



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P. de Barranquilla, 28 de junio de 2019.

Radicado	08001-3333-006-2017-00110-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	LIGIA AURORA CLAVIJO CARRILLO
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Soledad – Secretaría de Educación.
Juez (a)	LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

I.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por la señora LIGIA AURORA CLAVIJO CARRILLO, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Municipio de Soledad – Secretaría de Educación, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES.

1. Pretensiones.

Pretende la parte demandante que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 000266 del 25 de noviembre de 2008, mediante la cual se reconoció la pensión de invalidez a la actora, con efectos fiscales a partir del 14 de septiembre de 2007.
- Declarar la nulidad parcial de la decisión administrativa que contiene el Oficio de fecha 17 de agosto de 2016, mediante el cual se denegó la solicitud de reajuste pensional reconocido en la Resolución 000266 del 25 de noviembre de 2008, por no haber incluido todos los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicios antes de detentar el estatus de pensionada.
- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fomag, a restablecer el derecho que le asiste a la actora en el sentido que se le reconozca, reliquide y ordene el pago de la pensión de invalidez teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, como lo son la prima de navidad, prima de servicios y bonificación mensual.
- Que se ordene a la accionada liquidar y pagar a la actora las diferencias entre lo que ha venido pagando según la Resolución 000266 del 25 de noviembre de 2008 y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene la liquidación de la pensión de invalidez, incluyendo todos los factores salariales devengados y certificados el año anterior a la causación del derecho, equivalentes al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores devengados durante los 12 meses previos a que adquiriera el

estatus de pensionada, que son los que constituyen la base de la prestación social que se reclama y que se desestimaron en los actos administrativos cuya nulidad parcial suplaca.

- Que se condene a la encausada a indexar las sumas adeudadas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 187 del CPACA, desde que se originó la obligación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Que se condene a la encausada a pagar los intereses de mora generados, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.
- Que se ordene el cumplimiento de la Sentencia dentro de los términos de los artículos 192 al 195 del CPACA.

2. Hechos.

Para mejor comprensión del asunto, el Despacho resume los hechos expuestos de la siguiente manera:

- La señora LIGIA AURORA CLAVIJO CARRILLO, fue declarada inválida, por haber presentado una disminución de la capacidad laboral de un 85%, certificados por la Entidad Promotora de Salud Unión Temporal del Norte.
- Que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto del Municipio de Soledad, expidió la Resolución No. 000266 del 25 de noviembre de 2008, a través de la cual ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, efectiva a partir del de la fecha en que cese el auxilio monetario por retiro del servicio activo, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año anterior a la adquisición de su estatus como pensionada por invalidez, es decir el 14-09-2007.
- En la Resolución relacionada, se le efectuó la liquidación con fundamento en el salario básico y la prima de vacaciones, sin inclusión de los demás factores salariales, cuantía con la cual se le reconoció la Pensión de invalidez.
- Que mediante solicitud elevada por la demandante el 19 de julio de 2016, la demandante reclamó la inclusión de los todos los factores salariales devengados por su actividad como docente estatal durante el último año al haber adquirido su calidad de pensionada por invalidez; no obstante, la entidad accionada denegó lo solicitado mediante la decisión administrativa contenida en el Oficio sin número, de fecha 17 de agosto de 2016.

3. Normas que estima violadas y concepto de violación.

- Ley 91 de 1999 artículo 15.
- Ley 33 de 1995 artículo 1º.
- Ley 62 de 1985
- Decreto 1045 de 1968.

La Ley 33 de 1985 establece de manera enunciativa los factores que constituyen factor salarial y no lo hace de forma taxativa, por lo cual la prestación en reclamo deriva de dicha norma, la cual a su vez señala que la prestación de retiro será del 75% del salario promedio que sirvió para calcular los aportes al sistema de previsión social durante el último año de servicios.

Advierte a su vez que las normas aplicables al caso de la demandante son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o las que se expidan en el futuro, con las excepciones contempladas en la ley.

Señala que para el cálculo de la prestación de invalidez de la señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo se deberá tener en cuenta la interpretación sistemática que se le otorga al concepto de salario y todos los elementos que lo constituyen, de acuerdo a lo señalado por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 50 de 1990 artículo 14, el cual señala de manera enunciativa lo que constituye salario, sin expresarlo específica o taxativamente.

Expresa que las disposiciones que pretende censurar al instaurar el presente medio de control no tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados por la demandante durante el último año antes de serle reconocida la pensión de invalidez, pues sólo se incluyeron para ésta la asignación básica (sueldo) y la prima de vacaciones, mientras que omitió el pago de la prima de navidad.

4. Contestación:

4.1 Parte demandada: Nación – Ministerio De Educación Nacional – FOMAG.

Surtido el traslado, la Nación Ministerio de Educación - FOMAG se pronunció mediante memorial de fecha 23 de agosto de 2017¹.

Expresa que se opone a los hechos y pretensiones de la actora, en cuanto a que a ésta no le asiste derecho a que se le reliquide su pensión vitalicia de jubilación, en tanto que dicha prestación fue liquidada conforme a derecho, con inclusión de los factores salariales que cabía aplicar para liquidar dicho estipendio; que además de ello, no es dable incluir en la pensión de vejez todos los factores salariales con los cuales la afiliada no ha cotizado al sistema de previsión social.

Advierte que para reconocer y pagar la pensión vitalicia de retiro a la docente la encausada ponderó que ésta hubiere cumplido a cabalidad con los requisitos legales establecidos en la ley 33 de 1985, como son, la edad de 55 años y un tiempo de servicios de al menos veinte años continuos o discontinuos, lo cual le concede el derecho a la aspirante a reconocer y pagar una pensión del 75% del salario promedio devengado durante el último año de servicios prestados.

Asegura que los valores en reclamo que la parte actora endilga el carácter de factor salarial no son tal, pues deberá regirse para liquidar la prestación de retiro, teniendo en cuenta los parámetros fijados por la Ley 812 de 2003 para ello, es decir, el valor de los aportes al sistema pensional establecidos por la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 y el Decreto 2341 de 2003, que reglamentó la citada Ley 812 de 2003.ç

¹ Léanse folios 105-129.

Señala que el Ingreso base de cotización de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el que indica el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo adicionen o modifiquen, y que la base de cotización deriva de los siguientes factores salariales: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sean factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, trabajo suplementario o de horas extra y trabajo realizado en jornadas nocturnas y bonificación por servicios prestados; mientras que para los docentes sólo aplican la asignación básica mensual y horas extra.

Advierte que con la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005, se impuso el criterio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones y la iterada jurisprudencia del Consejo de Estado, por lo que no se puede liquidar el monto de la pensión del docente por factores sobre los cuales no ha hecho cotizaciones al sistema.

4.2. Parte demandada: Municipio de Soledad – Secretaría de Educación.

Por su parte, la Secretaría de Educación del Municipio de Soledad, contestó la demanda en memorial del 18 de diciembre de 2017²

Indica que la decisión demandada si tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados por la solicitante al momento de liquidar la pensión de invalidez, mediante la Resolución No. 000266 del 25 de noviembre de 2008, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y el artículo 33 de la Ley 33 de 1985 al que modificó, en particular en lo que atañe a *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*”.

Aduce que tratándose del reconocimiento de prestaciones sociales del personal docente, esta función no corresponde al Municipio de Soledad - Atlántico – Secretaría de Educación, ni a ningún ente territorial, pues esa potestad radica única y exclusivamente en el Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que los Entes territoriales cumplen un papel meramente administrativo encontrándose su labor sujeta a lo decidido por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de las prestaciones sociales del Magisterio.

En razón de lo anterior, la entidad propuso la excepción previa de falta de legitimación en la causa procesal por pasiva.

5. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Judicial Delegada para Asuntos Administrativos ante este Despacho no rindió concepto dentro del presente asunto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD.

² Léanse folios 130-173 del expediente.

El Despacho encuentra que no existen vicios que puedan acarrear nulidades, por lo que se da por satisfecho el control de legalidad que se debe ejercer una vez se ha agotado cada etapa del proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA.

IV.- CONSIDERACIONES.

1. Problema Jurídico.

Se centra en determinar si la Resolución No. 000266 del 25 de noviembre de 2008, suscrita por el Secretario Municipal de Educación de Soledad, en nombre del FOMAG, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a favor de la señora LIGIA AURORA CLAVIJO CARRILLO, se expidió con vulneración de las normas constitucionales y legales en que debía fundarse, así como en falsa motivación. Igualmente se deberá determinar si el Oficio de fecha 17 de agosto de 2017, mediante el cual se denegó la solicitud de reajuste de la pensión de invalidez a la demandante, fue expedido con violación de las mencionadas normas.

En caso que el anterior planteamiento sea positivo, se deberá determinar si es procedente ordenar el restablecimiento del derecho deprecado, esto es, si la actora tiene derecho a que en la reliquidación de su pensión mensual de invalidez, se incluyan todos los factores salariales devengados en su último año de servicios en el que adquirió el estatus de pensionada, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 33 de 1965 y teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado.

2. Lo probado en el proceso.

Se relacionan como pruebas relevantes, las siguientes:

- Resolución No. 000266 del 25 de noviembre de 2008, por medio de la cual se reconoció la pensión de invalidez a la señora LIGIA AURORA CLAVIJO CARRILLO. (Fls.13-15).
- Solicitud de reclamación administrativa para reconocimiento y pago de factores salariales, elevada por la actora ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y su constancia de envío (fls.16-17-18).
- Copia de la decisión administrativa del 17 de agosto de 2019, mediante la cual se profiere respuesta negativa al derecho de petición del 19 de julio de 2016 y que es el acto que se demanda en el presente medio de control (fl.19).
- Formato único para la expedición de certificado de salarios y formato único para la expedición de certificado laboral, de los salarios devengados por la actora entre el 01 de enero de 2006 y 21 de diciembre de 2006, incluyéndose la asignación básica (sueldo), prima de navidad y prima de vacaciones (folios 20-21).
- Comprobante de pago de nómina de fecha 2016/06/14 de la afiliada al FOMAG Ligia Aurora Clavijo Carrillo (folio 22).
- Constancia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 172 Judicial I Administrativa, radicada No. 441356 del 23 de noviembre de 2016 (folio 23 (anverso y reverso)).

- Expediente administrativo de la señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo, CC No. 22.441.687, el cual incluye los siguientes documentos³:

- Acto demandado y su constancia de comunicación (oficio de fecha 17 de agosto de 2016) (fls.216-217).
- Copia del formato de revisión de la pérdida de capacidad laboral de la demandante donde se le califica un 100% de pérdida de capacidad laboral (folio 218).
- Copia de la Resolución No. 000266 del 25 de noviembre de 2018 mediante la cual se le reconoce a la solicitante la pensión de invalidez (fls.219-222).
- Resolución 00000248 del 4 de mayo de 2016, mediante la cual la encausada reajusta parcialmente la Resolución No. 00266 del 25/11/2008, y revisa la pensión de invalidez de la afiliada hasta el 100% del IBL (folios 223-225).
- Solicitud de reajuste de la pensión de invalidez que elevó la demandante en el cual informó al ente accionado que se le practicó una nueva valoración de pérdida de capacidad laboral del 85% que ostentaba, hasta el 100%. (folio 228).
- Formato único para la expedición de certificado de salarios y formato único para la expedición de certificado laboral, de los salarios devengados por la actora entre el 01 de enero de 2006 y 21 de diciembre de 2006, incluyéndose la asignación básica (sueldo), prima de navidad y prima de vacaciones y con efectos fiscales a partir del 27/04/2007(folio 229).
- Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, en el cual se registra que la demandante fue nombrada el 13 de mayo de 1994. (folios 230-231).
- Copia del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del 19/05/2015, por el 100% de PCL y su constancia de notificación a la interesada (folio 234).

3. Marco normativo y jurisprudencial.

El Despacho considera pertinente, hacer un breve análisis de la normativa aplicada a la controversia aquí planteada.

La Ley 115 de 1994 o Ley General de la Educación señala que 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 propia ley 115, sin que en ningún caso puedan desmejorarse los salarios y prestaciones sociales de los educadores, conforme lo señala el inciso final del artículo 115 de la Ley 115 de 1994., el cual, para mayor ilustración, se transcribe en la parte que corresponde al caso:

“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.”.

³ Léanse folios 216 al 234 del plenario.

En ese mismo sentido, la Ley 60 de 1993 ya había establecido en su artículo 6 lo siguiente:

“(…) 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 (…)”

Teniendo en cuenta las normas antes mencionadas, se advierte 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, establecía 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 lo señaló la jurisprudencia del Consejo de Estado, en Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

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

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

2. Pensiones:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. 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 (...).”.

Al examinar el contenido del **Decreto Ley 3135 de 1968**, se advierte que el **artículo 23** se establece 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%, así:

*“(...) **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 (...).”.*

En este mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, en sus artículos 60, 61 y 63 dispuso en relación con el reconocimiento de una prestación pensional por invalidez, lo siguiente:

“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 (...)."

La Ley 4 de 1966, en su artículo 4⁴, estableció que, a partir de su vigencia, las pensiones de jubilación e invalidez, reconocidas a favor de los trabajadores de las entidades de derecho público debían liquidarse teniendo en cuenta el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Así mismo, el Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4 de 1966, en su artículo 5⁵ precisó que el promedio al que se refería el artículo 4 de la citada Ley 4 de 1966 era el promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios, previo a la adquisición del estatus pensional.

De acuerdo con el recuento normativo expuesto en precedencia, estima el despacho 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.

Cabe precisar, 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 experimentarían una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

En cuanto al monto de la referida prestación, el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 63 dispuso en primer lugar, que el monto de la pensión de invalidez se liquidaría teniendo en cuenta el último salario devengado por el empleado beneficiario de la citada prestación y, en segundo lugar, que la Ley 4 de 1996 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 precisaron, respectivamente, que el monto de la pensión por invalidez debía ser igual al 75% del promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, el despacho entrará a determinar si a la señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo, en su condición de docente oficial, tiene derecho a la reliquidación de la prestación pensional por invalidez que viene percibiendo desde el 25 de noviembre de 2008, con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados efectivamente en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio por invalidez.

⁴ Artículo 4. "A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y se pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios."

⁵ "Artículo 5. A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público."

Tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, el Consejo de Estado⁶, conceptuó:

“ ...

De acuerdo con lo expuesto, estima la Sala que tal y como lo consideró el Tribunal en la sentencia apelada, la Administración departamental del Boyacá al establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez del señor Leonel Hernández Hernández únicamente tuvo en cuenta la asignación básica que este percibía en su condición de docente oficial, excluyendo del referido cálculo, sin justificación alguna, factores como las primas de alimentación, grado, rural, navidad, vacaciones y el auxilio de movilización, pagados y debidamente certificados por la misma entidad demandada.

Así las cosas estima al Sala que, la Secretaría de Educación de Boyacá, al actuar en representación del Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desconoció el régimen pensional aplicable al señor Leonel Hernández Hernández, respecto de la definición del monto de su prestación pensional por invalidez. Lo anterior, toda vez que, como quedó visto en el acápite que antecede, el Decreto 1848 de 1964, la Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 preceptuaron, respectivamente, que el monto de una prestación pensional, como la que hoy ocupa la atención de la Sala, está determinado por el promedio mensual de los salarios⁷ devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicio dependiendo, claro está, del porcentaje de disminución de la capacidad laboral de titular del derecho prestacional, que para el caso concreto superaba el 95%.

Bajo estos supuestos, resulta evidente que la parte demandada, al expedir la Resolución No. 1154 de 22 de septiembre de 2006, debió incluir en el ingreso base de liquidación de la prestación pensional reconocida al señor Leonel Hernández Hernández la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio por invalidez, 21 de mayo de 2005 al 21 de mayo de 2006, los cuales como quedó dicho fueron certificados por la misma entidad demandada mediante oficios de 15 de junio de 2006 y 20 de octubre de 2010, respectivamente (fls. 10 a 11 y 17 a 19).

En ese orden de ideas, la omisión en que incurrió la entidad demandada desconoce, sin justificación alguna, el régimen prestacional aplicable al actor y, en consecuencia, vulnera el derecho que a éste le asistía de disfrutar de una prestación pensional cuyo ingreso base de liquidación tuviera en cuenta la totalidad de los factores efectivamente devengados en el año anterior a su retiro del servicio por invalidez.

En este último punto, estima la Sala conveniente recordar que la liquidación de la pensión debe estar, en todo caso, de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia, trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00170-01(3008-13). Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

⁷ Entendiendo por salario “no sólo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas habitual y periódicamente percibidas por el empleado como retribución a sus servicios” en los términos de la Ley 65 de 1946.

4 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Una vez se han valorado las pruebas obrantes en el expediente en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las premisas normativas y jurisprudencias traídas a colación, se permite el Despacho reiterar que, el objeto de litis en el presente asunto, consiste en determinar si la señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo, tiene derecho a que en la base de la reliquidación de su pensión de invalidez, se incluyan todos los factores salariales que reclama.

En el *sub iudice* se encuentra demostrado en el proceso que la actora adquirió el status de pensionada a través de la Resolución No. 000266 del 25 de noviembre de 2008, y de acuerdo con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, obrante a folios 34-35 del expediente. La prestación económica de invalidez fue revisada mediante la Resolución 00000248 del 4 de mayo de 2016, decisión por la cual se reajusta parcialmente la Resolución No. 00266 del 25/11/2008, y modifica la pensión de invalidez de la afiliada hasta el 100% del IBL, ello, en razón a una solicitud de la accionante, previa nueva valoración de pérdida de capacidad laboral (folios 223-225).

Para establecer si la actora tiene derecho a que se le reajuste la prestación económica de invalidez, se debe tener en cuenta que además de lo anterior, dentro del plenario se encuentra plenamente demostrado que: i) La señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo, adquirió el status de pensionada el día de la valoración que determinó el porcentaje de incapacidad laboral el 14 de septiembre de 2007, de acuerdo con las leyes 91 de 1989, Ley 812 de 2003, y Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 3752 de 2003, reconocido a través de la Resolución 000266 del 25 de noviembre de 2008, en la cual se le reconoció el 85% sobre el salario promedio devengado en el último año de servicio al momento de la valoración, en el cual se le incluyó el sueldo y la prima de vacaciones⁸; ii) que la actora percibió entre el 1 de enero de 2007 y el 17 de diciembre de 2007, como factores salariales, los de: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad⁹.

De acuerdo con lo demostrado documentalmente, estima este Despacho, que le asiste razón a la parte actora cuando arguye que el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez de la señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo únicamente tuvo en cuenta el sueldo y la prima de vacaciones que ésta percibía en su condición de docente oficial, excluyendo del referido cálculo, sin justificación alguna, el factor salarial que es la prima de navidad; lo cual quedó debidamente certificado por la misma entidad demandada¹⁰.

Así las cosas, considera esta Agencia Judicial que el Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desconoció el régimen pensional aplicable a la señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo, respecto de la definición del monto de su prestación pensional por invalidez. Lo anterior, teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1848 de 1964, la Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966, que preceptuaron, respectivamente, que el monto de una prestación pensional, como la que hoy se demanda, está determinado por el promedio mensual de los salarios devengados por la docente oficial dentro del último año en que prestó sus servicios, dependiendo claro está, del porcentaje de disminución de la capacidad laboral de titular del derecho prestacional, que para el caso concreto, está demostrado, llegó al 100%, tal como lo

⁸ Ver folios 13 al 15 del expediente y expediente administrativo.

⁹ Véase en el formato único para la expedición de certificados de salarios a folio 20 Expediente adm.fl.229.

¹⁰ Obsérvese en el expediente los folios 20-21 y 229 al 231 (Expediente administrativo).

acreditan el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del 19/05/2015, por el 100% (folio 234) y la Resolución 00000248 del 4 de mayo de 2016, mediante la cual la encausada reajusta parcialmente la Resolución No. 00266 del 25/11/2008, y revisa la pensión de invalidez de la afiliada hasta el 100% del IBL (folios 223-225).

Bajo estos supuestos, resulta evidente que la parte demandada, al expedir la Resolución 0266 del 25 de noviembre de 2008, debió incluir en el ingreso base de liquidación de la prestación pensional reconocida a la señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo, la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio por invalidez, comprendido entre el 01 de enero de 2006 al 01 de enero de 2007, los cuales, como se afirmó, fueron certificados por la misma entidad demandada mediante el formato único para la expedición de certificado de salarios (fls. 34 y 229).

En este orden de ideas y en vista que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la resoluciones 0266 del 25 de noviembre de 2008 y 0248 de 2016 mediante las cuales se reconoció y revisó la pensión de invalidez a la accionante, las cuales fueron liquidadas con base en el 100% de los factores salariales devengados durante el último año de consolidado el derecho, teniendo solo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, soslayando el hecho que del material probatorio recaudado se tiene que la demandante además devengó, como factor salarial la **prima de navidad** por lo que, en el presente fallo se ordenará a la demandada NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que lo incluya como factor salarial para la liquidación de la pensión de invalidez de la demandante, atendiendo a que la omisión en que incurrió la entidad demandada desconoce, sin justificación alguna, el régimen prestacional aplicable a la actora y, en consecuencia, vulnera el derecho que a ésta le asistía de disfrutar de una prestación pensional cuyo ingreso base de liquidación tuviera en cuenta la totalidad de los factores efectivamente devengados en el año anterior a su retiro del servicio por invalidez.

Así entonces, el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones, a criterio de esta Judicatura se resuelve estableciendo que la demandante si tiene derecho a la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados, como lo pretende la actora. Bajo estas consideraciones se deben conceder las pretensiones de la demanda.

Por otra parte, con respecto a las sumas reconocidas se deberá descontar el valor del aporte correspondiente al factor salarial y sobre el cual no se haya efectuado la deducción legal, en el porcentaje que le corresponda, en consecuencia se ordenará a las entidad demandada, para que efectúe los descuentos de los aportes correspondientes.

Conforme a las premisas fácticas, normativas y el precedente jurisprudencial citado en precedencia, este despacho declarará no probadas las excepciones de fondo de Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación, propuestas por la encausada Nación Mineducación – FOMAG. No obstante, en lo que atañe a la prescripción, se procederá a estudiarla a continuación:

5. De la prescripción de los derechos laborales.

Para abordar el tema de la prescripción –propuesta como excepción por la entidad demandada-, es necesario remitirse al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que textualmente señala lo siguiente:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Por su parte, el Consejo de Estado ha sostenido que *“La prescripción opera trienalmente respecto de las mesadas pensionales, lapso que se cuenta en forma retrospectiva desde el día en que el beneficiario del derecho formula a la administración la correspondiente reclamación”*

Examinadas las pruebas allegadas al proceso, se advierte que hay lugar a la prescripción trienal que alega la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG y el Municipio de Soledad - Atlántico, teniendo en cuenta que la pensión de invalidez reconocida a la actora se hizo efectiva a partir del 25 de noviembre de 2008 y la demanda se presentó el 20 de abril de 2017¹¹, por lo que se tiene que las diferencias entre las mesadas que se deberán reconocer de conformidad con esta providencia, se pagarán a partir del 20 de abril de 2014, en forma indexada, quedando las mesadas anteriores a dicha fecha prescritas.

Las diferencias resultantes se ajustarán en su valor aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste 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 esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Finalmente, deberá tenerse en cuenta que si bien la Resolución 000248 del 4 de mayo de 2016 no fue objeto de censura en sede administrativa ni fue sometida a control en el presente proceso, es menester advertir que fue un evento sobreviniente acaecido durante el trámite o curso del medio de control en sede judicial, de lo cual se puso en conocimiento al Despacho sólo cuando el municipio de Soledad remite el expediente administrativo en memorial del 16 de octubre de 2018¹². Lo anterior no es óbice para que este Despacho no se pronuncie de fondo sobre la demanda, teniendo en cuenta que la finalidad de la misma es específicamente la inclusión de factores salariales no tenidos en cuenta por la entidad de previsión al momento de liquidar la prestación económica de la demandante, de tal suerte que la decisión que este Despacho asuma al conceder las súplicas de la demanda, hacen referencia a la inclusión del factor salarial que omitió la demandada en la prestación de invalidez y no al monto mismo de la pensión de invalidez a las que hace referencia la mencionada Resolución 000248 del 4 de mayo de 2016.

Así entonces, la resolución que fijó el aumento del porcentaje de la pensión de invalidez de la señora Ligia Aurora Clavijo Carrillo no afecta la decisión que asumirá el Juzgado de acceder a las súplicas de demanda.

¹¹ De ello dan cuenta el acta de reparto – folio 89 y el sello de recibido de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos, presente a folio 1 del libelo de demanda.

¹² Léanse folios 215-234.

6. Costas

El Despacho no condenará en costas a la parte vencida, por cuanto no se encuentra acreditado que las partes generaran actuaciones y gastos procesales sujetos de tasación en costas, tal como lo dispone el numeral 8º. Del artículo 365 del C.G.P. en concordancia con el art. 188 del C.P.A.C.A.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Declárese probada la excepción de prescripción propuesta por la accionada Nación – Ministerio de Educación – fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, de acuerdo a los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión.

Segundo: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, denominadas “Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. Resolución No. 000266 del 25 de noviembre de 2008, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de invalidez, proferida por el Municipio de Soledad-Secretaria de Educación Municipal, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Cuarto: Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la Nación – Ministerio de Educación Nacional a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del Municipio de Soledad-Secretaria de Educación Municipal, que incluyan en la liquidación de la Pensión de Invalidez reconocida a la docente LIGIA AURORA CLAVIJO CARRILLO, identificada con la CC No. 22.441.687, todos los factores salariales acreditados por ésta como docente, al momento de la solicitud de la pensión mediante certificaciones expedidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cual es la **Prima de navidad**. Así mismo, de esos factores salariales reconocidos se deberán descontar el valor del aporte correspondiente, sobre el cual no se haya efectuado la deducción legal, en el porcentaje que le corresponda, en consecuencia se ordenará a la demandada, según la competencia asignada por la ley, para que efectué los descuentos de los aportes correspondientes.

Quinto: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagará a la demandante, las diferencias de mesadas pensionales existentes entre los valores que le fueron reconocidos y los que le deben reconocer en virtud de la presente providencia.

Sexto: Ordenar la indexación de las sumas debidas de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada por la administración, por concepto de diferencias entre las mesadas pensionales recibidas y las que se debían pagar a la demandante, 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 esta sentencia, por el índice inicial, vigente en la fecha de ejecutoria del acto acusado.

Séptimo: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, deberá dar cumplimiento a la sentencia con observancia de las previsiones establecidas en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

Octavo: Se advierte por parte del Despacho que a partir de la fecha empiezan a correr los términos para interponer y sustentar el recurso de apelación de que trata el artículo 247 de la ley 1437 de 2011.

Notifíquese y cúmplase

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

ACO

