirir el status pensional y que por otra parte, el FNPSM no dio cumplimiento a lo expresado por el Consejo de Estado quien expresó que para efectos de la liquidación pensional deben tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Señala que el Decreto 1045 de 1978 establece los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías y pensiones de los empleados públicos, factores que incluyen la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y bonificación de difícil acceso del 15%, tal como los devengó el señor LUIS DANILO RODRIGUEZ, factores que no se tuvieron en cuenta.

Solicita desestimar las excepciones planteadas y resolver favorablemente las pretensiones de la demanda.

## **VII. CONSIDERACIONES**

### **1. Problemas Jurídicos**

#### **1.1 Problema Jurídico Principal**

Corresponde al Despacho establecer si el demandante **LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS** tiene derecho a que se le reliquide la pensión de invalidez, teniendo en cuenta, todos los factores salariales que devengo en el último año anterior a cumplir el estatus de pensionado.

### **2. Marco Jurídico y jurisprudencial.**

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

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

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

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

(...)

*A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.*

*2. Pensiones:*

(...)

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Negrilla fuera de texto)*

*De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional (...)*

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

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

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

**“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los*

*derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres".*

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

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

En el mismo sentido lo ha señalado el Consejo de Estado en Sentencia de fecha 23 de agosto de 2007, radicación No. 25000-23-25-000-2002-09781-01(5193-05), Magistrado Ponente doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, mediante la cual procede a abordar el análisis de los numerales 1 y 2 literal b) de la Ley 91 de 1989, concluyendo:

*"(...) De la norma transcrita se colige que el régimen pensión aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional".*

## **2.2. Marco Jurídico de la pensión de invalidez, monto y factores salariales.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sumas que de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 *"Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"*<sup>5</sup>, están constituidas por:

- "a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. La prima de Navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968".*

En cuanto al tema de liquidación del monto pensional por invalidez, el Honorable Consejo de Estado<sup>6</sup>, sostuvo lo siguiente:

(...)

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Sección Segunda-Subsección "B", Consejero Ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO (E), proferida el 19 de julio de 2006, dentro de la radicación No.: 25000-23-25-000-2000-00424-01 (6016-02).



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

En la misma línea, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009, con Ponencia del Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, radicación N° 250002325000200405128-01, determinó que:

*“(...) Al no quedar cobijada la pensión de invalidez por la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, ha de tenerse en cuenta para efectos de determinar su base liquidataria, el articulado del Decreto 1848 de 1969 concordante con el 1045 de 1978.” (Resaltado fuera del texto original).*

### **2.3. De la capacidad de las entidades territoriales para responder por los actos administrativos que expiden con ocasión de lo establecido en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005.**

El artículo 3° de la Ley 91 de 1989, además de crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal; en su inciso final señala que:

*“El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad”.*

Sin embargo, la implementación de estos mecanismos no significa el traslado de obligaciones a las entidades territoriales toda vez que en el artículo cuarto de la norma en mención se estipula:

*“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella.”*

Por su parte, la ley 962 de 2005 por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, señala:

*“Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales 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 se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”. (el subrayado es nuestro)*

Finalmente el Decreto 2831 de 2005, por el cual se reglamenta el inciso 2°, del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, preceptúa:

*“ARTÍCULO 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces”.*

Así pues, conforme a las disposiciones contenidas en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como lo preceptuado por el Decreto 2831 de 2005, resulta acertado afirmar que si bien es cierto son los entes territoriales quienes tienen la obligación frente al reconocimiento y modificación de la pensión de jubilación, previa aprobación de la Fiduciaria LA PREVISORA SA, entidad que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; no es menos cierto que las diferentes Secretarías de Educación actúan en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en virtud de una desconcentración administrativa creada mediante normas en comento. Por lo tanto debe ser la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el llamado a responder por la legalidad de los actos administrativos que se profieran por las entidades territoriales en cumplimiento de las normas en cita, por lo cual, la excepción propuesta por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ está llamada a prosperar.

#### **2.4.- Del caso concreto.-**

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

- El demandante se vinculó al servicio público de la educación como docente nacional, el 01 de Marzo de 1995 (fls. 12-16).
- A través de certificación de calificación de pérdida de la capacidad laboral y determinación de invalidez de fecha 13 de Mayo de 2009, realizado por parte de Medicina laboral de la IPS Colombiana de Salud, se determinó la pérdida de la capacidad laboral en un 82% al señor **LUIS DANILO CUEVAS RODRIGUEZ**. (fl. 26).
- Por medio de la resolución No. 0517 del 07 de Mayo de 2010, expedida por el Secretario de Educación de Boyacá, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; se reconoció y ordenó el pago de la pensión por invalidez por pérdida de la capacidad laboral del 82%, al señor **LUIS DANILO CUEVAS RODRIGUEZ**, a partir del 08 de Mayo de 2009 (fls. 12-16).
- Para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión, la entidad demandada, en la Resolución No. 0517 del 07 de Mayo de 2010, tuvo en cuenta como factores salariales: la asignación básica, devengadas **durante los 10 años anteriores** a la fecha en la cual adquirió su status de pensionado (Fl. 14).
- En el certificado de salarios y devengados la demandante acredita como últimos factores salariales devengados, además de la asignación básica, la **bonificación del 15%, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la prima de navidad**. (fl. 172-174).

Corresponde al Despacho establecer si el demandante señor **LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS** tiene derecho a que se le reliquide la pensión de invalidez,

teniendo en cuenta, la prima de alimentación, la bonificación del 15%, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

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

El demandante fue vinculado como docente nacional desde el 01 de Marzo de 1995, teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que su ingreso al servicio es **anterior al 27 de junio de 2003**, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento.

El artículo 15 numeral 2° de la Ley 91 de 1989 establece que a los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.

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

Conforme a lo anterior, el literal b) del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, establece que 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.

También resulta claro, atendiendo lo motivado precedentemente, que el Consejo de Estado<sup>7</sup> de manera uniforme ha precisado: que para efectos de determinar la base liquidatoria de la pensión de invalidez ha de tenerse en cuenta los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por el cual se fija reglas generales para aplicación de normas sobre prestaciones sociales de empleados públicos del sector nacional como quiera que las normas que regulan la pensión de invalidez no definen cuáles son los factores que constituyen salario.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, señala como factores de salario los siguientes: la asignación básica mensual; los gastos de representación y la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y transporte; la prima de Navidad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicios; los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

<sup>7</sup> "Sección Segunda-Subsección "B", Consejero Ponente: ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO (E), proferida el 19 de julio de 2006, dentro de la radicación No.: 25000-23-25-000-2000-00424-01 (6016-02). Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009, con Ponencia del Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, radicación Nº 250002325000200405128-01."

Para el caso bajo estudio, teniendo en cuenta que la pérdida de la capacidad laboral del señor **LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS**, fue valorada por la I.P.S. Colombiana de Salud en un ochenta y dos por ciento (82%), se colige que de conformidad con el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 el valor de la pensión será el equivalente al 75% del último salario devengado o del último promedio mensual.

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

En consecuencia, efectuando la comparación respectiva se tiene que los únicos factores salariales que sirvieron de base para la liquidación de la prestación debatida fue la asignación básica y que los últimos factores salariales devengados al momento de adquirir el status pensional, esto es, el 07 de mayo de 2009<sup>8</sup> tal como se desprende del certificado salarial para la liquidación de prestaciones sociales visible a folios 172 a 174, la actora recibió los siguientes conceptos: **asignación básica, prima de vacaciones, prima de alimentación, bonificación del 15% y prima de navidad.**

Como corolario de las consideraciones que anteceden, considera el Despacho que la decisión judicial procedente dentro de la presente actuación, será la de conceder las pretensiones de la parte demandante, en cuanto a la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 0517 de 07 de Mayo de 2010, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y consecuentemente el reconocimiento y pago de los factores salariales dejados de observar; previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse. Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades por el H. Consejo de Estado<sup>9</sup>, indicando que la referida omisión por parte de la Administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la Entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

#### **2.4.1. Prescripción.**

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

Se entiende claramente que la pensión de invalidez, como es bien sabido es una prestación imprescriptible por tal razón su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, pero no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que no se hallan amparadas por esta excepción y por el contrario se subsumen dentro del régimen prescriptivo establecido para los derechos laborales; el Consejo de Estado en jurisprudencia decantada ha sostenido que la **prescripción opera trienalmente respecto de las mesadas pensionales**, lapso que se cuenta en forma retrospectiva desde el día en que el beneficiario del derecho formula a la administración la correspondiente reclamación<sup>10</sup>. En la legislación Colombiana está establecido que quien pretenda el reconocimiento de un derecho laboral debe reclamarlo dentro de los tres años siguientes a la fecha en la que lo adquirió, so pena de operar el fenómeno de la prescripción.

<sup>8</sup> Folios 12-16.

<sup>9</sup> Consejo de Estado C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila Sent. 3 de febrero de 2011. Actor: Luis Ángel Hernández Sabogal.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 6 de julio de 2000, expediente 1400, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

En el caso objeto de estudio, la solicitud en sede judicial corresponde a la reliquidación de la pensión de invalidez (fls. 2 al 8), tal como quedó decantado en párrafos anteriores el accionante adquirió el status de pensionado el 07 de Mayo de 2009, (fls. 12-16) y la demanda fue presentada **el veintiocho (28) de Noviembre de 2013** (fl. 64), por lo que opera el fenómeno jurídico de la prescripción de mesadas pensionales, por lo tanto el derecho al reajuste pensional tendrá lugar a partir **del 28 de Noviembre de 2010**.

En estas condiciones se declara probada la excepción de prescripción, formulada por la apoderada de la parte demandada.

Lo anterior, sin perjuicio de los reajustes de ley desde el momento de causación del derecho.

#### 2.4.2. Conclusiones:

De conformidad con lo expuesto, procederá el Despacho a declarar la **Nulidad Parcial de la Resolución** No. 0517 de 07 de Mayo de 2010, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual *“se reconoce y ordena el pago de una pensión por invalidez (Ley b100/93) por riesgo común por pérdida de la capacidad laboral del 82% (ochenta y dos por ciento)”* al demandante LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenara a la entidad demandada reliquidar la pensión de invalidez del actor **en las mesadas a que tenga derecho**, aplicando el régimen pensional contenido en los Decretos 3135 de 1968 artículo 23; 1848 de 1969 artículo 63 y Decreto 1045 de 1978 artículo 45, previamente citados y analizados, normas que deben ser interpretadas en los términos establecidos en el precedente de unificación proferido por el Consejo de Estado en el año 2010<sup>11</sup>, citado en esta providencia.

En este orden de ideas, la pensión de la actora deberá reliquidarse a partir del **08 de mayo de 2009** en cuantía del 75% del promedio de todo lo devengado en el **último año de servicios a adquirir el status pensional**; esto es, del 08 de mayo de 2008 al 07 de mayo de 2009, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados, es decir, además de la asignación básica, **las primas de alimentación y vacaciones, la prima de navidad y la bonificación de 15%**.

Lo anterior, con efectos fiscales desde el 28 de noviembre de 2010; ya que como se señaló, en el presente caso opero el fenómeno de la Prescripción. Excepción que será declarada, sin perjuicio de los reajustes de ley desde el momento de la causación del derecho.

#### 2.4.3. Reajuste de la condena

Las sumas que resulten a favor de la actora se ajustarán en su valor como lo tiene definido el Consejo de Estado, dando aplicación al inciso 4º del artículo 187 del CPACA, en donde el valor presente ( R ) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE - vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia - , por el índice inicial - vigente a la fecha en que debió realizarse el pago -.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación N° 250002325000200405128-01

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

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

#### **2.4.4. De los aportes correspondientes a los factores salariales a incluir.**

De conformidad con la Sentencia de unificación<sup>12</sup>, establece que los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional deben incluirse todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, **previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse**. Considera frente a este último enunciado que cuando la norma determina que en todo caso la pensión se liquidará atendiendo los factores sobre los cuales se ha aportado, lo que se prevé es que la entidad nominadora está obligada a realizar los respectivos descuentos con destino a la entidad de previsión social, sobre los factores determinados en la ley, pero la omisión de la entidad no puede afectar el derecho del empleado, por lo tanto en el presente caso, se deberá **DESCONTAR** de las anteriores sumas, los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena; siempre y cuando, sobre éstos no se haya efectuado la deducción legal.

#### **2.4.5. Del reconocimiento y pago de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales (13 y 14).**

En cuanto a la pretensión tercera consistente en ordenar a la entidad demandada pagar a la demandante la diferencia de las mesadas pensionales ordinarias y adicionales (13 y 14); encuentra el despacho que no obra dentro del expediente prueba alguna donde la administrada haya solicitado en sede administrativa tales emolumentos prestacionales, menos aún pronunciamiento emitido por la administración en tal sentido, por lo que procederá el despacho a inhibirse para resolver dicha pretensión.

#### **2.4.6. Costas**

El artículo 188 del CPACA dispone que:

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

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

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien es cierto se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, también lo es que en el presente asunto se declarará probada la excepción de Prescripción de Mesadas solicitada por la entidad demandada FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (Parte vencida en el proceso); así pues, conforme lo establece el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., norma que dispone que

<sup>12</sup> Sección Segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 4 de agosto de 2010, expediente 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá **abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial**; el Despacho dispondrá condenar en costas solamente por concepto de agencias en Derecho.

En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. y de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003, se procede a señalar como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, **el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda**. Por Secretaría, Liquédense.

### III DECISIÓN

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

### F A L L A:

**PRIMERO.-DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción**, propuesta por la entidad demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atendiendo a lo motivado *ut supra*.

**SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva**, propuesta por la entidad demandada Departamento de Boyacá – Secretaría de Educación, de conformidad con la parte motiva de este acto.

**TERCERO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 0517 de 07 de Mayo de 2010**, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual *“se reconoce y ordena el pago de una pensión por invalidez por pérdida de capacidad laboral del 82%”* al demandante **LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.770.111 de Tunja.

**CUARTO.-** Como consecuencia de la anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, reliquidar la pensión de invalidez por pérdida de capacidad laboral del 82% del señor **LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.770.111 de Tunja, a partir del 08 de Mayo de 2009 en cuantía del 75% del promedio de todo lo devengado e incluyendo como factores salariales: **la asignación básica, prima de vacaciones, prima de alimentación bonificación del 15% y prima de navidad y se aplicarán los reajustes de ley, con efectos fiscales a partir del 28 de noviembre de 2010 dado el fenómeno prescriptivo**

**QUINTO.-** Las sumas que resulten a favor del señor señor **LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.770.111 de Tunja, se ajustarán en la forma prevista en la parte considerativa de esta sentencia aplicando para ello la siguiente fórmula:

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

**SEXTO.-** De la condena se descontará lo que por concepto de pensión haya pagado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al señor **LUIS DANILO RODRIGUEZ CUEVAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.770.111 de Tunja, y lo que corresponda a los aportes dejados de descontar por los factores que, se incluyen dentro de la liquidación de la pensión por virtud de esta sentencia.

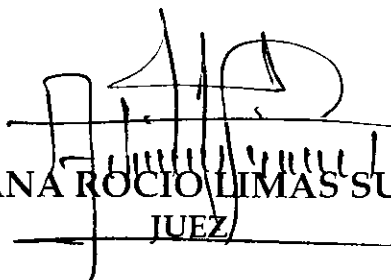
**SEPTIMO.-** La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, dará cumplimiento y reconocerá intereses a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

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

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ADRIANA ROCÍO LIMAS SUAREZ**  
**JUEZ**