

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 1 DE ORALIDAD

Magistrado Ponente: Dr. **FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Tunja,

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	:	CLELIA ALARCÓN LEMUS
DEMANDADO	:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN	:	152383333001201300421-01

=====

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda respecto del recurso de apelación propuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, el cuatro (4) septiembre de dos mil catorce (2014), que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA. (Fls. 2-11 C 1ª instancia)

Clelia Alarcón Lemus, a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio del control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la Nación - Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 001989 del 20 de marzo de 2013, expedida por la Secretaría de Educación en nombre de la demandada, que reconoció y ordenó el pago de la pensión de invalidez a la demandante a partir del 25 de diciembre de 2012.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que la entidad demandada reconozca y pague pensión de invalidez, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro por invalidez, es decir desde el 24 de diciembre de 2011 al 24 de diciembre de 2012; además, la diferencia de las mesadas adicionales (13 y 14) desde la fecha en que el demandante cumplió con los requisitos de la pensión de jubilación, por último, que se condene a indexación, costas y agencias en derecho.

1.2. Como fundamento de las pretensiones, la demandante expone los siguientes **hechos relevantes**:

-Ingresó al servicio público de la educación el día 12 de julio de 1999.

-La Secretaría de Educación de Boyacá, mediante Resolución 00007 del 2 de enero de 2013, retiró del servicio activo a la demandante a partir del 25 de diciembre de 2012.

-En cumplimiento de lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la Resolución No 001989 del 20 de marzo de 2013, reconoció y ordenó el pago de una pensión por invalidez a partir del 25 de diciembre de 2012.

-El Ingreso Base para la Liquidación de la Pensión de invalidez reconocida a la demandante, tuvo en cuenta asignación básica y prima de vacaciones.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

Violación manifiesta a la Constitución:

Consideró transgredidos el preámbulo y los artículos 2, 4, y 25 de la Constitución Política, por cuanto el acto administrativo demandado desconoció los derechos y garantías de la demandante al trabajo, justicia e igualdad social al no incluir la totalidad de los factores salariales a que tiene derecho en la liquidación de su pensión de invalidez.

Violación a la Ley

El acto administrativo demandado vulneró el contenido de los artículos, 2, 3, 137 y 138 del CPACA, pues la accionada olvidó que las

actuaciones de las autoridades están sujetas a los preceptos regulados en las leyes especiales; aseguró que al negarse la reliquidación de la pensión de la demandante con inclusión de todos los factores salariales existió una actuación irregular de la administración, la cual se agrava por no subsanarse en la vía gubernativa.

El acto demandado desconoció los derechos de los servidores públicos a disfrutar de la seguridad social, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales consagradas en regímenes generales y especiales contenida en el Decreto 3135 de 1968 artículos 14 y 15; Decreto 1045 de 1978 artículos 5, 15, 24 a 32; Decreto Reglamentario 1848 de 1969 artículos 8 y 9; Ley 100 de 1993 artículos 39, 69, 45, 37; Ley 60 de 1990 artículos 34, 37 y 38; Decreto 3118 de 1968 artículos 1, 2, 3 y 4, Ley 344 de 1996 artículo 13; normas que resultan quebrantadas porque a pesar de haberse probado los haberes laborales devengados por la demandante durante el año anterior, no fueron tenidos en cuenta todos los factores salariales.

El acto demandado fue acusado de falsa motivación, pues a pesar de cumplirse con los requisitos para la reliquidación de la pensión de invalidez con inclusión de todos los factores devengados, la Nación-Ministerio de Educación, partiendo de una errada interpretación y aplicación de las normas que regulan la materia, hizo nugatorio el derecho de la demandante.

1.4.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. (Fls. 62-66 DVD Fls 67 C 2º instancia).

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Tunja, mediante sentencia proferida en audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, de fecha cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014), accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

El régimen aplicable para liquidar la pensión de invalidez de la demandante, es el establecido en el artículo 23 del Decreto 3135 de 1968, artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, normas que determinan los factores salariales que deben incluirse en la base de liquidación.

Advirtió que la demandante durante el año anterior a la adquisición de su status, devengó los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad; sin embargo, al momento de liquidar su pensión de invalidez solo fueron tenidos en cuenta dentro del ingreso base: asignación básica y prima de vacaciones, excluyendo la prima de navidad enlistada en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 a pesar de haberla percibido de manera habitual y

periódica; razón por la cual, declaró la anulación parcial del acto demandado, y ordenó la reliquidación de la pensión de invalidez de la actora incluyendo la doceava (1/12) de la prima de navidad.

1.5. - EL RECURSO DE APELACIÓN. (Fls. 68-69 C-2º instancia)

La apoderada de la entidad demandada dentro del término establecido por el artículo 247 del CPACA, interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, argumentando lo siguiente:

El fallo proferido no se ajustó al ordenamiento jurídico, como quiera que la Resolución acusada no vulnera ni la Constitución ni las normas señaladas en la demanda, pues la pensión del demandante se debe liquidar con los salarios devengados al año anterior al retiro y teniendo en cuenta los factores del artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Concluyó afirmando que la pensión de la demandante le fue reconocida y pagada de acuerdo a las normas vigentes al momento de adquirir el status, de conformidad a lo establecido en la Ley 238 de 1995.

Afirmó que en el presente caso se debe dar aplicación a lo establecido en el Acto Legislativo 1 de 2005 y Decretos 3752 y 2341 de 2003, normas según las cuales para efectos de la pensión solo se pueden tener en cuenta los factores cotizados.

1.6. - ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Parte Demandada. (Fls. 92-94 C- 2º instancia).

La Ley 91 de 1989 en su artículo 15 dispuso que el régimen salarial y prestacional de los docentes depende de la fecha de vinculación del servicio público; en virtud del inciso segundo de la norma citada, al accionante le es aplicable el régimen que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, esto es, la Ley 33 de 1985.

Frente a los factores salariales base de liquidación de la pensión, le son aplicables las disposiciones de la Ley 62 de 1985, norma que consagra de manera taxativa los factores salariales que pueden servir de base para el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante; expuso que la accionada solo puede liquidar la pensión sobre los factores salariales sobre los cuales se hayan realizado aportes, siempre y cuando sean de aquellos señalados en la Ley 62 de 1985, además, afirmó que el Decreto 3752 de 2003, señala que la base de

las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a su expedición a cuyo pago se encuentre afiliado el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, *i.) Lo que se debate en segunda instancia y formulación del problema jurídico, ii.) La relación de los hechos probados, iii.) El estudio y solución del caso concreto, y, finalmente, iv.) La conclusión y el sentido de la decisión.*

2.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.

En síntesis, el A-quo accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en consideración a que el derecho pensional reclamado por la demandante, se rige de conformidad con lo establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, normatividad que establece que para liquidar la pensión de invalidez solicitada, se debe tener en cuenta el último salario devengado por el empleado público.

Por su parte, la entidad apelante considera que se debe revocar el fallo de primera instancia, debido a que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de invalidez, son los consagrados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 del mismo año; es decir, los devengados en el último año de servicio, tal como lo señaló el Decreto 3752 de 2003 que modificó el ingreso base de liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realizó aportes para pensión.

De acuerdo con lo anterior, le corresponde a la Sala establecer si a la demandante le asiste el derecho para que su pensión de invalidez le sea reliquidada con la inclusión de todos los devengados en el último año de servicios, o por el contrario, si para dicho fin solo deben ser tenidos en cuenta los factores sobre los cuales haya cotizado consagrados en la Ley 62 de 1985.

2.2.- LOS HECHOS PROBADOS.

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

- Clelia Alarcón Lemus ingresó a laborar al servicio de la docencia desde el 12 de julio de 1999, con vinculación nacional, en la sede el Palmar de la Institución Educativa del Municipio de Maripi – Boyacá (Fls 16 C 1).
- Para los años 2011 y 2012, la demandante devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de vacaciones, y prima de navidad (fls 15-16).
- La Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, por medio de Resolución 00007 del 2 de enero de 2013, retiró del servicio activo a la demandante a partir del 25 de diciembre de 2012, por haberse dictaminado una pérdida de la capacidad laboral del 96% por enfermedad profesional.
- El Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante Resolución 01989 del 20 de marzo de 2013, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a Clelia Alarcón Lemus equivalente a la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$2.329.439), para lo cual se tuvieron en cuenta asignación básica y prima de vacaciones (fls. 34-37 C1).

2.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

La Sala confirmará la sentencia apelada, puesto que tal como a continuación se justifica, se encuentran debidamente acreditados los requisitos legales para que a la demandante se le reliquide su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores devengados.

2.3.1. La pensión de invalidez de personal docente. Normatividad aplicable.

Conforme a la documental obrante dentro del expediente (certificado de tiempo de servicio visible a folio 16 C1), fue acreditado que Clelia Alarcón Lemus ingresó al servicio docente 12 de julio de 1999, vinculación que finalizó el 24 de diciembre de 2012 (fls 17 C1) como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral.

Se debe entonces tener en cuenta que en el presente caso, la demandante es docente, por tanto, el régimen aplicable es el contenido en la normatividad que de manera especial rige a esta clase de servidores, es decir, las Leyes 812 de 2003 y 91 de 1989.

En efecto, para la época de la causación del estatus de pensionada, esto es, año 2012, estaba vigente el artículo 81, inciso primero, de la Ley 812 de 2003, "*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*", el cual dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales (nacionales, nacionalizados y territoriales)¹, 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**". (Negrilla fuera de texto).

Con anterioridad a la Ley 812 de 2003, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales es el contemplado en la ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), cuyo artículo 115 dispone que "**el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.**"

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la cual se remite la Ley General de Educación Nacional, dispuso lo siguiente en tratándose del régimen prestacional de los educadores estatales:

"Artículo 15. *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:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás

¹ De conformidad con lo previsto en el Artículo 1º de la Ley 91 de 1989, **son docentes nacionales** los vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; **son docentes nacionalizados** los vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975; y son docentes territoriales vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

*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 10. 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.*

.....”.

De conformidad con la disposición legal transcrita, se tiene que en tratándose de pensiones de jubilación es aplicable el numeral 2 del artículo 15, al contener una norma especial que regula en su literal B) el reconocimiento de la pensión de jubilación para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, equivalentes al 75% del salario mensual promedio del último año. Empero, para aquellos docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981, le es aplicable el numeral del artículo 15, esto es, **“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”.**

Esta última conclusión se deriva del tratamiento normativo dado aquellos docentes vinculados a partir del primero de enero de 1981, fecha de finalización del proceso de nacionalización para indicar que los docentes **nacionales** vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981 mantendrían el régimen prestacional del sector público nacional.

De lo expuesto se puede concluir, que tratándose de prestaciones sociales, el régimen aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio depende la fecha de vinculación a la docencia así: Los docentes que ingresaron al servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), se regirán por el régimen establecido en la Ley 91 de 1989, y aquellos que ingresaron con posterioridad a la citada fecha, se rigen por los postulados de la Ley 100 de 1993.

Como quiera que en el caso analizado la demandante se vinculó en el año 1999, se debe analizar el contenido de la Ley 91 de 1989, la cual, extendió a los docentes vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, el régimen de prestaciones sociales aplicable a los empleados públicos del orden nacional, por tanto, dichos educadores se rigen por

lo dispuesto en **normas preexistentes en materia de pensión de invalidez.**

Ahora bien, teniendo como hecho probado que la actora tenía la condición de **DOCENTE**, vinculada con posterioridad al 1º de enero de 1990, y que adquirió el status de pensionada por **INVALIDEZ**, ¿cómo debe interpretarse y aplicarse lo señalado en el inciso 2 del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, según el cual 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?

Para dilucidar el interrogante, es pertinente y esclarecedora la sentencia del 23 de febrero de 2006, proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, que al respecto manifiesta:

*"La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso: A.) En su art. 1, entre otros, contempla los **DOCENTES TERRITORIALES** y señala como tales a quienes fueron nombrados antes de enero 1 de 1976 sin el cumplimiento del requisito del art. 10 de la Ley 43 de 1975, que se refiere a los designados por fuera de las plantas de personal allí determinadas, lo cual es entendible frente a la nacionalización educativa consagrada en la Ley 43 de 1975. Pero, se anota que también se han tenido como tales, inicialmente, a los educadores vinculados a los ENTES TERRITORIALES antes de la nacionalización educativa (que luego se convirtieron en nacionalizados) y, ahora, después de ésta, a quienes fueron nombrados por las autoridades territoriales por fuera de las plantas de personal aprobadas por la Nación y que pagaban con fondos de los F.E.R., por lo que las obligaciones surgidas de ellos corrieron a cargo de la entidades locales. B.- En su artículo 15, estableció NORMAS PRESTACIONALES PARA LOS DOCENTES, así: -) Para los **DOCENTES NACIONALIZADOS** que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión e jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las LEGALES por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los **DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1/90, en el párrafo 2 del num. 1 del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los 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. No puede pasar de desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional**".*

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 del 18 de julio de 2002, reafirmó la posición según la cual el régimen prestacional de todos los empleados públicos de cualquier orden es el señalado en norma de carácter legal. También es importante recalcar que los docentes no gozan de un régimen especial de pensiones y tal ha sido la doctrina reiterada de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado².

Corresponde ahora dilucidar cuál es "**Ley pensional "ordinaria" pertinente**" y aplicable a los docentes nacionales en tratándose de pensión de invalidez. Así, teniendo en cuenta que el régimen pensional aplicable debe ser el vigente al momento de presentarse y calificarse el hecho incapacitante, a continuación procede la Sala a reseñar, brevemente, evolución normativa del marco jurídico de la pensión de invalidez:

Inicialmente, el literal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 contempló la "*Pensión de Invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta pesos (\$ 50) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200)*".

El artículo 8º de la Ley 77 de 1959 elevó el límite máximo del monto de la pensión de invalidez a cuatrocientos pesos (\$ 400,00) mensuales.

Posteriormente, la ley 4ª de 1966, en su artículo 4º señaló la cuantía de las pensiones de jubilación o de invalidez en el 75% del promedio mensual de salarios durante el año anterior a la causación del estatus de pensionado.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el literal h) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967, se expidió el Decreto ley 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.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del referido Decreto 3135, el monto de la pensión de invalidez oscila entre el 50% y el 100%, dependiendo del grado de pérdida de la capacidad laboral. El artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 reglamentó la pensión de invalidez y estableció la cuantía de la prestación de forma proporcional

² Sentencia del 23 de febrero de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-07475-01(1406-04), Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE..

al grado de incapacidad calificado por la entidad de previsión competente.

Finalmente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas **por el numeral 11 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993**, se expidió el Decreto ley 1295 de 1994, "**Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales**". El artículo 98 del referido Decreto derogó expresamente los artículos 23 y 25 del Decreto ley 3135 de 1968.

Como ya se dijo, el artículo 23 del referido Decreto 3135 estableció el monto de la pensión de invalidez entre el 50% y el 100% del último salario devengado, dependiendo del grado de pérdida de la capacidad laboral así:

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

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

PARAGRAFO. La pensión de invalidez excluye la indemnización.

El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, definió la pensión de invalidez y estableció la cuantía de la misma forma proporcional al grado de incapacidad calificado por la entidad de previsión competente, así:

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

- 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 de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.*
- c) Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último*

salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable.

Así, las cosas, es este el Decreto aplicable a la actora, por ser el vigente a la fecha de su vinculación e inmediatamente anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003, el cual, estableció la forma de liquidar la pensión de invalidez con base en el **último salario devengado por el empleado**.

En reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado se ha referido a la aplicación del régimen contenido en el Decreto Ley 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, para la liquidación de la pensión de invalidez, a docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en los siguientes términos:

"De acuerdo con el recuento normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993. En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, esto es, para los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, dicha norma se refiere finalmente a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%"³

En cuanto al ingreso base para la liquidación de la pensión de invalidez, se advierte que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978⁴

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Fallo de fecha trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014), radicación 15001-23-33-000-2012-00170-01 (3008-13) Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ *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 tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- 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;

establece un listado de factores a tener en cuenta en el reconocimiento de la citada prestación; sobre el alcance de dicha norma, el Consejo de Estado ha considerado que los factores enlistados deben ser tenidos en cuenta a título enunciativo y no taxativo en los siguientes términos:

"Se debe precisar que el Decreto 1045 de 1978, establece unos factores salariales para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, lo cual no puede tomarse como una relación taxativa de factores, sino que es una enunciación que no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador. Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales. No sobra precisar que existen algunas prestaciones sociales (prima de navidad y de vacaciones), que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, pero por disposición expresa de la misma ley como lo consagra expresamente el Decreto 1045 de 1978"⁵.

Se advierte de lo expuesto, que la relación de factores realizada por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 no es restrictiva o excluente, razón por la cual, la pensión de invalidez regulada bajo el imperio ibídem deberá liquidarse teniendo en cuenta todo lo percibido por la demandante a título de remuneración.

2.3.2. El caso concreto.

La Sala encuentra probado, que la demandante ingresó a prestar sus servicios como docente el 12 de julio de 1999, razón por la cual, en materia de factores salariales para determinar la pensión de invalidez, le resulta aplicable el régimen contemplado en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, lo anterior, teniendo en cuenta que tanto la Ley 812 de 2003 como la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, consagran como fecha determinante para establecer el régimen pensional, la fecha de vinculación a la docencia.

El objeto de la apelación analizada por esta Corporación se circunscribe a determinar en el presente caso si es aplicable el régimen contenido

-
- I) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
 - II) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.**

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, auto de fecha siete (7) de octubre de 2010, expediente 25000-23-25-000-2002-02392-01 (0265-07), Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

en las leyes 33 y 62 de 1985 y si la demandante tiene derecho al reconocimiento de su pensión de invalidez solo con los factores salariales sobre los cuales realizó aporte. En tal sentido se comparte la decisión recurrida, al considerar que el acto administrativo que contiene la liquidación de la mesada pensional de la demandante no se ajustó al ordenamiento jurídico; por el contrario, la normatividad referenciada en esta providencia y la reiterada jurisprudencia nacional confirma que el correcto proceder de la administración ha debido estar dirigido a liquidar la prestación reclamada en aplicación de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, y no como considera el apelante, teniendo en cuenta las leyes 33 y 62 de 1985 y tomando como base solo aquellos factores salariales respecto de los cuales se realizaron aportes.

Por lo expuesto se desestiman los argumentos del recurso presentado, y se confirmará la decisión del A quo de reliquidar la pensión de invalidez de la demandante con inclusión de la prima de navidad, como quiera que según certificado de salario devengados visible a folio 25 del cuaderno de segunda instancia devengó este factor en el mes antes del retiro de servicio (diciembre de 2012 folio 33 C1).

De las costas y agencias en derecho

El artículo 171 del derogado Decreto 01 de 1984 regulaba las costas procesales para la Jurisdicción Contencioso Administrativa consagrando un régimen subjetivo en tal tema, el cual implicaba que el fallador sólo podía imponerlas cuando advertía un uso temerario de los mecanismos procesales.

Dicho régimen subjetivo, que atendía a la temeridad o mala fe del litigante, fue derogado por la Ley 1437 de 2011. 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". (Resalta la Sala).

Por la expresa remisión a la legislación civil, las agencias en derecho estaban contempladas en el numeral segundo del artículo 392 del C.P.C., derogado por la Ley 1564 de 2012 – C.G.P., y que ahora las prevé el artículo 365 ibídem., así:

"ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (...)

ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*

3. *La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. (...)*

4. *Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas". (Resaltado de la Sala).*

Teniendo en cuenta que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, la Sala tendrá en cuenta lo normado para la materia en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos tercero, cuarto y sexto del referido Acuerdo, numeral 3.1.3., se condenará al pago de Agencias en Derecho en contra de la parte vencida y a favor de la parte demandante por el valor que resulte de aplicar el UNO POR CIENTO (1%) a la suma que efectivamente deba recibir la demandante.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama el cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014).

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte apelante en esta instancia, liquídense por Secretaría. Se fija como agencias en derecho en segunda instancia el equivalente al uno por ciento (1%) de la suma que efectivamente deba recibir la demandante. Se advierte que para la

liquidación de las costas y agencias en derecho, se debe atender los lineamientos previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso por el Juzgado de primera instancia.

TERCERO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al despacho de origen y de ello déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Esta Sentencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, de la fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

lmg

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El cual anterior se notifica por estado
No. **155** de hoy, **11-SEPT-2015**
EL SECRETARIO 