



146

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

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

Ref.:

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
*Reliquidación de la pensión de jubilación de un docente, relacionado únicamente con la inclusión del factor salarial "Prima de Navidad". Sentencia unificatoria del C.E., aplicable al caso.*

Demandante: JAIRO MONTENEGRO FULA

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

Radicación: 85001-33-33-002-2014-00320-00

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

**OBJETO DE LA DEMANDA:**

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

**PRETENSIONES:**

Plantea textualmente las siguientes:

**"II. DECLARACIONES (Art 162 No 2)**

1. Que se declare la Nulidad Parcial de la Resolución No. 1072 del 18-08-2010, proferida por la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE YOPAL.**

### III. CONDENAS

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

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

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

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

4. Que se condene en costas a la demandada.

5. Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el Artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.”

### ANTECEDENTES:

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

Aduce que mediante Resolución No. 1072 del 18 de Agosto de 2010, las entidades demandadas le reconocieron *Pensión de Jubilación*, con efectividad a partir del 10 de Mayo de 2010.

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

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

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

## **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

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

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

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

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

- Sometida a reparto el 7 de Octubre de 2014, correspondió por sorteo a este Juzgado y entregada en la secretaría en la misma fecha, para luego ser ingresada al Despacho el día 15 de Octubre de 2014 (fls. 15 y 16 c.1).

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

Dentro del término legal otorgado por el Despacho con base en lo normado en el CPACA, el MUNICIPIO DE YOPAL y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - "FNPSM", constituyeron apoderado, contestaron el libelo, manifestándose respecto a los hechos, las pretensiones y proponiendo excepciones, de las cuales, el Secretario del Despacho corrió el respectivo traslado (fl. 64 c.1), sin que la parte demandante se hubiere pronunciado, quedando trabada la Litis.

**Contestación del Ministerio de Educación Nacional:** (fls. 26 a 35 y 37 – 47 c.1).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Contestación del Municipio de Yopal** (fls. 52 a 54 c.1).

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

.- Auto fechado 19 de Junio de 2015 (fls. 66 c.1.), mediante el cual se tuvo por contestada la demanda por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y MUNICIPIO DE YOPAL, reconociendo personería para actuar a sus respectivos apoderados; en igual forma, se convocó a las partes y al Ministerio Público a diligencia de *Audiencia Inicial*.

El día 20 de Agosto de 2015 (fls. 70 al 74 c.1.), se realizó ***Audiencia Inicial*** en la cual se trataron los temas de: Saneamiento del proceso, resolución de excepciones previas, en esta última etapa el apoderado judicial del Municipio de Yopal interpuso recurso de apelación ante la decisión del Despacho de negar la prosperidad de la excepción denominada "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*", alzada que fue debidamente concedida para su conocimiento en segunda instancia.

Mediante proveído del 30 de Octubre de 2015 (fl. 79 c.1.), se dispuso el Obedézcase y Cúmplase de lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Casanare en auto del 17 de Septiembre de 2015, que resolvió revocar la decisión adoptada por este Estrado Judicial en Audiencia Inicial, respecto a declarar NO probada la excepción de "*Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*" propuesta por el apoderado judicial del municipio de Yopal; así mismo y acorde con lo anterior, se fijó nueva fecha para la Reanudación de la Audiencia Inicial.

El 10 de Marzo de 2016 (fls. 110 - 113 c.1.), se continuó con la ***Audiencia Inicial*** retomándola en la etapa de procedencia de la conciliación, luego, fijación del litigio, decreto de pruebas y fijación de fecha y hora para Audiencia de pruebas.

El día 3 de Mayo de 2016 (fs. 116 al 118 c.1.), se llevó a cabo **Audiencia de Pruebas** que básicamente giró alrededor de recaudo e incorporación de pruebas documentales decretadas a petición de la parte actora y fijación de fecha y hora para realización de Audiencia de alegatos y juzgamiento. Con base en el inciso final del artículo 181 del CPACA se consideró innecesaria la práctica de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y en consecuencia, ordena a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiendo a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

### **RESUMEN DE ALEGATOS:**

**De la parte actora:** (fs. 123 – 127 y 142 144 c.1).

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

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

### **CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

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

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 ibídem), teniendo en cuenta que las excepciones previas propuestas fueron debidamente resueltas y las decisiones allí

adoptadas se encuentran debidamente ejecutoriadas y en firme; respecto de las excepciones denominadas de fondo o merito, son medios de defensa que buscan que el acto controvertido permanezca incólume en el ordenamiento jurídico, por lo cual en el decurso de esta providencia expresa o tácitamente se decantará al aspecto.

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

***Problema Jurídico planteado:***

Se trata de determinar si efectivamente el acto administrativo contenido en la Resolución No. 1072 del 18 de Agosto de 2010 (por la cual se reconoce una pensión de Jubilación al señor Jairo Montenegro Fula), expedida por la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal, actuando en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se encuentra parcialmente viciada de nulidad, en lo concerniente a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación; o si por el contrario dicho acto administrativo se encuentra acorde con la normatividad vigente que regula dicha materia.

***Pruebas vertidas al expediente que constituyen la verdad procesal:***

.- Copia auténtica de la Resolución No. 1072 del 18 de Agosto de 2010, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Yopal (actuando en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO), por medio del cual reconoció y ordenó el pago de una la pensión de jubilación al señor JAIRO MONTENEGRO FULA (fls. 6 a 8 c.1.).

.- Copia de formato único para la expedición de certificado de salarios (establecido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), correspondiente al señor Jairo Montenegro Fula, en el cual se identifica los factores salariales devengados por su relación laboral con la demandada durante los años 2009 y 2010 (fl. 10 c.1.).

.- Copia de la constancia de fecha 10 de Julio de 2014, expedida por la Procuraduría 72 Judicial I Para Asuntos Administrativos, mediante el cual se da fe del agotamiento del requisito de procedibilidad para este asunto (fl. 13 c.1.).

.- Copia de los antecedentes administrativos del acto acusado (fls. 2 al 22 c.p.).

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

### ***Aplicación de normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto***

Se extrae de lo consignado en la demanda y demás actuaciones que el motivo de inconformidad alegado por el demandante a lo largo de este proceso, versa sobre el **factor salarial – "Prima de Navidad"** que según su inferencia ha debido tenerse en cuenta para liquidar su **pensión de jubilación** reconocida a través del acto que acusa de forma parcial, por lo cual, se impone para este estrado judicial el estudio de las normas que gobiernan su reconocimiento y liquidación.

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

No sucede lo mismo en materia de **pensión ordinaria de jubilación**, pues no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones.

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

*"ARTICULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado / el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

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

Es preciso advertir que la Ley 91 de 1989 fue expedida el 29 de diciembre, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 33 de 1985, de suerte que, según la norma transcrita, los docentes indicados en el inciso primero están sometidos a las normas vigentes para esa época (29 de diciembre de 1989) o, las que se expidan en el futuro, según el caso, atendiendo por ejemplo a la antigüedad, o al régimen de transición.

Entonces, para resolver el conflicto planteado, necesariamente debe hacerse alusión a las leyes vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, entre ellas la Ley 33 de 1985.

El Congreso de la República expidió la Ley 33/85 que comenzó a regir el 29 de enero de 1985 y la cual derogó los Arts. 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135/68 y demás disposiciones que le fueran contrarias.

La mencionada Ley determinó que los empleados oficiales tendrían derecho a que por la Caja de Previsión respectiva, se les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, si laboran o laboraron veinte (20) años continuos o discontinuos y llegaron a la edad de cincuenta y cinco (55) años de edad.

La Ley 60 de 1993, que adoptó el *sistema de recursos y competencias* (situado fiscal); en lo pertinente a la pensión de los docentes, estableció:

***“ARTÍCULO 6o. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. [...]***

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

*[...]*

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



Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- Asignación básica
- Gastos de representación
- Prima técnica
- Dominicales y feriados
- Horas Extras
- Bonificación por servicios prestados
- Trabajo suplementario c realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

La anterior disposición fue modificada por el artículo 1º inciso 2º de la Ley 62 de 1985:

“Artículo 1º.- “Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deber pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados de orden Nacional:

- Asignación Básica.
- Gastos de Representación.
- Primas de Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación.
- Dominicales y Feriados.
- Horas Extras.
- Bonificación por Servicios Prestados.
- Trabajo Suplementario o Realizado en Jornada Nocturna o en Día de Descanso Obligatorio.

“En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya y Negrilla del Despacho).

Para el análisis de los factores salariales a tener en cuenta a la hora de la liquidación de la pensión ordinaria, debe rememorarse lo acaecido en el transcurso de los últimos años; localmente en el 2007 y comienzos del 2008, al proferir fallos en situaciones análogas y del estudio de las leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, este Despacho se inclinó más por una interpretación **enunciativa** de la normatividad precitada<sup>1</sup>; sin embargo en sentencias de segunda instancia el superior funcional al realizar un juicioso análisis jurídico

<sup>1</sup> Por ejemplo ver fallos estimatorios del año 2007 y principios de 2008, en los expedientes 2005-00067, 2005-00583, 2005-00667, 2006-00022, 2006-00024, 2006-00055, 2006-00077, 2006-00089, 2006-000133 y 2006-00141.

estableció motivos fundados y convincentes para inclinar la balanza hacia la otra tesis (**taxativa**), lo que ocasionó la modificación y/o revocación de las providencias proferidas en tal sentido. Ante dicho precedente se optó por rectificar la línea y analizar de manera taxativa los factores devengados por cada demandante y tener en cuenta los factores sobre los cuales había aportado y que se encontraran en dicha normatividad.

No obstante lo anterior, dicha temática es nuevamente abordada por la Sección Segunda del Consejo de Estado como máximo organismo de lo contencioso administrativo del país, la cual en fallo<sup>2</sup> unificatorio, consideró lo siguiente:

*“Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.*

*Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003<sup>3</sup>, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) “en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes”.*

*Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006<sup>4</sup>, se expresó:*

*“La ley 33 de 1985 en el artículo 1° dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).*

*En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación,*

<sup>2</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 250002325000-2006-07509-01, actor LUÍS MARIO VELANDIA, respecto a factores salariales y reconociendo el criterio oscilante de aplicación del artículo 3° de la ley 33 de 1985, unificó tesis en este fallo.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Florez Anibal.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 15 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente.”.

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma<sup>5</sup>:

“En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”, la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.  
(...)

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.”.

De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978,

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Paez Cristancho.

<sup>6</sup> “Artículo 45. “De los factores de salario para 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;

norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.<sup>8</sup>".

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

(...)

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

En consecuencia, el principio de progresividad debe orientar las decisiones que en materia de prestaciones sociales adopten las autoridades públicas, pues la protección del conglomerado social presupone la existencia de condiciones que le permitan ejercer sus derechos en una forma adecuada a sus necesidades vitales y, especialmente, acorde con la dignidad inherente al ser humano. Por lo tanto, dicho principio también orienta la actividad de los jueces al momento de aplicar el ordenamiento jurídico a situaciones concretas.

(...)

CAJANAL, de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión de jubilación tuvo en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados; horas

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;

m) Las primas y bonificaciones que hubiera sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968."

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref. Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

<sup>8</sup> La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

"(...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (...).

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...)

*extras; bonificación por servicios prestados; y, diferencia de horario, factores que fueron devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 2002.*

*En consecuencia, el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo como factores salariales la asignación básica; alimentación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo.*

*No es posible incluir la indemnización de vacaciones toda vez que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador, por lo cual, no es posible computarlas para fines pensionales. En efecto, esta Corporación ha precisado que la compensación monetaria, que se otorga al trabajador cuando no disfruta de sus vacaciones, no puede servir de base salarial para liquidar la pensión de jubilación. Por estas razones se comparte la decisión de primera instancia, en la medida que no ordenó la inclusión de este factor dentro del salario base de liquidación pensional."*

Así las cosas, de acuerdo a la nueva jurisprudencia del máximo ente de lo contencioso administrativo, se establece un giro de 180 grados en este tema respecto a lo que se venía aplicando, por lo tanto, se rectifica la línea seguida por este Despacho desde mediados del año 2008 y se vuelve a la tesis anterior de carácter enunciativo para tener en cuenta a la hora de la liquidación de la pensión todos los factores que constituyan salario -conforme a las probanzas que suministre cada caso-, con la salvedad que si el ente correspondiente no hubiere realizado los descuentos por aportes sobre los factores que no hayan sido objeto de la deducción legal, deberá realizarlo ahora.

***Decisión al caso concreto:***

Con el material probatorio allegado, a la luz de la normatividad en cita, se concluye lo siguiente:

- a) El actor se desempeñó como docente territorial, por lapso superior a los 20 años.
- b) El docente demandante adquirió el status de pensionado el 9 de Mayo de 2010 (con más de 55 años de edad), según se desprende del acto que le reconoció la pensión de jubilación.
- c) Al cumplir los requisitos para su pensión ordinaria de jubilación el docente JAIRO MONTENEGRO FULA se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- d) De conformidad con el acto acusado El FPSM tomó en cuenta como IBL, la asignación básica, prima de clima, horas extras, auxilio de movilización y prima de vacaciones, lo cual

aplicándole el 75%, arroja una suma de \$2.658.717 como mesada pensional.

En este estado de cosas, debe advertirse por parte de este administrador de justicia, que al análisis de la situación, no estamos verificando la validez o no del contenido de la resolución No. 1072 del 18 de Agosto de 2010, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Yopal, por cuanto conforme a lo demandado la reclamación como tal solo concierne auscultar los factores salariales que fueron incluidos al liquidarla; sin embargo, hay que precisar que de conformidad a lo normado en la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, cuyo proceso decisorio se tramita a través de una delegación de funciones en las entidades territoriales; en consecuencia de lo anterior, se infiere que como tal quien tiene la obligación legal de responder por dichas prestaciones de los docentes, es la Nación - Ministerio de Educación Nacional, independientemente de que se haya contratado a una entidad fiduciaria para ejercer la administración de los recursos del FOMAG, razón por la cual en el evento de encontrarse vulnerado el ordenamiento jurídico y constitucional, deberá ser sujeto de las respectivas ordenes de restablecimiento del derecho.

En consecuencia de todo lo anterior, se reitera que la normatividad aplicable al caso estudiado es la ley 33 de 1985 modificado por la ley 62 del mismo año y sus decretos reglamentarios, entonces, resulta del caso verificar si la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FPSM"**, al realizar la liquidación de la pensión de jubilación del docente JAIRO MONTENEGRO FULA verdaderamente omitió la inclusión de los factores devengados y que constituyan salario para efectos de la conformación del ingreso base de cotización y liquidación, conforme a la disertación realizada por el Honorable Consejo de Estado en la jurisprudencia reciente transcrita atrás en donde advierte nuevamente que la pensión de vejez no es una dádiva del Estado, sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

Con base en lo anotado y al confrontar que durante el año anterior a adquirir el status de pensionado (9 de Mayo de 2009 al 9 de Mayo de 2010), según certificación salarial arrojada al expediente (fl. 10 c.1.), el señor JAIRO MONTENEGRO FULA, devengó los factores de: asignación básica (Sueldo), prima de clima, auxilio de movilización, **prima de navidad**, prima de vacaciones y horas extras; que la entidad

demandada en el acto administrativo contenido en la resolución No. 1072 del 18 de Agosto de 2010 expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Municipio de Yopal en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que le reconoció la pensión de jubilación, sólo tuvo en cuenta Asignación Básica, Prima de Clima, Auxilio de Movilización, Prima de Vacaciones y Horas Extras. Entonces, tenemos que el criterio aplicado por la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FNPSM" es equivocado y contrario a derecho; pues al actor se le debe liquidar el beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo todos los factores pensionales devengados durante el año anterior al cumplimiento de los requisitos y en el acto que se controvierte faltó incluir el factor de: **Prima de Navidad**, conforme a su periodicidad, a lo que tiene derecho, por lo cual, se dispondrá que tal concepto se compute a la pensión de jubilación que percibe.

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

En consecuencia, deberá declararse la nulidad parcial de la Resolución No. 1072 del 18 de Agosto de 2010 expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Municipio de Yopal en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se ordenará a la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, dictar nuevo acto en el que se reliquide la *Pensión de Jubilación* de JAIRO MONTENEGRO FULA con base en el salario promedio devengado en el año anterior a adquirir el status de pensionado, conformado por la asignación básica, los otros factores ya liquidados y adicionando como factor salarial nuevo el siguiente: **Prima de Navidad**.

### **Prescripción:**

De conformidad con los parámetros establecidos en el Decreto 1848 de 1969, respecto de la prescripción trienal, se declarará procedente la aplicación de dicha figura jurídica en el presente caso, si se tiene en cuenta que la pensión de jubilación reconocida al accionante se hizo efectiva a partir del 10 de Mayo de 2010, mientras que la

presente demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada hasta el 3 de Octubre de 2014, es decir, que a partir de esa fecha se debe tener en cuenta que interrumpió la prescripción sobre dicha prestación, pero no del **derecho que tiene al reajuste**, por tanto, se debe aplicar la prescripción trienal ya aludida, por derechos no reclamados a tiempo respecto al reajuste de mesadas, pero no del derecho al reajuste de su pensión desde que fue efectiva.

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

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

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

De donde:

Vp = Valor presente o actualizado

Vh = Valor histórico o la cifra que se actualiza

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

Ind. Inicial = el existente a Octubre de 2011.

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

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

**Costas:**

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

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** DECLARAR la NULIDAD PARCIAL del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1072 del 18 de Agosto de 2010, proferida por la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Yopal en nombre y representación de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una Pensión de Jubilación al señor JAIRO MONTENEGRO FULA, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEGUNDO:** A título de restablecimiento, ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RELIQUIDAR la pensión de Jubilación otorgada al señor JAIRO MONTENEGRO FULA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.144.066 expedida en Bogotá, desde el 3 de Octubre de 2011 (acorde con la prescripción trienal), incluyendo los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional que se acreditaron en el plenario y que no fueron tenidos en cuenta en el acto que se anula parcialmente; es decir; **Prima de Navidad**, en la proporción que corresponda de acuerdo a su periodicidad, según los parámetros fijados en la motivación.

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

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

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

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

**SEXTO:** Denegar las demás pretensiones de la demanda.

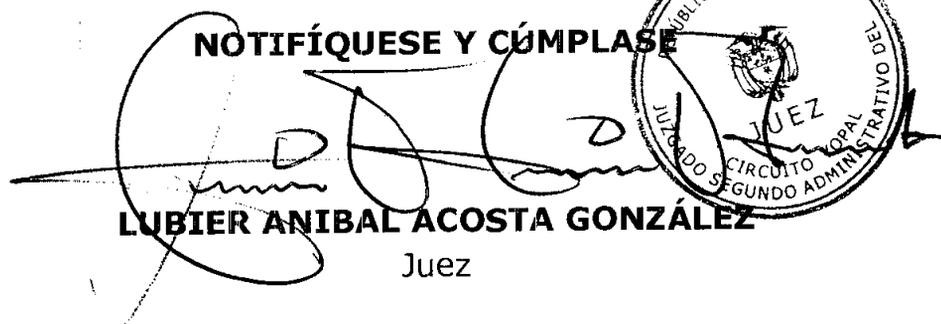
**SÉPTIMO:** No condenar en costas a las demandadas.

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

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ**  
Juez

