



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
Magistrada Ponente: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ
Santa Marta, cinco (05) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicado No: 47-001-3333-002-2017-00256-01
Accionante: INÉS ISABEL BARRAZA LOZANO
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN INVALIDEZ DOCENTE

Procede esta Corporación a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del trece (13) de febrero de 2019, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta D.T.C.H., negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

a) Pretensiones

La señora INÉS ISABEL BARRAZA LOZANO presentó demanda mediante apoderada judicial en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – 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. 0240 del 11 de Marzo de 2015, suscrita por el (la) Doctor (a) INGRIS PADILLA GARCÍA, Secretaria de Educación del Distrito de Santa Marta, 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 01 de Febrero de 2015, 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 la base de liquidación pensional de mi representado.*

A TÍTULO 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 **01 de Febrero de 2015**, 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) 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. **0240 del 11 de Marzo de 2015**, suscrita por el (la) Doctor (a) **INGRIS PADILLA GARCÍA**, Secretaria de Educación del Distrito de Santa Marta, 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 -**, que sobre 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 -**, el respectivo 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 NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**-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 siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. C.P.A.C.A).

6. ordenar a **LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -** 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 **LA NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -** el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

8. condenar en costas a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo.

9. Que de las sumas que resultaren a favor de **mí** 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 señora **INÉS ISABEL BARRAZA LOZANO**, a través de su escrito de demanda expuso:

“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 sólo 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, según se indicó en Sentencia del 21 de noviembre de 1996, Consejero Ponente: Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.”

c) Normas violadas.

La demandante considera que se infringieron las contenidas en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 1º de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y el Decreto Nacional 1045 de 1978.

d). Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación

Aportó certificación del comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional, por medio de la cual dicho comité determinó que no le es factible conciliar frente a las pretensiones formuladas por la demandante.

El Fondo nacional de prestaciones sociales del Magisterio (Fomag).

No se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda, pese a que fue notificado del auto admisorio de la misma, el 12 de mayo de 2018 (fls. 79-80).

II. LA SENTENCIA APELADA

El Juez Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta, en audiencia concentrada profirió sentencia de primera instancia el 13 de febrero de 2019, ordenando lo siguiente:

“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa anotación en TYBA.”

La anterior decisión se fundamentó en lo siguiente:

El A-quo sostuvo que la accionante se vinculó como docente desde el 5 de abril de 1979, por lo cual el régimen aplicable a su pensión de invalidez sería el dispuesto en el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969 y la Ley 776 de 2002.

En ese orden de ideas, indicó que en la actualidad el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación dentro del proceso bajo radicado 2333-000-2012-00143-001, del 28 de agosto de 2018, estableció que los factores para la base de la liquidación de la pensión de los docentes, se encuentra enlistados en la ley 33 de 1985 y que con base a ellos se debe hacer dicha liquidación.

Por lo anterior, consideró que, de acuerdo a la jurisprudencia citada, la prima de servicios que pretende la actora, le sea incluida como ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez, no puede ser incluida en la misma, como quiera dicho factor salarial no se encuentra enlistado en el artículo primero de la ley 62 de 1985, que modificó la ley 33 de 1985.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de la parte demandante, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida en audiencia concentrada el 13 de febrero de 2019, solicitando que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

Indicó que la accionante laboró más de 20 años en el servicio oficial docente y que cumplió con los requisitos establecidos por la ley, para el reconocimiento de la pensión de invalidez que le fue otorgada mediante Resolución No. 0240 del 11 de marzo de 2015, pero que en dicha resolución se omitió incluir como factor salarial la prima de servicio, prima de navidad y demás factores salariales percibidos el año anterior a la adquisición del status pensional.

Aseveró que el A-quo realizó una indebida aplicación de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, pues a consideración de la parte demandante, dicho precedente judicial no es aplicable a los docentes, pues la misma define las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, exceptuando a los docentes.

Manifestó que al haber ingresado la demandante al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen para el reconocimiento

pensional docente es el previsto en la Ley 33 de 1985, en el Decreto 3135 de 1969 y en el Decreto 1848 de 1969.

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta y que se tenga en cuenta para el caso bajo estudio, el precedente judicial contenido en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010 en el expediente bajo radicado No. 66001-3333-004-2014-00736-01.

IV. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

Agotado el trámite dispuesto para la segunda instancia, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

La parte demandante, presentó alegatos de conclusión, solicitando que se atiendan las pretensiones de la demanda, ordenando que el FOMAG, liquide la pensión de jubilación de la señora Inés Isabel Barraza Lozano, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados por la accionante durante el año anterior a la adquisición del status pensional, fundamentándose en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010.

La Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, presentó alegatos de conclusión, aludiendo que no quedó probado en el expediente que el acto administrativo demandado, esto es la Resolución No. 0240 del 11 de marzo de 2015, estuviese viciada de ilegalidad.

De igual modo indicó que el régimen prestacional de los docentes es el aplicado a todos los empleados públicos regidos por la ley 33 de 1985, y que la pensión de invalidez de los docentes se regula por el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969 y que a la demandante se le reconoció una pensión de invalidez equivalente al 100%, siendo ello el tope máximo que se puede reconocer y que los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, son solo aquellos sobre los cuales se haya efectuado los respectivos aportes conforme al artículo 1º de la ley 62 de 1985.

Solicitó se confirme el fallo de primera instancia por medio del cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta el 13 de febrero de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

5.1. Competencia

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, teniendo en cuenta además de la asignación básica, los factores salariales de prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales devengados 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 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

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

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".

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 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

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.

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.

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 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:

“(…) PENSION 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, señalo 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.

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.

De lo anterior se coige, 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 capacidad laboral del empleado.

Desciendo al caso concreto la demandante ingresó al servicio público como docente el 05 de junio 1996¹³, por tanto las disposiciones aplicables son las contenidas en el Decreto Ley 3135 de 1968, su reglamentario 1848 de 1969 y en el Decreto Ley 1045 de 1978.

5.5. Del caso concreto

En el presente caso la demandante pretende que se reliquide la pensión de invalidez que le fue concedida, teniendo en cuenta para tal efecto el 100% de la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, manifestando que los factores que pretende la accionante le sean incluidos como base para la reliquidación de la pensión de invalidez, no se encuentra enlistados en la en la ley 33 de 1985, puesto que en la actualidad el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación dentro del proceso bajo radicado 2333-000-2012-00143-001, del 28 de agosto de 2018, estableció que los factores para la base de la liquidación de la pensión de los docentes, se encuentra enlistados en la ley 33 de 1985.

Se encuentra probado en el proceso, que la señora Inés Isabel Barraza Lozano, mediante Resolución No. 0240 del 11 de marzo de 2015, la Secretaría de Educación de la Alcaldía de Santa Marta (Magdalena), en nombre y representación de la Nación, le reconoce la pensión de invalidez, equivalente al 100% del salario devengado al momento de presentar la invalidez, teniendo en cuenta para tal efecto los factores salariales de salario básico, horas extras, doceava prima de vacaciones, doceava prima de navidad, arrojando un valor de \$3.161519.

Estima la Sala que de conformidad con las reglas aplicables a la actora¹⁴, 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:

¹³ Folio 90

¹⁴ 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:

- 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” (...).”

Obra prueba a folio 130 que la demandante prestó sus servicios hasta el 1 de febrero de 2015 y que en ese año el sueldo básico devengado era de \$2.711.939.

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

5.2.- En cuanto al monto de la pensión.

El artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 sostuvo:

“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 accionante 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 2015.

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 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;

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.”

Bajo esas consideraciones, habrá lugar a incluir además de la asignación básica, horas extras, la prima de vacaciones, y prima de navidad, devengada por la actora en el año 2015, la prima de servicios en el monto de la mesada pensional por invalidez, aclarando que esta debe ser tomada en su doceava parte por tratarse de una prestación pagadera anualmente y de allí que se deba revocar la sentencia de primera instancia.

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 junio 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.

Aclara la Sala, que si bien en anteriores providencias, con ponencia de este Despacho no se tuvo en cuenta dicho emolumento para efectos de reliquidar la pensión de invalidez de los docentes, en esta oportunidad se revalúa dicha posición teniendo en consideración que el H. Consejo de Estado en reciente fallo de tutela de

31 de octubre de 2019¹⁵ ordenó la inclusión de la bonificación mensual en la mesada pensional de un docente, en los siguientes términos:

“A partir del anterior contexto y en virtud del principio de favorabilidad laboral se considera que se debe amparar el derecho fundamental del actor en aras de que el Tribunal accionado efectúe una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia, en consonancia con la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, y como consecuencia, reliquide la pensión del señor Rave, teniendo en cuenta la bonificación creada mediante el Decreto 1566 de 2014, normativa según la cual constituye factor salarial para todos los efectos y que percibió durante su último año de servicios. En caso de que el Tribunal accionado constate que el docente no realizó los respectivos aportes al Sistema Pensional, le deberá efectuar los respectivos descuentos y se la deberá reconocer a futuro, es decir desde que la empezó a devengar y cotizar.”

5.3.- Ajustes de la condena

Los valores causados desde que el actor 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. 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 Estado¹⁶ 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.*

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P: Rocío Araujo Oñate. Radicación 11001-03-15-000-2019-04192-00.

¹⁶ 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.

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.

Por lo anteriormente expuesto, a juicio de la Sala no se encuentra acreditado en el proceso la existencia de los requisitos que se deben tener en cuenta para la condena en costas, dado que los argumentos de defensa de la Entidad demandada estuvieron orientados a la protección del acto acusado. Por lo tanto, atendiendo los criterios normativos y jurisprudenciales previamente expuestos, esta Sala se abstendrá de condenar en costas.

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,

FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida el 13 de febrero de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta y en su lugar:

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 0240 del 11 de marzo de 2015, emitida por la Secretaria de Educación de Santa Marta, mediante la cual se reconoció pensión de invalidez a favor de la señora Inés Isabel Barraza Lozano, por las razones expuestas.

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 Inés Isabel Barraza Lozano con el salario devengado en el año 2015, desde la fecha efectiva del retiro del servicio, según la resolución No. 1122 del 17 de diciembre de 2014, incluyendo, además de los factores ya reconocidos, la doceava parte de la prima de servicios y la bonificación mensual de que trata el Decreto 1566 de 2014.

Los valores causados desde que el actor 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 formula 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.

CUARTO: Sin condena en 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


MARIA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
Magistrada


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada

