



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
Magistrada sustanciadora: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ

Santa Marta D.T.C.H., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 47-001-3333-004-2017-00335-01
ACTOR: SARA MATILDE ZAPATA CARRILLO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVALIDEZ

Procede esta Corporación a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia de 23 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Santa Marta D.T.C.H. negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

a) Pretensiones

La señora Sara Matilde Zapata Carrillo, presentó demanda, mediante apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 135 del C.P.A.C.A., contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la que solicitó las declaraciones y condenas que enseguida se transcriben:

"1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 243 del 17 de Octubre de 2014, suscrita por el (la) Doctor (a) CARLINA CECILIA SANCHEZ MARMOLEJO, Secretaria de Educación Municipal, en cuanto le reconoció la PENSIÓN DE INVALIDEZ a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de INVALIDEZ, a partir del 23 de Septiembre de 2014, equivalente al 100% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen representado

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a **LA NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, a que le reconozca y pague una Pensión de INVALIDEZ, a partir del 23 de septiembre de 2014, equivalente al 100%del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 mesesanteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

2. Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 243 del 17 de Octubre de 2014, suscrita por el (la) Doctor (a) **CARLINA CECILIA SANCHEZ MARMOLEJO, Secretariade Educación del Municipal**, que reconoció la pensión de INVALIDEZ a mi representado.

3. Ordenar a **LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**,quesobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.

4. Ordenar a **LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**,elrespectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

5. Que se ordene a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-**, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 y siguiente del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo C.P.A.C.A

6. Ordenar a la Ordenar a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-**, el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

7. Ordenar a Ordenar a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-**, el reconocimiento y pago de intereses moratorio a partir de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad de la condena.

8. Condenar en costas a Ordenar a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-**, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo

9. Que de las sumas que resultaren a favor de mi mandante se descuente lo cancelado en virtud de la resolución que le reconoció el derecho a la pensión de INVALIDEZ, proferida, por la entidad demandada.”

b) Hechos

La parte accionante relató los hechos de la siguiente manera:

PRIMERO: Mi poderdante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de INVALIDEZ por esa entidad.

SEGUNDO: La base de liquidación pensional, en su reconocimiento incluyó solo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la **prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios** y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

TERCERO: La entidad demandada llamada a restablecer el derecho es LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-, según se indicó en sentencia del 21 de noviembre de 1996, Consejero Ponente: Dr. **CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA**”

c) Normas violadas.

La demandante afirmó que los actos acusados violan la Ley 33 de 1985 artículo 1°, la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, la Ley 62 de 1985 y el Decreto Nacional 1045 de 1978.

La parte demandante invocó que el acto acusado no se encuentra ajustado a derecho toda vez que, desconoce por completo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remite al Decreto 1045 de 1978, el cual se debe tener en cuenta al momento de liquidar las cesantías y las pensiones de los empleados públicos.

Además, señaló que debe decretarse la nulidad parcial del acto administrativo acusado, teniendo en cuenta que la entidad demandada en el acto de reconocimiento de la pensión de invalidez de la parte accionante omitió el deber legal de incluir todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionada, para calcular el valor de la mesada pensional, por lo que alega vulneró las disposiciones legales y desconoció los lineamientos jurisprudenciales omitiendo los aplicables al caso.

d). Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda en los siguientes términos:

La apoderada judicial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, allego contestación de la demanda el día 30 de julio de 2018, en la cual se atiende a lo probado en el proceso frente a los hechos 1, 2 y 3.

En cuanto a las pretensiones de la demanda se opone a todas y cada una de ellas, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad, debido a que FOMAG su representado actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones y de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Frente a las condenas solicitadas por la parte demandante, solicitó al Juez se denieguen en su totalidad las pretensiones de la demanda. Con sustento en las consideraciones, antecedentes y en consecuencia lógicamente, no procede la imposición de las condenas solicitadas por la actora.

Por último, se pronunció con respecto a las pruebas y su apreciación, citando el art 187 del C.P.C. señalando que tanto las allegadas como las solicitadas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Santa Marta profirió sentencia de primera instancia el 23 de marzo de 2021, en la que resolvió lo siguiente:

PRIMERO: *Negar las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.*

SEGUNDO: *En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, le serán reembolsados a la parte demandante.*

TERCERO: *Sin condena en costas en esta instancia.*

CUARTO: *Una vez ejecutoriado este fallo, archivar el expediente, previas las anotaciones de rigor en sistema de gestión informático.*

La anterior decisión se fundamentó en lo siguiente:

El A-quo sostuvo que la accionante se vinculó como docente de vinculación Municipal, recursos propios desde antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003- 27 de junio de 2003, por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989, y demás normas aplicables. Además, encontró probado que en el último año de servicio comprendido entre el 06 de mayo de 2013 al 06 de mayo de 2014, devengó lo siguiente: *“asignación básica, prima de servicios, prima de navidad, y prima de vacaciones.”*(fl 85-104).

El juzgado en primera instancia, al contrastar los factores devengados por la actora en el año anterior a su retiro del servicio con los tenidos en cuenta por la demandada para liquidar su pensión de invalidez, advirtió que no resulta procedente ordenar una nueva liquidación del derecho pensional objeto de debate, habida cuenta que el acto administrativo encausado, esto es, la resolución No. 243 del 17 de octubre de 2014, no violó la Ley y los parámetros establecidos en la jurisprudencia actual del Honorable Consejo de Estado, sin que se desvirtuara dentro del sub lite su presunción de legalidad, por lo que negó las súplicas de la demanda.

Por esa razón, en lo relacionado a las costas ese Despacho no emitió condena en tal sentido, habida cuenta que, dentro del expediente no obra prueba que acredite que las mismas se causaron, y que existan presupuestos para su reconocimiento, razón por la cual, no hubo lugar a proferir condena por dicho concepto.

En ese orden de ideas, manifestó el A- quo que la forma como la entidad accionada liquidó la pensión de invalidez de la docente teniendo en cuenta el salario básico, la doceava de la prima de navidad y la doceava de la prima de vacaciones desconociendo la asignación de prima de servicios, se encuentra ajustada a derecho toda vez que dicho factor no se encuentra en el artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968 que estableció los requisitos y condiciones para el reconocimiento de la pensión de invalidez, norma que a su vez fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1968.

Por lo anterior, consideró que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su prestación de invalidez incluyendo en la base de liquidación, el 100% de todos los factores salariales devengados.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante, presentó recurso de apelación contra la sentencia del 03 de junio de 2021, solicitando que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, procedió con una profunda explicación de los presupuestos de la seguridad jurídica y la confianza legítima en la administración de justicia, manifestando que esta misma se ve afectada al surgir sentencias de unificación nuevas sobre temas de los cuales ya existían criterios de unificación previamente establecidos.

Asimismo, realizó un recuento *in extenso* de las normas que regulan la situación prestacional de los docentes oficiales y las primas reconocidas a los empleados públicos como retribución al trabajo desempeñado.

Arguyó que el constante cambio de criterios de unificación trae consigo una inestabilidad jurídica y da lugar a la desconfianza por parte del usuario hacia el sistema jurídico colombiano puesto que al momento de demandar carga con la incertidumbre de que el precedente jurídico existente pueda cambiar en cualquier momento.

De igual manera manifestó que la decisión del juzgado está basada en la sentencia de unificación del 25 de abril del 2019 la cual no se dejó taxativamente sin efectos la sentencia del 04 de agosto de 2010, debido a que, a su juicio no se utilizaron argumentos objetivos, proporcionales y claros, no solo contradiciéndose entre sí, también, afectando la seguridad jurídica, vulnerando los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales, razón por lo que insiste en que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite previsto para la segunda instancia, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.

La parte demandante, no allegó alegatos de conclusión.

La Nación – Ministerio de Educación – Fomag-, no allegó alegatos de conclusión.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia para conocer del recurso de apelación

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los jueces administrativos de su jurisdicción.

5.2. Problema jurídico.

En el caso bajo estudio, se deberá determinar si se debe confirmar o no la sentencia de primera instancia que negó la reliquidación de la pensión de invalidez de la señora **SARA MATILDE ZAPATA CARRILLO**, teniendo en cuenta además de la asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones, el factor prima de servicio y bonificación mensual dispuesta en el Decreto 1566 de 2014 devengado al momento del retiro del servicio.

Para lo anterior, habrá que analizarse las normas aplicables a la pensión de invalidez de la accionante y la jurisprudencia relacionada con la materia.

5.3.- En cuanto al Régimen aplicable a la demandante – Pensión de invalidez docente.

La Ley 812 de 2003¹ en su artículo 81 reguló el régimen prestacional establecido para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales; y distinguió el personal vinculado con anterioridad y posterioridad a su entrada en vigencia, esto es, 27 de junio de 2003, para efectos de determinar el régimen prestacional aplicable a cada grupo.

En relación con los primeros, esto es, los docentes que venían vinculados antes del 27 de junio de 2003 señaló la norma que le serían aplicables las normas vigentes con anterioridad a esa fecha y, en lo que respecta al segundo grupo, es decir, los que se vinculan al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”

Ley 812 de 2003, se dispuso que se regirían por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en la Leyes 100 de 1993² y 797 de 2003³.

Resulta de suma trascendencia precisar, que cuando el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se refiere al régimen prestacional anterior, es necesario verificar el contenido de los artículos 115 de la Ley 115 de 1994⁴ y 6º de la Ley 60 de 1993⁵, normas vigentes en materia del servicio docente.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 que, en lo que corresponde al caso, señaló:

“(...) Art. 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley (...)”.

Así mismo, la Ley 60 de 1993 estableció en su artículo 6º que:

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

Ahora bien, debe indicarse que de acuerdo a las disposiciones dadas en la Ley 91 de 1989⁶, la cual como lo sostiene la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ establecen como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados, el previsto para los empleados públicos del orden nacional, tal cual

² “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

³ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

⁴ “Por la cual se expide la Ley General de Educación”

⁵ “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

⁶ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008.

como se indica en el Decreto Ley 3135 de 1968⁸ y los Decretos 1848 de 1969⁹ y 1045 de 1978¹⁰.

“(...) Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 dispone:

“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. (...)

2. Pensiones:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º 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.”.

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.

Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional (...).”.

De acuerdo con lo anterior, y tratándose de la 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, cuando uno de los apartes de la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, es decir para

⁸ 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.

⁹ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

¹⁰ 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.

los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, se refiere a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968, su reglamentario 1848 de 1969 y en el Decreto Ley 1045 de 1978, ya citados en este capítulo.

5.4. Regulación de la pensión de invalidez en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

La pensión de invalidez es una prestación que tiene como finalidad la protección del trabajador que se encuentra disminuido por una contingencia física o mental que le impide el correcto desempeño en sus labores, y por lo tanto se da aplicación a la norma que le rige a cada persona.

Al respecto, al revisarse el contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 se observa que en su artículo 23 se estableció el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%. Para el efecto dispuso que:

“(...) PENSIÓN DE INVALIDEZ. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista.

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

Parágrafo. La pensión de invalidez excluye la indemnización (...).”

Así mismo, el Decreto 1848 de 1969, en sus artículos 60, 61 y 63 dispuso lo relacionado con la pensión por invalidez, así:

“(...) Art. 60. DERECHO A LA PENSIÓN. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo.

Art. 61. DEFINICIÓN.

1.- Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido al empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y

grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al 75% su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesión a que se ha dedicado ordinariamente.

2.- En Consecuencia no se considera inválido al empleado que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al 75%.”

(...)

“Art. 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

- a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.*
- b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar del noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.*
- c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable” (...).*

Puede concluirse, que el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el Decreto 1848 de 1969, está determinada por la ocurrencia de la pérdida de la capacidad laboral en el índice descrito expresamente, que a su paso define el monto de la prestación, sin importar el tiempo de vinculación del funcionario público.

Con relación al grupo de docentes que fueron vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, al 27 de junio de 2003, señaló la norma que se regirán por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en la Leyes 100 de 1993¹¹ y 797 de 2003¹².

De lo anterior se colige, que los Decretos previamente citados, prevén una pensión de invalidez de origen común, causada por la afiliación, y sin atender el número de semanas cotizadas, cuyo monto se define a partir del grado de pérdida de la

¹¹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

¹² Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

capacidad laboral del empleado.

5.4. Caso concreto.

En el asunto bajo estudio la accionante pretende que se le reliquide la pensión de invalidez que le fue reconocida teniendo en cuenta para tal efecto la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio.

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, manifestando que, si bien la accionante se vinculó como docente a Fomag desde antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003, y el régimen pensional aplicable a su situación pensional, corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables como son el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su prestación de invalidez incluyendo en la base de liquidación, el 100% de todos los factores salariales devengados el último año de servicio, como son: el salario básico, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicio, en razón de que sobre la última no se realizaron aportes y no se encuentran contemplados en el Decreto 1045 de 1978.

Obra prueba a folio 19 que certifica el tiempo de servicios de la demandante, la cual inició labores antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, hasta el 31 de diciembre de 2017, ahora bien, el Decreto Ley 31315 de 1968, en su artículo 27 estipula lo siguiente:

"ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio."

Se observa que dentro de los requisitos para acceder al beneficio de pensión de jubilación se encuentra entre otros, haber prestado un tiempo de servicio de 20 años mínimo, sin embargo, el Decreto Ley 3135 de 1968 en lo referente a la pensión de invalidez, en su artículo 23 dispuso:

ARTÍCULO 23. Pensión de invalidez. La invalidez que determine una pérdida

de la capacidad laboral no inferior a un 75 por ciento, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista, así:

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

c) El ciento por ciento (100%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.

De igual manera el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 60 dispuso lo relacionado con la pensión de invalidez de la siguiente forma:

"(...) Art. 60. DERECHO A LA PENSIÓN. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo."

De lo anterior se observa que, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 establecían que no era necesario atender requisitos de edad o tiempo de servicio al momento de conceder una pensión de invalidez.

Igualmente, al revisarse el contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 se observa que en su artículo 23 se estableció el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%. Para el efecto dispuso que:

"(...) PENSIÓN DE INVALIDEZ. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista. a) El 50% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea el 75%; b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance el 95%; c) El 100% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%. Parágrafo. La pensión de invalidez excluye la indemnización (...)"

Se encuentra probado en el proceso, que la señora Sara Matilde Zapata Carrillo laboró como docente en la Institución Educativa Manuel J Del Castiilo del municipio de Ciénaga (Magdalena), fue calificada con un 96% de pérdida de capacidad laboral mediante el dictamen médico expedido por la Clínica General del Norte de Santa Marta D.T.C.H., el 18 de febrero de 2014, y mediante radicado No.2014-PENS-012360 de fecha 27 de junio de 2014, solicitó reconocimiento de pensión de invalidez.

Mediante Resolución No. 243 del 17 de octubre de 2014, la Secretaría de Educación del municipio de Ciénaga-Magdalena, reconoció pensión de invalidez, teniendo en cuenta para tal efecto el salario básico, prima de vacaciones y la prima de navidad arrojando un valor de \$3'050.397.00, quedando efectiva la pensión de invalidez reconocida a partir del 23 de septiembre de 2014.

Estima la Sala que de conformidad con las reglas aplicables a la actora¹³, se le debe liquidar la pensión de invalidez con el 100% del salario devengado al momento del retiro del servicio, tal como lo señala el artículo 69 del Decreto 3135 de 1968 que reza:

“Art. 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

- d. **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.**
- e. 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.
- f. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable” (...).”

De las pruebas allegadas al plenario se evidencia que el último salario percibido en el servicio docente fue el 22 de septiembre de 2014, y así lo corrobora la Resolución No. 243 del 17 de octubre de 2014 que señaló la fecha a partir de la cual se hizo efectivo el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Ahora bien, debe la Sala determinar si se deben incluir todos los factores salariales recibidos tal como lo señaló la accionante.

5.2.- En cuanto al monto de la pensión.

El artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 sostuvo:

¹³ Comoquiera que la vinculación del accionante fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se aplican las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 y su reglamentario Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 1045 de 1978.

“Art. 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

- g. 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.*

En el sublite está probado que la pérdida de capacidad laboral de la demandante asciende a 96% por lo tanto, se deberá reconocer la prestación pensional en la cuantía del 100% del último salario que devengaba al momento del retiro, esto es, para el año 2014.

Debe entenderse como salario, aquellas remuneraciones percibidas por el actor al momento del retiro, y que se encuentran enlistados en el Decreto 1045 de 1978 aplicable a la pensión de invalidez de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En ese sentido, el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45 consagra:

“Artículo 45º.- 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;

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. Modificado posteriormente.”

Ahora, si bien dentro del expediente administrativo de la Señora Sara Matilde Zapata Carrillo, se observa en el certificado de salarios, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el periodo 01-01-2014 al 19-03-2014 (f.85) está devengaba además de la asignación básica, la doceava prima de vacaciones, prima de navidad **y la bonificación mensual de que trata el Decreto 1566 de 2014.**

Al respecto la Subsección B del H. Consejo de Estado en providencia del 13 de noviembre de 2014¹⁴, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Manifestó lo siguiente:

“La Ley 4 de 1966, en su artículo 44, estableció que, a partir de su vigencia, las pensiones de jubilación e invalidez, reconocidas a favor de los trabajadores de las entidades de derecho público debían liquidarse teniendo en cuenta el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios. Así mismo, el Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4 de 1966, en su artículo 55 precisó que el promedio al que se refería el artículo 4 de la citada Ley 4 de 1966 era el promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios, previo a la adquisición del estatus pensional. Lo anterior, estima la Sala, sin que deba perderse de vista que la Ley 65 de 1946 ya había señalado que por salario debía entenderse no sólo la asignación básica y, en cuanto al monto de la referida prestación, estima la Sala, en primer lugar, que el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 63 dispuso que el monto de la pensión de invalidez se liquidaría teniendo en cuenta el último salario devengado por el empleado beneficiario de la citada prestación y, en segundo lugar, que la Ley 4 de 1996 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 precisaron, respectivamente, que el monto de la pensión por invalidez debía ser igual al 75% del promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios. **Finalmente, debe decirse que la Ley 65 de 1946 dispuso que,**

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”. C. P. Gerardo Arenas Monsalve Sentencia de 13 de noviembre de 2014. Rad. 2017-170.

en todo caso, por salario debía entenderse “no sólo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas habitual y periódicamente percibidas por el empleado como retribución a sus servicios” lo que resulta concordante con la tesis mayoritaria expresada por esta Subsección en sentencia de 18 de junio de 2009. Rad. 0179-2008. MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, según la cual la enunciación de los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 no puede ser entendida en ningún caso como taxativa.

Bajo estos supuestos, estima la Sala que la liquidación de la prestación pensional por invalidez reconocida a un docente oficial debe tener en cuenta, en su ingreso base de liquidación, la totalidad de los factores salariales devengados por éste durante el último año en que prestó efectivamente sus servicios. **Lo anterior, en consideración a lo dispuesto en la Ley 65 de 1946, Decreto 1848 de 1969, la Ley 4 de 1966, el Decreto 1743 de 1966 y el criterio jurisprudencial expuesto en precedencia.**

En ese orden de ideas, la omisión en que incurrió la entidad demandada desconoce, sin justificación alguna, el régimen prestacional aplicable al actor y, en consecuencia, vulnera el derecho que a éste le asistía de disfrutar de una prestación pensional cuyo ingreso base de liquidación tuviera en cuenta la totalidad de los factores efectivamente devengados en el año anterior a su retiro del servicio por invalidez. En este último punto, estima la Sala conveniente recordar que la liquidación de la pensión debe estar, en todo caso, de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes. Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional”.

Conforme al extracto jurisprudencial en cita, se advierte que la pensión de invalidez, se encuentra regulada por la Ley 65 de 1946, Decreto 1848 de 1969, la Ley 4 de 1966, el Decreto 1743 de 1966, señalándose en la primera normativa que la misma debe liquidarse con el sueldo devengado en el último año de servicios.

Bajo esas consideraciones, habría lugar a incluir además de la asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, la prestación denominada bonificación mensual que fue devengada por la actora en el año 2014, en el monto de la mesada pensional por invalidez, advirtiendo que deberá ser incluida por tratarse de una prestación pagadera anualmente.

Así mismo, se observa que la demandante devengó al momento del retiro del servicio la denominada bonificación mensual consagrada en el Decreto 1566 de 2014, emolumento que si bien no está enlistado en el Decreto 1045 de 1978 constituye factor salarial para liquidar pensión a partir del mes de septiembre de 2014 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1566/14. En consecuencia, comoquiera que la actora devengó dicho emolumento y que además es factor salarial para efectos pensionales, la Sala ordenará su inclusión en la mesada pensional.

5.3.- Ajustes de la condena

Los valores causados desde que la actora adquirió su status pensional, serán ajustados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el H. Consejo de Estado que se expresa en los siguientes términos:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la presente providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

5.4. Prescripción.

Teniendo en cuenta que en esta oportunidad prosperan las pretensiones de la demanda, se hace necesario estudiar de oficio el fenómeno jurídico de la

prescripción de las mesadas pensionales, a la luz del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Como quiera que la pensión de invalidez de la actor fue reconocida mediante Resolución No. 243 del 17 de octubre de 2014 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Magdalena, notificada 30 de octubre de 2014 y que fue con la presentación de la demanda que se interrumpió el fenómeno de la prescripción, la cual se radicó el 25 de octubre de 2017, por lo tanto, es claro que no transcurrieron los tres años a que alude aquella normativa, por ende, no hay lugar a declarar prescripción alguna sobre las mesadas causadas.

5.5. En cuanto a las costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. procede la Sala a disponer sobre la condena en costas, teniendo en cuenta las reglas previstas en el Código General del Proceso sobre la materia y el criterio objetivo - valorativo que según jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹⁵ rige sobre esta temática.

El numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. señala que *"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Así mismo el numeral 8º precisa "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

Las costas están conformadas por dos rubros distintos: las expensas, que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, y las agencias en derecho, esto es, la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Así las cosas, del análisis que se hizo en el caso en estudio, considera la Sala que no se causaron o probaron los rubros que conforman las costas como las expensas y las agencias en derecho. En consecuencia, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de 2016. Rad. No. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-14). Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Magdalena, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Santa Marta D.T.C.H, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, y en su lugar,

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 243 del 17 de octubre de 2014, proferida por la Secretaría de Educación del municipio de Ciénaga-Magdalena, por medio de la cual ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a la actora.

TERCERO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ordénese a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG a reliquidar la pensión de invalidez de la señora **Sara Matilde Zapata Carrillo**, identificada con la C.C.39.026.584 incluyendo además de los factores tenidos en cuenta en la **Resolución No. 243 del 17 de octubre de 2014**, el factor salarial de bonificación mensual (1 junio/14-31 diciembre/15) .

Los valores causados desde que la actora adquirió su status pensional, serán ajustados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia. Lo anterior, siguiendo la fórmula utilizada por el H. Consejo de Estado que se expresa en los siguientes términos:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de reliquidación pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la presente providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. En razón de tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes

por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Magistrada


MARTHA LUCÍA MOGOLLÓN SAKER
Magistrada


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada