

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SALA PLENA

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: DILIA NERIE N VELÁSQUEZ PARRADO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO- FOMAG
EXPEDIENTE: 50001-33-33-002-2018-00345-01
SENTENCIA: TAM004 21-09-158
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN INVALIDEZ CON LA
INCLUSIÓN DE TODOS LOS FACTORES SALARIALES

MAGISTRADA PONENTE: NELCY VARGAS TOVAR

Resuelve la Sala Plena el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, que negó las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, en ejercicio de la facultad conferida a esta Jurisdicción por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998¹, en concordancia con la Ley 270 de 1996², y en atención a la naturaleza social del asunto objeto de litigio.

¹Artículo 18. Orden para proferir sentencias. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...)"

²Artículo 63A. *Del orden y prelación de turnos.*

"(...) Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas o las Secciones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; las Salas de los Tribunales Superiores y de los Tribunales Contencioso-Administrativos de Distrito podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia; para el efecto, mediante acuerdo, fijarán periódicamente los temas bajo los cuales se agruparán los procesos y señalarán, mediante aviso, las fechas de las sesiones de la Sala en las que se asumirá el respectivo estudio."

I. ANTECEDENTES

1. Demanda (f. 4-12 C1)

La señora DILIA NERIEN VELÁSQUEZ PARRADO, por intermedio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso demanda en contra de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las pretensiones y hechos que se señalan a continuación:

1.1. Pretensiones

Se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 5564 del 11 de noviembre de 2016, emanada por la Secretaría de Educación del Departamento del Meta, por medio de la cual se reconoció la pensión de invalidez y se calculó la mesada sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionada.

Se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, reconocer y pagar una pensión ordinaria de invalidez, a partir del 07 de septiembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada, dado que constituyen la base de liquidación pensional.

Del valor reconocido se le descuenta lo cancelado en virtud de la Resolución No. 5564 del 11 de noviembre de 2016, por la cual se reconoció la pensión de invalidez.

Sobre el monto inicial de la pensión reconocida y/o reliquidada la accionada aplique los reajustes de ley para cada año.

Se ordene a la demandada reconocer y pagar todas las sumas correspondientes a mesadas atrasadas, inherentes a su cargo, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado y hacia futuro.

Así mismo, se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

Finalmente, solicitó se dé cumplimiento a la sentencia y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2. Hechos

Indicó que 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 pensión de invalidez por la entidad accionada.

Precisó que, en la base de liquidación de su reconocimiento, no se incluyeron todos los factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada.

1.3. Las normas violadas

Legales: Decreto Nacional 1045 de 1978, Ley 33 de 1985 Artículo 1º, Ley 62 de 1985 y Ley 91 de 1989 Artículo 15.

Luego de realizar un recuento normativo de la pensión de invalidez de los docentes oficiales y citar jurisprudencia al respecto, concluyó que se debe decretar la nulidad parcial del acto administrativo demandado, teniendo en cuenta que la entidad demandada omitió en el reconocimiento de la pensión de invalidez, su deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios al momento de adquirir el status de pensionada para efectos de calcular el valor de la mesada pensional, violando las disposiciones legales referidas y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales trazados al respecto por la máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

2. Contestación de la demanda (f. 86 C1)

Mediante auto del 30 de mayo de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG.

3. La sentencia apelada (f. 90-96 C1)

En audiencia inicial del 12 de junio de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio profirió sentencia negando las pretensiones de la demanda y absteniéndose de condenar en costas.

El *a quo* sustentó su tesis indicado que por remisión expresa de la Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985 es el precepto a obedecer para determinar el reconocimiento y liquidación de la pensión de la demandante, tomando como factores salariales los preceptuados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, norma que estableció como factores salariales, los siguientes *asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio*, señaló 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.

Precisa que conforme a la postura del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 que recogió la tesis expuesta en Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, las pensiones de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, se deben liquidar con el mismo régimen de jubilación previsto para los servidores públicos del orden nacional de la Ley 33 de 1985 y los factores que se deben incluir son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado aportes de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y por tanto, no se puede incluir ningún factor distinto a los enlistados en el mencionado artículo.

5. La apelación (f. 124-133 C1)

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de alzada argumentando que la decisión adoptada por el *a quo*, basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, desconoció que el proceso se había radicado bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010 del Consejo de Estado y que por ende se contaba con la confianza legítima en la administración de justicia, sin embargo resaltó que en el presente caso se genera una inseguridad jurídica, por cuanto en cualquier momento las decisiones del Consejo de Estado pueden ser reformadas por otra sentencia y así sucesivamente.

Consideró que causa extrañeza la decisión del Consejo de Estado, al emitir una sentencia de unificación que afecta los derechos de las personas que se encontraban a la espera que la administración de justicia decidiera, pues sin justificación objetiva la Sección Segunda del Consejo de Estado, unificó jurisprudencia cuando existe una sentencia emitida en el año 2010 decidiendo el mismo tema.

Resaltó que no existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza que su pensión fuera reliquidada conforme a lo establecido en la sentencia del 04 de agosto de 2010, pero que en razón a la congestión judicial, con un cambio en la sentencia de unificación del año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la Seguridad Jurídica.

Expresó que no solo se ha transgredido la confianza legítima, se han hecho extensivas subreglas de una postura jurisprudencial, que el mismo unificador ha indicado no guarda relación ni identidad jurídica con el régimen prestacional del Magisterio, pretendiéndose un régimen híbrido y atípico que no distingue entre el especial y exceptuado del general.

Mencionó que los operadores judiciales no deben pasar por alto la omisión de la administración de efectuar los correspondientes descuentos para aportes al sistema, dado que se pueden descontar por la entidad cuando se haga el debido reconocimiento prestacional, de esta manera se daría prioridad al principio de primacía de la realidad sobre las formas y a su vez, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

Indicó que no es posible que los docentes al servicio de la educación pública y que a través del tiempo lograron reconocimientos laborales, consolidados en nuevos factores salariales, posteriores a la expedición de las Leyes 33 y 62 de 1985, no se tengan en cuenta al momento de liquidar su pensión, de esta manera se configura una vulneración de los derechos adquiridos por una labor desempeñada por más de 20 años.

Precisó que la Sentencia de Unificación del 04 de agosto de 2010, se ajustaba más a los principios que rigen las relaciones laborales y a su vez, ilustra cómo reparar el detrimento fiscal que causó en su momento el descuido del encargado de liquidar los pagos en la entidad territorial.

Indicó la recurrente, que la confianza legítima y buena fe, son principios que deben ser considerados por las autoridades y los particulares, quienes deben ser coherentes en sus actuaciones y respetar compromisos adquiridos en sus acuerdos y convenios; deben garantizar estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas, de tal suerte que así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.

Adujo que uno de los argumentos del *a quo* para denegar las pretensiones de la demanda se fundamentó en la ausencia de prueba documental CERTIFICADO SALARIAL, el cual en reiteradas ocasiones el juzgado adelantó las diligencias tendientes a la consecución, sin obtener resultado positivo, aclarando que la parte actora realizó las diligencias necesarias para obtener dicha prueba, sin que a la fecha la entidad haya dado respuesta de fondo con los certificados salariales correctos de la fecha de status pensional, razón por la cual, el operador judicial no debe vulnerar los derechos de la demandante por el incumplimiento de las entidades nominadoras.

En ese orden de ideas, expuso que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho procesal, que merece especial protección del Estado conforme al artículo 228 de la Constitución Política de Colombia.

6. Trámite de segunda instancia

Mediante providencia del 06 de agosto de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se prescindió de la audiencia que señala el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, en su lugar, se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls. 4 C2).

6.1. Alegatos de Conclusión

6.1.1 Parte demandante (f. 9-11 C2): Reiteró los argumentos expuestos en el escrito del recurso de apelación y resaltó que la sentencia del año 2019 no dejó taxativamente sin efectos la sentencia de unificación del año 2010.

6.1.2 La parte demandada (f. 12-15 C2): Indicó que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad, pues el reconocimiento de la prestación como la negación de factores salariales se realizó por parte de la

Secretaría de Educación y no contiene la manifestación de la voluntad de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No obstante lo anterior, resaltó el fallo emitido por el Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, por medio del cual se unifica el tema frente al ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual corresponde únicamente a los señalados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985.

Solicitó que no se accedan a las pretensiones de la demanda y se exonere de la condena en costas a la entidad, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P.

6.1.3 El Ministerio Público, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Tribunal es competente para conocer este asunto en segunda instancia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, teniendo en cuenta que se trata de una sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio y corresponde a la Corporación su conocimiento como superior funcional.

2. Problema Jurídico

El problema jurídico se contrae en determinar si le asiste derecho a la señora DILIA NERIEN VELÁSQUEZ PARRADO a la reliquidación de la PENSIÓN DE INVALIDEZ con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio previo a la adquisición del status jurídico de pensionada.

Para lo anterior, la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Meta determinará cuál es la normatividad aplicable a los docentes para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez y los factores salariales que se deben de tener en cuenta para dicho reconocimiento y/o reliquidación.

3. Estructura de la decisión y análisis del caso

Para resolver el problema jurídico el Tribunal realizará el análisis jurídico del asunto, para luego abordar el caso concreto, incluyéndose allí el análisis crítico de las pruebas en que se fundamenta la decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

3.1 Análisis jurídico y jurisprudencial

3.1.1 Del régimen pensional aplicable a los docentes

El artículo 115 de la Ley 115 de 1994 (Ley General de la Educación), dispone que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, la cual en su artículo 15 prescribe lo siguiente:

“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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1º. 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, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley (...)”

De conformidad con el precepto anterior, los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en la entidad territorial donde desarrollan su labor.

El régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 (en fecha 29 de diciembre de 1989), es el contenido en la Ley 33 de 1985, norma que consagra de manera general el derecho pensional de los empleados del sector oficial, la cual en su artículo primero prescribe que tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación, el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años. Se resalta que el artículo en cita, en lo que atañe al monto de la pensión

reconocida, prevé que el mismo sería **equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio**, el cual para los docentes será el anterior a la adquisición del estatus de pensionado, esto es, al cumplir 20 años de servicio y 55 de edad si fueron vinculados al servicio antes del 27 de junio de 2003³.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, se exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo previsto en el artículo 279, por lo que se conservaron las remisiones normativas consagradas en la Ley 91 de 1989, relativas al reconocimiento y pago de la pensión jubilación del personal docente.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 812 del 2003, se definió el régimen pensional aplicable al personal docente, conforme al artículo 81 disponiendo lo siguiente:

- i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), el régimen pensional es el establecido por las normas que los regían para esa fecha, es decir la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes;
- ii) El régimen pensional de los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812, es el régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los mismos requisitos en él exigidos, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para mujeres y hombres.

En este orden de ideas, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, fue reglamentado, entre otros, por el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, el cual estableció que para efectos del reconocimiento de las pensiones que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, el ingreso base de liquidación debe ser equivalente al ingreso base de cotización. No obstante, la Ley 1151 de 2007 derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003. Por lo tanto, al determinar los factores salariales para la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes

³ Fecha en que fue promulgada la Ley 812 que modificó el régimen pensional de los docentes, en los términos siguientes: *"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley"*.

oficiales del orden nacional, nacionalizado y territorial, vinculados antes de la Ley 812 de 2003, debe acudirse a la Ley 91 de 1989 y sus remisiones normativas.

En consecuencia, a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados antes del 27 de junio de 2003 (fecha en que entró en vigencia la Ley 812), les será aplicable a efectos del reconocimiento de su derecho pensional la Ley 91 de 1989. Ahora, como quiera que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 fue derogado por la Ley 1151 del 2007⁴, para determinar los factores salariales para la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales del orden nacional, nacionalizado y territorial vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, debe acudirse al artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, norma aplicable en materia pensional a los docentes oficiales, en la que se dispone que la pensión de jubilación debe liquidarse tomando como base el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, que para el caso de los docentes será el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

Y en el caso de los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable es el de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los mismos requisitos en él exigidos, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para mujeres y hombres.

3.1.2 Del régimen aplicable para la pensión de invalidez de los docentes

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 persona⁵.

El Consejo de Estado ha determinado en reiteradas oportunidades, que el régimen pensional de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, es el mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, y por ello, las

⁴ En virtud del artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, que entró en vigencia el 25 de julio de 2007 por publicación en el Diario Oficial No. 46.700.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Providencia del 11 de Mayo de 2017, Radicación Número: 20001-23-33-000-2013-00222-01(1668-15), Actor: Margoth Cecilia Hernández Morales, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Valledupar, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

disposiciones que regulan las prestaciones de invalidez y de jubilación se encuentran en la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969⁶.

Al respecto, la Alta Corporación ha manifestado⁷:

“Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación⁸ establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así se señaló, en la sentencia en cita proferida, por esta misma Sección:

(...) 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:
(...)

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 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.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Providencia del 29 de agosto de 2019, Radicación Número: 25001-23-42-000-2015-00039-01(3806-17), Actor: María Victoria Hernández Contreras, Demandado: Ministerio De Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13).

⁸ Ver Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

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%.”

En ese orden de ideas, el Decreto 3135 de 1968, en su artículo 23 regula lo referente a la pensión de invalidez, en los siguientes términos:

*“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%.*

***PARÁGRAFO .** La pensión de invalidez excluye la indemnización.”*

El Decreto 1848 de 1969, en el capítulo XIII, artículos 60, 61, 62, 63 reguló la pensión de invalidez de la siguiente forma:

*“ARTÍCULO 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.*

ARTÍCULO 61.- **Definición.**

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

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

ARTÍCULO 62.- **Calificación de la incapacidad laboral.**

1. La calificación del grado de invalidez se efectuará por el servicio médico de la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial que pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.
2. En defecto de dicha afiliación esa calificación se hará por el servicio médico de la entidad o empresa empleadora.
3. Las entidades y empresas oficiales que no tengan servicio médico, deberán contratar dicho servicio con la Caja Nacional de Previsión Social, para la calificación a que se refiere este artículo.

ARTÍCULO 63.- *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.”

En cuanto al monto de la referida prestación, el Consejo de Estado ha precisado 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, ha referido que la Ley 4 de 1996 (sic) y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 señalaron, 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 servicios⁹.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia del 13 de Noviembre de 2014, Radicación Número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13), Actor: Leonel Hernández Hernández, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

3.1.3 Del precedente jurisprudencial de la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año previo a la adquisición del status de pensionado o del retiro definitivo del servicio

El Consejo de Estado, en la Sentencia de Unificación de 4 de agosto del 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, precisó que los factores salariales previstos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, son simplemente enunciativos y no impedían la inclusión de los demás conceptos devengados por el trabajador en el último año de prestación de servicios, incluyendo también las primas de navidad y de vacaciones, por constituir un factor devengado por el trabajador de manera habitual y periódica.

Postura que fue reiterada por el Alto Tribunal, a través de Sentencia de Tutela del 19 de abril de 2018, en la que indicó los argumentos por los cuales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, no les aplicaba la sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional, por cuanto a los educadores no los cobija el régimen de transición previsto en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, con la expedición de la sentencia del 28 de agosto de 2018¹⁰, en la cual la Sala Plena del Consejo de Estado unificó los criterios de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el fin de decantar definitivamente cuál es el tiempo que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión y los factores salariales que deben ser incluidos para calcular el ingreso base de liquidación, se creó una incertidumbre en el sentido de la aplicabilidad de la segunda subregla que se estableció relativa a que *los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.*

Lo anterior, pues si bien es cierto los docentes no se encuentran cobijados por el régimen de transición, la Sala Plena interpretó que bajo el régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, solo era posible liquidar la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales sobre los que se hayan efectuado cotizaciones al Sistema de Pensiones, tesis que va en contraposición a la ya asumida por la Sección Segunda en la Sentencia de Unificación del 04 de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 28 de agosto de 2018, Radicación Número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(Ij), Actor: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. en Liquidación, C.P. César Palomino Cortés.

agosto de 2010, que había sido utilizada para ordenar la reliquidación de las pensiones de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985.

Por lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, decidió sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al considerar que en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985.

Razón por la cual, concluyó que en estos casos se debe aplicar la regla según la cual, en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo¹¹.

Respecto al cambio de criterio sobre la inclusión de todos los factores salariales, la Sección Segunda del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985, que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003¹².

Lo anterior, al considerar que los docentes no están exceptuados de lo señalado en el Acto Legislativo 01 de 2005, que prevé que para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubieren efectuado las cotizaciones, por lo que, en el ingreso base de liquidación

¹¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2- 19 Actor: ABADÍA REYNEL TOLOZA Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG -, C.P. César Palomino Cortés.

¹² Ídem.

de esta pensión solo se incluirán aquellos sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

En ese orden de ideas, la Sección Segunda del Consejo de Estado, concluyó frente a la liquidación de la pensión de los docentes vinculados al Servicio Público Educativo Oficial, lo siguiente:

“(…)

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

(…)

iv. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

(…)

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley

62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

(...)”¹³ (Negrita fuera del texto original).

En este punto, se aclara que si bien es cierto, las anteriores tesis jurisprudenciales se desarrollaron en torno al ingreso base de liquidación de la pensión de vejez o jubilación, estableciendo que para el caso de los docentes vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, a juicio de la Sala Plena, las subreglas establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, resultan extensivas a la pensión de invalidez de los docentes, pues si bien es cierto, derivan de contingencias disímiles, dada su forma de adquirir el derecho y de calcular el monto de la asignación mensual, los aportes que realiza durante la vida laboral el pensionado, son los mismos.

Afirmar lo contrario, causaría una desigualdad injustificada entre uno y otro evento, pues tan solo se le aplicarían las restricciones jurisprudenciales a quienes devengan la pensión de jubilación, en razón a que fue concretamente el caso que estudió el Alto Tribunal, soslayando que, con la nueva postura jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, que tiene en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado aportes, se propende por el respeto de la debida correspondencia que debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y se asegure la viabilidad financiera del sistema.

Finalmente, frente al ámbito de aplicación, resulta oportuno precisar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, también estableció a quiénes le era aplicable esta nueva postura, señalando:

“(...)”

¹³ Ídem.

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

(...)”¹⁴

Bajo las anteriores consideraciones jurídicas y jurisprudenciales, pasa la Sala a estudiar el fondo del asunto, de acuerdo con los supuestos fácticos y probatorios que reposan en el expediente, no sin antes sintetizar los criterios que son materia de unificación por parte de esta Corporación.

3.1.4 Criterio de Unificación del Tribunal Administrativo del Meta

Conforme a la normatividad en cita y los fundamentos jurisprudenciales que ha desarrollado el Consejo de Estado con relación al régimen aplicable a la pensión de invalidez y el ingreso base de liquidación, la SALA PLENA del Tribunal Administrativo del Meta unifica su criterio en los siguientes términos:

-Los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), se les aplica el régimen general de los servidores públicos, que para el caso de la pensión de jubilación son las Leyes 33 y 62 de 1985 y en el caso de la pensión de invalidez, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

-Respecto a los factores salariales para liquidar la pensión de invalidez se tendrán en cuenta los señalados en el Decreto 1045 de 1978, siempre y cuando el docente haya realizado los correspondientes aportes a pensión, en aplicación a las reglas de unificación jurisprudencial dictadas en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, las cuales a juicio de esta Corporación, resultan ajustadas a los docentes beneficiarios de la pensión de invalidez vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

¹⁴ Ídem.

-En cuanto al monto de la pensión de invalidez, se liquidará con el 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el último año de servicio, cuando la invalidez exceda el 75% sin pasar del 95%, en caso de ser superior a este último porcentaje, la cuantía será igual al último salario devengado en el último año de servicios. Lo anterior, sin perjuicio de la discusión que puede suscitarse respecto a la aplicación de lo dispuesto en el régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 en cuanto al porcentaje necesario de pérdida de capacidad laboral para acceder a la pensión de invalidez, aspecto que no se analizará en esta ocasión, en tanto que, ello no es objeto de discusión en el presente asunto.

El anterior régimen normativo aplicable a la pensión de invalidez tiene fundamento en lo siguiente:

Los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado, no cuentan con una regulación especial para el reconocimiento pensional, ante lo cual, por remisión de la Ley 91 de 1989, se acude a las normas generales de los empleados públicos nacionales, en virtud de la exclusión que hizo la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el régimen pensional aplicable a la actora, específicamente lo relacionado con la pensión de invalidez, es el señalado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y no las Leyes 33 y 62 de 1985, que regulan únicamente la pensión de jubilación, sin que pueda interpretarse que estas últimas hayan modificado o derogado el régimen de pensión de invalidez para los servidores públicos.

Aunado a lo anterior, no puede obviarse que el reconocimiento de las partidas que conforman la remuneración o los derechos prestacionales de los docentes, no siempre son devengadas en virtud de la regulación prevista para los demás empleados públicos del orden nacional, a tal punto que para el caso de la prima de servicios, los empleados públicos del orden nacional obtenían dicho beneficio en virtud del Decreto 1042 de 1978 y los docentes lo percibieron hasta el año 2014, con la expedición del Decreto 1545 de 2013.

De manera que, si bien el Decreto 1045 de 1978, permite un reconocimiento más amplio respecto a los factores salariales a incluir en la liquidación de la pensión de invalidez de los docentes, debe recordarse que dichos empleados oficiales vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, inicialmente estaban cobijados por lo regulado en las Leyes 33 y 62 de 1985, de suerte que tan solo tuvieron la

posibilidad de cotizar sobre los factores salariales previstos en la Ley 62/85 y sobre aquellos creados especialmente por la calidad que ostentan, a los cuales se les haya dado tal connotación, **por lo que solo podrán incluirse los factores sobre los que se hayan realizado los aportes.**

Ahora bien, hacer extensiva la tesis sentada en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del 25 de abril de 2019, relativa al IBL de las pensiones de jubilación a las pensiones de invalidez de los docentes, no hace otra cosa que adoptar el criterio que ha venido trazando el Consejo de Estado y que había sido reiterado de antaño por la Corte Constitucional, **de incluir en el IBL de las pensiones, solo aquellos factores salariales sobre los que se hayan realizado aportes;** ello, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, en la medida que con esta se garantiza la cobertura universal y el pago hacia futuro de las pensiones a cargo del sistema.

En ese orden, si bien es cierto, los asuntos sobre los cuales han versado las distintas sentencias de unificación de IBL en pensiones, difieren con el caso que aquí se estudia, esto es, la pensión de invalidez de los docentes, en virtud de los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, así como el deber de colaboración que le asiste a todo el conglomerado social en aras de no afectar las finanzas del sistema, resulta procedente la aplicación de la tesis jurisprudencial sentada de manera reciente en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

El Consejo de Estado en sede de tutela, ha analizado la procedencia de la aplicación de Ley 33 de 1985 para definir la reliquidación de los docentes pensionados por invalidez. En aquella oportunidad, el Alto Tribunal en un caso en el que se alegaba que el Tribunal accionado había incurrido en un defecto sustantivo, pues de un lado, se había omitido el estudio y aplicación de las normas que regulan la pensión de invalidez para los docentes y del otro, se había tenido en cuenta la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, determinó que cuando se trata de pensiones de invalidez docente no es posible acudir a la Ley 33 de 1985, toda vez que, esa norma se refiere a las pensiones ordinarias de jubilación¹⁵, veamos:

“Sin embargo, la Sala advierte que justamente el Tribunal omitió analizar las pretensiones de la demanda frente a las normas que regulan la pensión de invalidez de los docentes, pues, como lo adujo la demandante, debía tener en cuenta los decretos 3135 de 1968 y 1848

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Providencia del 21 de agosto de 2020, Radicación Número: 11001-03-15-000-2020-02540-00(Ac), Actor: Gladys Espinosa González, Demandado: Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

de 1969, esto es, las normas que regulan las pensiones producto de una calificación de pérdida de capacidad laboral. De ahí que, cuando se trata de pensiones de invalidez no es posible acudir a la Ley 33 de 1985, toda vez que, esa norma se refiere a las pensiones ordinarias de jubilación.

Siendo ello así, le asistió razón a la actora al afirmar que la autoridad judicial demandada se refirió indebidamente a las reglas jurisprudenciales previstas en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, dictada por el Consejo de Estado, que analizó el régimen pensional de jubilación ordinaria de los docentes.

Consecuente con lo anterior, se evidenció que el Tribunal incurrió en el defecto sustantivo al fundar su decisión en normas y jurisprudencia sobre pensión ordinaria de jubilación y no a la jubilación por vejez.” (Negrita y subrayas fuera del texto original).

Huelga aclarar, que si bien en la anterior decisión se consideró que se aplicaron indebidamente las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la anterior intelección obedeció a que el Tribunal accionado, analizó la pensión de invalidez bajo los presupuestos de la pensión de jubilación, soslayando la normatividad especial que regula la materia, de modo que, no justificó las razones por las cuales, era procedente ajustar el caso a las reglas de unificación para la pensión de jubilación docente, situación que difiere con lo aquí discurrido.

3.2 Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, se encuentra probado que mediante Resolución No. 5564 del 11 de noviembre de 2016, la Secretaría de Educación del Departamento del Meta, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG, en uso de las facultades que le confiere la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a favor de la demandante a partir del 29 de noviembre de 2016 (f. 13-15 del C1 del expediente).

En el acto de reconocimiento pensional por invalidez, se precisó que *“de acuerdo al Formato para el Dictamen Médico Laboral de la Pérdida de Capacidad Laboral o Del Estado de Invalidez para los Educadores Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del 07/09/2016 expedido por Medicol Salud UT, entidad encargada del servicio médico asistencial, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral es del 78% lo cual le da derecho a disfrutar de una Pensión*

*por Invalidez equivalente al 75% del último salario devengado a la fecha de retiro del Docente*¹⁶.

Dentro del presente asunto, la demandante pretende que se le incluyan en la liquidación de la pensión de invalidez todos los factores salariales devengados en el último año de servicio previo a la adquisición del estatus de pensionada.

En ese orden de ideas, es procedente determinar cuál es el régimen pensional aplicable a la demandante para de esta forma establecer cuáles son los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la pensión de invalidez. Al respecto, teniendo en cuenta que dentro del expediente no obraba prueba alguna que demostrara la fecha de vinculación de la demandante al servicio docente, la Sala decretó prueba de oficio en ese sentido, de la cual, se allegó certificado de historia laboral, del cual se advierte como fecha de vinculación al servicio oficial docente de la señora VELÁSQUEZ PARRADO el 7 de abril de 1995, la normatividad aplicable para efectos de la pensión de invalidez son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, por cuanto la vinculación laboral fue con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Siguiendo este hilo conductor, conforme al marco jurisprudencial y legal citado en precedencia, dentro del presente caso, la liquidación de la pensión por invalidez se debe realizar con el promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios, conforme a lo dispuesto en la Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966, interpretación que guarda relación con las reglas de unificación que se establecen en la presente providencia.

Por su parte, en cuanto a los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la pensión, por tratarse de una pensión de invalidez, los mismos corresponden a los señalados en el Decreto 1045 de 1978, el cual prevé lo siguiente:

“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 tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

¹⁶ F. 13 C1.

- 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.”

Por consiguiente, revisado el acto de reconocimiento pensional de la demandante¹⁷, se evidencia que la liquidación de la prestación se surtió con base en los factores salariales denominados como *sueldo básico, prima de vacaciones y prima de navidad*.

Ahora, verificado el expediente, surgió la necesidad de decretar prueba de oficio en aras de constatar los factores salariales devengados por la demandante en el año anterior a la adquisición del status pensional, esto es, del 7 de septiembre de 2015 al 6 de septiembre de 2016¹⁸, de lo cual, se evidencia que percibió *asignación básica, bonificación mensual docentes, prima de servicios, prima de vacaciones docentes, prima de navidad y bonificación grado 14 Doc, Activos Dcto 2565*, advirtiéndose a su vez, que conforme al certificado de aportes a pensión allegado al expediente en virtud de la prueba de oficio, se cotizó para el sistema de seguridad social en pensión sobre los conceptos de *asignación básica y bonificación mensual docentes*.

Conforme a lo anterior, se concluye que la demandante percibió los factores salariales que la entidad demanda tuvo en cuenta para el ingreso base de liquidación y adicionalmente, devengó *bonificación mensual docente, prima de servicios y bonificación grado 14 Doc. Activos Dcto 2565*, factores sobre los cuales se realizan las siguientes precisiones:

¹⁷ Fl. 13-15, C1.

¹⁸ F. 13 C1.

- La *bonificación mensual docente*, fue creada por el Decreto No. 1566 del 19 de agosto de 2014 e instituida para los años 2015 y 2016-*periodo de liquidación de la demandante*- por los Decretos 1272 de 2015 y 123 de 2016, en los cuales se precisó que constituía factor salarial para todos los efectos legales, es decir, que sobre la misma se realizan aportes a seguridad social en pensiones, lo que se corrobora con lo informado por la Secretaría de Educación del Departamento del Meta, en la que se certifica que se realizaron aportes por dicho concepto, es decir, que si bien la *bonificación mensual docente* no se encuentra enlistada en la norma aplicable al presente asunto, no se puede soslayar que este factor fue creado especialmente para el servicio oficial docente, de modo que al haberse realizado aportes sobre el mismo, deberá ordenarse la reliquidación de la pensión con la inclusión de este concepto.
- Respecto a la prima de servicios, debe señalarse que revisada la normatividad que la creó a favor de los docentes y directivos docentes, esto es, el Decreto 1545 de 2013, se evidencia que no se estableció que sobre dicho factor salarial se tuvieran que hacer descuentos por aportes a pensión, determinándose que tan solo constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales relativas a vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de Navidad (art. 5 ídem), lo que se comprueba con el certificado de aportes a pensión allegado por la Secretaria de Educación del Departamento del Meta, de tal forma que al no cotizarse sobre este factor salarial y no estar previsto para la liquidación de la pensión, no es posible ordenar su inclusión.
- En cuanto a la *bonificación grado 14 Doc. Activos Dcto 2565*, es del caso precisar que se creó a través del Decreto 2565 del 31 de diciembre de 2015, en el cual expresamente se señaló que no constituía salario, por tanto, se colige que sobre el mismo no se realizan cotizaciones a pensión, razón por la cual, pese a ser un concepto especial creado para el sector docente, no es dable incluirlo para la liquidación de la pensión de invalidez, pues recordemos que solo son pasibles de inclusión, aquellos factores que se encuentren en la norma aplicable al caso y sobre los cuales se hayan cotizado para pensión.

Adicionalmente, es pertinente señalar:

- Si bien en este caso resulta aplicable el Decreto 1045 de 1978, por tratarse de una pensión de invalidez, la accionante se encuentra cobijada por las

subreglas establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, respecto a que solo se podrán incluir aquellos factores sobre los cuales se realizaron aportes, pues de lo contrario existiría un trato desigual e injustificado en relación con los docentes que adquieren la pensión de jubilación, aunado a que esta regla concuerda con lo señalado en el Acto Legislativo 01 de 2005 que establece que *"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones..."*.

- Aun cuando el Decreto 1045 de 1978, prevé un marco más amplio de factores salariales, en este caso debe tenerse en cuenta que previo al estado de invalidez, la demandante tenía la obligación de cotizar sobre los factores salariales previstos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, por tanto, conforme a las subreglas jurisprudenciales unificadas por el Consejo de Estado, no pueden incluirse en su ingreso base de liquidación factores salariales sobre los cuales no ha realizado cotización alguna, tales como i) los auxilios de alimentación y transporte, ii) prima de navidad, iii) prima de servicios, iv) 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, v) incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978 y vi) la prima de vacaciones, que se encuentran contemplados en el Decreto 1045 de 1978.

De otra parte, respecto al argumento expuesto por la parte demandante en el recurso de apelación, relativo a la confianza legítima y seguridad jurídica que le asiste a la señora DILIA NERIEN VELÁSQUEZ PARRADO, al haber iniciado un proceso judicial bajo una tesis unificada de la Sección Segunda del Consejo de Estado que posteriormente fue modificada en el trámite del proceso, la Sala resalta que en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, se dispuso expresamente a quiénes aplicaría dicho cambio jurisprudencial, estableciendo lo siguiente:

“(…)

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, **se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo**

los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

(...)”

Lo anterior, fue acogido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, ante el cambio jurisprudencial efectuado por la Sala Plena del Consejo de Estado, razón por la cual, este Tribunal debe obligatoriamente aplicar los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del 25 de abril del 2019, al encontrarse el presente asunto pendiente de solución definitiva en vía judicial.

Por lo anterior, se revocará la providencia de primera instancia mediante la cual se negaron a las pretensiones de la demanda, para efectos de ordenar la reliquidación de la pensión de invalidez de la demandante para que se incluya además de los factores ya reconocidos, *la bonificación mensual docente*, que fue percibida por la demandante dentro del último año anterior a la adquisición del estatus de pensionada; precisándose que si bien es cierto, a la demandante se le incluyeron los factores salariales denominados como *prima de vacaciones y prima de navidad*, conceptos sobre los cuales no se realizaron aportes a pensión, esta Corporación no realizará pronunciamiento alguno en atención a que esta situación no es objeto de debate en el asunto analizado y por tanto, no podría afectarse el derecho ya reconocido a la demandante.

En ese orden y con base en el marco legal y jurisprudencial citado con antelación, se ordenará a la accionada, reliquidar la pensión de la accionante teniendo en cuenta como ya se anunció, además de los factores salariales ya reconocidos, el concepto de *bonificación mensual docente*.

Así las cosas, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 5564 del 11 de noviembre de 2016, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento del Meta 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 la pensión de invalidez, y como consecuencia de ello, y a título de restablecimiento del derecho, la entidad deberá reliquidar la pensión de la señora DILIA NERIEN VELÁSQUEZ PARRADO, teniendo en cuenta además de los factores ya reconocidos, *la bonificación mensual docente*.

Prescripción

Ahora, para efectos de verificar si en el *sub-lite* se ha configurado la prescripción de mesadas pensionales, se observa que a la demandante le fue reconocida su pensión de jubilación a partir del 29 de noviembre de 2016 y conforme a los documentos que obran en el plenario se advierte que no presentó solicitud de reliquidación pensional; por tanto, se tendrá como fecha para contar la prescripción la de la presentación de la demanda, esto es, 27 de agosto de 2018 (f. 50 C1) y conforme al artículo 102 del decreto 1848 de 1969¹⁹, la Sala evidencia que dentro del presente asunto no operó la prescripción de las mesadas pensionales de la demandante.

La entidad condenada, entonces deberá:

- i) Reliquidar la pensión mes a mes, incluyendo el factor salarial de bonificación mensual docente.
- ii) Las diferencias mensuales entre lo pagado y lo que se debía pagar con la inclusión del nuevo factor, será actualizado con base en la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de pagar por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, sobre el índice inicial vigente a la fecha en que se le debía hacer el pago de cada mesada pensional.

- iii) A lo anterior se descontará lo correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social de los factores salariales sobre los cuales no se haya efectuado, debidamente indexados.
- iv) Estos valores devengarán intereses de mora en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

¹⁹ "Artículo 102.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

4. Condena en costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 prevé como imperativo para el Juez, resolver en la sentencia sobre la condena en costas, siempre que el asunto de que se trate no sea de aquellos considerados de interés público. Para la liquidación y ejecución de las costas judiciales, se efectúa remisión expresa a las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

El numeral quinto del artículo 365 del CGP, estipula que *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”*.

Sobre el particular encontramos que en el *sub judice*, se concederán parcialmente las pretensiones de la demanda, en tanto que no se ordenará la inclusión de todos los factores salariales devengados por la demandante, la Sala se abstendrá de condenar en costas en ambas instancias a la entidad demandada, atendiendo la norma citada en precedencia, aunado a que la jurisprudencia no ha sido pacífica sobre el tema, al punto que suscitó la necesidad que este Tribunal unificara criterios sobre el tema.

5. Otras decisiones

A folio 16 del C2 del expediente obra poder de sustitución conferido por el abogado LUIS ALFREDO SANABRIA RÍOS identificado con cédula de ciudadanía N° 80.211.391 de Bogotá y con tarjeta profesional N° 250292 del C.S de la J, a la abogada Jenny Carolina Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía N° 1136881621 de Bogotá y con tarjeta profesional N° 224.758 del C.S de la J., en atención al poder general otorgado mediante Escritura Pública N° 522 del 28 de marzo de 2019, para que ejerza la defensa judicial de Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG.

Revisado el expediente se advierte que con el poder de sustitución no se aportaron los documentos que acrediten el poder general conferido al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, sin embargo, a folios 98 a 123 del cuaderno de primera instancia, obran dichas piezas procesales, razón por la cual la Sala reconocerá personería a la abogada sustituta JENNY CAROLINA RODRÍGUEZ.

Por otro lado, en atención que la parte demandante acreditó el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 76 del CGP, relativo a la comunicación de la

renuncia al poderdante, se aceptará misma la abogada CAROLINA ARIAS NONTOA al poder conferido por la demandante, por lo cual, se dará como terminada la sustitución de poder conferida a la togada KATHERINE ARENAS ÁLVAREZ.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Meta, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 12 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 5564 del 11 de noviembre de 2016, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Meta, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de invalidez.

TERCERO.- ORDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidar la Pensión de Jubilación de DILIA NERIEN VELÁSQUEZ PARRADO de tal manera que sea equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicio previo a la adquisición del estatus de pensionada, teniendo en cuenta además de lo ya reconocido, la *bonificación mensual docente*.

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagar a DILIA NERIEN VELÁSQUEZ PARRADO la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar por mesada pensional a partir del 29 de noviembre de 2016-fecha a partir de la cual se reconoció la pensión de invalidez y hasta la fecha en que se empieza el pago regular de la pensión reliquidada debidamente indexado, conforme a lo preceptuado en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: ABSTENERSE de condenar en costas en ambas instancias a la entidad demandada.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Reconocer personería a la abogada JENNY CAROLINA RODRÍGUEZ, como apoderada de la entidad demandada Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos del poder obrante a folio 16 del C2.

NOVENO: ACEPTAR la renuncia de la abogada CAROLINA ARIAS NONTOA al poder conferido por la demandante para actuar dentro del presente asunto, en consecuencia, dar por terminada la sustitución de poder otorgada a la abogada KATHERINE ARENAS ÁLVAREZ.

DÉCIMO: En firme el presente fallo, devuélvase el proceso al juzgado de conocimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutida y aprobada virtualmente por la Sala Plena de Decisión, según consta en Acta No. 046.

Firmado Por:

Nelcy Vargas Tovar

Magistrado

Mixto 004

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Hector Enrique Rey Moreno

Magistrado

Mixto 003

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Teresa De Jesus Herrera Andrade
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Carlos Enrique Ardila Obando
Magistrado
Mixto 002
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Claudia Patricia Alonso Perez
Magistrado
Mixto 005
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Nohra Eugenia Galeano Parra
Magistrada
Mixto
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
3180e7ca97cbc1d45ac341dbbd1fb93db277d5b145878ec7f4a12100758cfa46

Documento generado en 16/09/2021 08:06:50 AM