



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado: 200012339000201400312 01 (733-2016)
Demandante: LASTENIA BERDUGO NARVÁEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL, FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Tema: prestaciones sociales y pensión de invalidez.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/LEY 1437 DE 2011

ASUNTO

La Sala de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **sentencia del 12 de noviembre de 2015** proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar que declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda frente a la pretensión de reliquidación de la primera mesada pensional, y negó las restantes pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹.

La señora LASTENIA BERDUGO NARVÁEZ, a través de apoderado, en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, FONDO NACIONAL DE

¹ Folios 94 a 103.



PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el MUNICIPIO DE VALLEDUPAR en procura de obtener el reconocimiento y pago de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Pretensiones

1.1.1. Frente al Municipio de Valledupar²:

Declaraciones:

“DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en la Respuesta SAC 2014 PQR-8292 del 26 de mayo de 2014, comunicado el día 30 de mayo de 2014 a través de mensajería adscrita a la oficina jurídica de dicho municipio, por medio del cual el municipio de Valledupar niega reconocer y cancelar los MENORES VALORES reconocidos por concepto de AUXILIO DE TRANSPORTE, AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, BONIFICACIÓN ZONA DE DIFÍCIL ACCESO correspondiente a los meses de septiembre de 2012 hasta el mes de julio de 2013; la RELIQUIDACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL aplicándole la tasa de reemplazo del 100% del último salario devengado, conforme al literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 tomando en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral padecida de 95.45% y los salarios devengados por la exfuncionaria; LA PRIMA DE SERVICIOS, PRIMAS O INCREMENTOS ADICIONALES POR ANTIGÜEDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y LA BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013.”

Condenas:

PRIMERA: CONDENAR AL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR a REALIZAR a título de restablecimiento del derecho, Reconocer y Cancelar los MENORES VALORES RECONOCIDOS por concepto de auxilio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación zona de difícil acceso correspondiente a los meses de septiembre de 2012 hasta julio de 2013.

SEGUNDA: CONDENAR AL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR a REALIZAR el reconocimiento y pago a título de restablecimiento del derecho a realizar la RELIQUIDACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL a la señora Lastenia Berdugo Narváez aplicándole la tasa de reemplazo del 100% del último salario devengado, conforme al literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 tomando en cuenta el grado de

² La Sala procede a su transcripción literal para mayor claridad.



pérdida de la capacidad laboral padecida del 95.45% y los salarios devengados por la exfuncionaria.

TERCERA: CONDENAR AL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR a REALIZAR el reconocimiento y pago de la PRIMA DE SERVICIOS, PRIMAS O INCREMENTOS ADICIONALES POR ANTIGÜEDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y LA BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013.

CUARTA: CONDENAR AL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR a REALIZAR la INDEXACIÓN de todos y cada uno de los valores a cancelar.

QUINTA: CONDENAR AL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR a REALIZAR el reconocimiento y pago de los INTERESES LEGALES correspondientes.

SEXTA: CONDENAR AL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR a REALIZAR al reconocimiento y pago de las COSTAS Y AGENCIAS en derecho.”

1.1.2. Frente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Condenas:

PRIMERA: CONDENAR a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a realizar el reconocimiento y pago a título de restablecimiento del derecho , de la **RELIQUIDACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL** reconocida a la señora Lastenia Berdugo Narváez aplicándole la tasa de remplazo del 100% del último salario devengado, conforme al literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 tomando en cuenta el grado de pérdida de la capacidad laboral padecida del 95.45% y los salarios devengados por la exfuncionaria.

SEGUNDA: CONDENAR a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a título de restablecimiento del derecho a realizar la **INDEXACIÓN** de todos y cada uno de los valores a cancelar.

TERCERA: CONDENAR a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a realizar el reconocimiento y pago de **LOS INTERESES LEGALES CORRESPONDIENTES.**



CUARTA: Condenar a reconocer el pago de las **COSTAS Y AGENCIAS** en derecho.»

1.2. Fundamentos fácticos

La señora LASTENIA BERDUGO NARVÁEZ fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

i). Refiere la demanda que la señora Berdugo Narváez viene prestando sus servicios personales al municipio de Valledupar en diferentes instituciones educativas en el grado 1 del escalafón nacional docente, desde el 29 de mayo de 1996.

ii). Mediante la Resolución 1198 de 13 de julio de 2006, fue ascendida al grado 4 del escalafón docente.

iii). Dentro del periodo comprendido entre septiembre de 2012 y julio de 2013, a la demandante no le fueron pagadas la totalidad de las sumas por concepto de auxilio de transporte, auxilio de alimentación y bonificación zona de difícil acceso.

iv). Mediante Resolución 452 de 2 de octubre de 2013, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconoció la pensión de invalidez.

Para el efecto, tuvo en cuenta el tiempo laborado equivalente a 3.064 días, 438 semanas en el periodo comprendido entre el 15-03-2004 y el 09-04-2013.

Determinó la cuantía de la pensión en \$589.500, aplicando para ello una tasa de remplazo equivalente al 54%, sobre un IBL de \$927.283, efectiva a partir del 17 de julio de 2013. La decisión fue tomada con fundamento en la certificación médica de calificación



de pérdida laboral del 95.45% que fijó como fecha de estructuración de invalidez el 01-04-2013.

Consideró que le eran aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Ley 91 de 1989, Ley 1151 de 2007 y la Ley 1250 de 2008.

v). Refiere la demanda que la administración no tomó en cuenta el tiempo total de prestación de servicios, ni los factores constitutivos de salario, ni el grado de escalafón en el que se encontraba la demandante para liquidar la primera mesada pensional.

vi). La administración no le ha pagado a la demandante, a partir del 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013 los siguientes conceptos:

- Prima de servicios
- Prima e incrementos por antigüedad
- Bonificación por servicios prestados
- Bonificación especial por recreación

vii). El 14 de mayo de 2014 la demandante solicitó al Municipio de Valledupar – Secretaria de Educación el reconocimiento de los factores salariales, prestacionales y la reliquidación de la primera mesada pensional de invalidez, aplicando la tasa del 100% del último salario devengado, acorde con el literal a) del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, teniendo en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral del 95,45% y la totalidad de los salarios devengados.

viii) La secretaria de educación del Municipio de Valledupar dio respuesta a la petición anterior mediante oficio SAC 2014 PQR-8292 del 26 de mayo de 2014, comunicado el día 30 de mayo de 2014, por medio del cual negó el reconocimiento de los menores valores por concepto de AUXILIO DE TRANSPORTE, AUXILIO DE



ALIMENTACIÓN, BONIFICACIÓN ZONA DE DIFÍCIL ACCESO correspondiente a los meses de septiembre de 2012 hasta el mes de julio de 2013 y no se pronunció sobre la RELIQUIDACIÓN DE LA PRIMERA MESADA PENSIONAL conforme al literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969.

1.3 Normas violadas y concepto de violación³

En la demanda se invocaron como disposiciones vulneradas las siguientes:

De orden constitucional: preámbulo, artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 83.

De orden legal: literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969; artículos 45, 46, 49, 59 y 97 del Decreto 1042 de 1978 y 45 del Decreto 1045 de 1978.

Al desarrollar el **concepto de violación** refiere la demanda que con el acto administrativo demandado, la Secretaría de Educación del municipio de Valledupar causó un agravio injustificado a la demandante al aplicar una tasa de remplazo inferior a la que le correspondía por concepto de primera mesada pensional, toda vez que no atendió lo dispuesto en el literal A del artículo 63, del Decreto 1848 de 1969, en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978.

Expuso que prestó sus servicios docentes desde el 29 de mayo de 1996, sin embargo, el municipio omitió tener en cuenta el tiempo total laborado para liquidar la primera mesada pensional, no incluyó todos los factores constitutivos de salarios, pues únicamente tuvo en cuenta la asignación básica, y tampoco consideró el grado de escalafón al que fue ascendida.

³ Folios 97 a 100



Indicó que la administración tomó el 54% de tasa de remplazo cuando debió tomar el 100% del último salario devengado teniendo en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral de 95.45%, ello de conformidad con lo dispuesto en el literal A, del artículo 63, del Decreto 1848 de 1969.

Agregó que la administración municipal omitió pagar la prima de servicios, prima o incrementos adicionales por antigüedad, bonificación por servicios prestados y bonificación especial por recreación en el periodo comprendido entre el 18 de marzo de 2004 y hasta el 31 de julio de 2013.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. EL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR⁴, por intermedio de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda.

Afirmó que el reconocimiento y pago de los derechos prestacionales de los docentes corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial en cabeza de la Secretaría de Educación ejecuta las funciones del Fondo, actuando como agente del orden nacional.

Aclaró que, si bien la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar era la competente para recibir y radicar la solicitud de la prestación, así como elaborar el proyecto que resolvió la petición, ello se realizó en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y no obliga o compromete los recursos del municipio conforme a las razones expuestas.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por considerar que debió demandarse solo a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE

⁴ Folios 131 a 137.



PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, toda vez que es la encargada de establecer asignaciones salariales y prestaciones a los docentes y el municipio solamente efectuar los pagos con recursos provenientes del Sistema General de Participación y por lo tanto no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la pensión de la demandante.

Respecto a los menores valores reconocidos por concepto de auxilio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación zona de difícil acceso y reliquidación de la primera mesada pensional reclamados por la demandante, insistió en que sobre ellas no existe responsabilidad territorial pues, contrario a lo manifestado en la demanda, el municipio de Valledupar no se encuentra legitimado para responder por dichas pretensiones por no ser la encargada del reconocimiento y pago.

Como soporte de su dicho invocó lo dispuesto en el artículo 3 y 5 de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 reglamentada por el Decreto 2831 de 2005.

2.2. La **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**⁵ por intermedio de apoderado presentó escrito de contestación de la demanda de manera extemporánea, por lo que no será tenida en cuenta.

3. AUDIENCIA INICIAL⁶

El 11 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo del Cesar, celebró audiencia inicial.

El *a quo* advirtió que en las actuaciones surtidas no se encontraban vicios o irregularidades que invalidaran lo actuado y las partes estuvieron de acuerdo con el trámite impartido hasta ese momento.

⁵ Folios 152 a 163.

⁶ Folios 180 a 186 y CD a folio 187



3.1. Decisión de excepciones previas:

Teniendo en cuenta que la Nación, Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio contestó la demanda de manera extemporánea, solo se pronunció respecto de la excepción propuesta por el municipio de Valledupar.

En ese sentido encontró fundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que la entidad territorial no sería la llamada a responder por la reclamación prestacional, como quiera que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 que creó el FOMAG, dispuso que este sería dotado de mecanismos regionales que garantizaran la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad.

En el caso concreto, la Secretaría de Educación del municipio de Valledupar, al expedir el acto administrativo demandado, no actuó en ejercicio de una competencia propia sino en nombre del FOMAG, y por consiguiente, las consecuencias de la negación de los derechos invocados no pueden ser atribuidas al municipio de Valledupar y por ende, ver comprometidos sus recursos para el pago de tales prestaciones.

Concluyó que el municipio no se encuentra legitimado para responder por las pretensiones de la demandante al no poseer una relación sustancial con ella y en consecuencia resolvió excluirla como parte demandada en el proceso.

La decisión fue notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.



3.2. Fijación del litigio:

En la fase de fijación del litigio se delimitó el problema jurídico en los siguientes términos:

« [...] lo que se convierte en objeto de debate en el presente asunto, es, en primer lugar, establecer si es nulo o no el acto administrativo contenido en el Oficio No. SAC 2014-PQR-8292 del 26 de mayo de 2014, suscrito por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar».

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá determinar si la señora LASTENIA BERDUGO NARVÁEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de los menores valores reconocidos por concepto de auxilio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación por zona de difícil acceso, correspondientes a los meses de septiembre de 2012 hasta el mes de julio de 2013.

Así mismo si es procedente la reliquidación de la primera mesada pensional reconocida a la actora, aplicándole la tasa de remplazo del 100% del último salario devengado, conforme al literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, tomando en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral padecida del 95.45% y los salarios devengados por aquella.

De otro lado se deberá establecer, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, prima o incrementos adicionales por antigüedad, bonificación por servicios prestados y la bonificación especial por recreación, desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013.

Por último, si es posible realizar la indexación de todos y cada uno de los valores a cancelar, más los intereses legales correspondientes, así como las costas y agencias en derecho.»

La decisión fue avalada por las partes al manifestarse conformes con la decisión.

Tuvo como pruebas las aportadas por la parte demandante y solicitó a la Secretaría de Educación del Municipio de Valledupar copia del expediente administrativo prestacional de la demandante para que



fuera allegado al proceso⁷.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Mediante sentencia del 12 de noviembre de 2015, el Tribunal Administrativo del Cesar, resolvió lo siguiente:

«PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de “inepta demanda” respecto a las pretensiones relacionadas con la reliquidación de la primera mesada pensional, de conformidad con el literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, y los menores valores reconocidos a la actora por concepto de auxilio de transporte por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos esgrimidos en la parte motiva de esta proveído.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte actora. Por Secretaría una vez ejecutoriada la sentencia, se liquidarán.

CUARTO: En firme esta sentencia, archívese el expediente.»⁹

Como argumentos de su decisión, consideró lo siguiente:

(i). Sostuvo que, en lo concerniente a la pretensión relacionada con la reliquidación de la primera mesada pensional –aplicando la tasa de remplazo del 100% del último salario devengado de conformidad con el literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, tomando en cuenta el grado de pérdida de capacidad de la demandante–, así como el reconocimiento de los menores valores reconocidos a la misma por concepto de auxilio de transporte, no fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Secretaría de Educación municipal en el Oficio SAC 2014 PQR-8292 de 26 de mayo.

⁷ Cuaderno 2 folios 276 a 247.

⁸ Folios 578 a 594.

⁹ Folio 594.



(ii). Aunque dichas pretensiones fueron solicitadas a la secretaria de educación del Municipio de Valledupar en la petición de 14 de mayo de 2014, no puede afirmarse que fueron negadas «pues sabido es, que para acudir a la jurisdicción se requiere que exista una decisión definitiva que sea susceptible de control judicial»¹⁰, y en la demanda no fue solicitada la nulidad del **acto ficto o presunto** resultante del silencio administrativo en relación con tales pretensiones, o algún otro acto administrativo que haya dado respuesta a las mismas, por lo que no es posible realizar un análisis de legalidad ya que no existe una decisión administrativa que nulitar.

Por lo anterior, de manera oficiosa, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda de manera parcial.

(iii). Una vez excluidas las pretensiones que no fueron objeto de pronunciamiento administrativo, el Tribunal se adentró en la necesidad de determinar claramente en qué consistió la violación por parte de la demandada.

Indicó que, con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la demanda no contenía un concepto de violación adecuado «pues sólo se limitó el libelo a indicar los artículos constitucionales y legales que consideraba quebrantados, sin realizar la confrontación requerida en la ley para que el juzgado analice la legalidad o no de los actos demandados»¹¹.

Según el Tribunal, no era posible hacer una confrontación entre las normas señaladas como transgredidas y el acto acusado al no haber delimitado el marco necesario para realizar el juicio de valor –el concepto de violación– de cara a la declaratoria de nulidad del oficio SAC2014 PQR-8292 de 26 de mayo de 2014.

¹⁰ Folio 587.

¹¹ Folio 592.



Consideró que, realizar un examen por fuera del marco de la demanda constituye una afrenta al derecho de defensa pues, «la parte demandada acude en su defensa en torno a los planteamientos del libelo, que son los que se apresta a controvertir y, en ese orden, resultaría sorprendida por una decisión que se extiende a cuestiones no expuestas en la contienda inicial y frente a los cuales nada pudo alegar en su oportunidad, como quiera que es solo en el momento del fallo cuando se centra la controversia en punto a ese nuevo planteamiento, surgido del examen de normas o concepto de violación no invocados.»¹²

Con base en ello, encontró que, «[...] no hay lugar a realizar el respectivo análisis jurídico de legalidad sobre el oficio en comento, eximiéndose el fallador de pronunciarse de fondo.»

Finalmente, condenó en costas a la parte demandante.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN¹³

La **parte demandante** presentó recurso de apelación, en contra de la decisión y solicitó revocar la sentencia impugnada y por consiguiente acceder a las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

(i). Adujo que la respuesta incompleta que dio la administración a la petición del 14 de mayo de 2014 no da lugar a la existencia de un acto ficto, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 del CPACA, en concordancia con la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, la teoría del silencio administrativo se refiere en primer lugar a la ausencia de respuesta total dentro del término para dar respuesta y en segundo lugar, al silencio que ocurre una vez interpuestos los recursos de ley.

¹² Folio 593.

¹³ Folios 601 a 604.



(ii). Dicho de otro modo, si en un mismo escrito se formulan varias peticiones y la administración responde de manera incompleta se está ante la violación del derecho de petición y una posible falta disciplinaria del funcionario responsable, pero no es predicable la configuración del silencio administrativo o lo que denominó «teoría del fraccionamiento del acto administrativo», sino que, la respuesta da lugar al «englobamiento» del acto administrativo, es decir, que la manifestación de la voluntad de la administración queda contenida en un solo acto pues la administración «[...]deja entrever que su intención es responder negativamente a todas las pretensiones contenidas en la petición inicial.».

(iii). La sentencia no tuvo en cuenta la manifestación de la administración al no tomar decisión alguna frente a las pretensiones formuladas, toda vez que negó la prima de servicios al manifestar que no procedía el reconocimiento retroactivo; respecto a la bonificación de difícil acceso, dijo que no era viable; respecto a la bonificación por servicios prestados y a los 2 días de recreación afirmó que no se encontraban contemplados para los docentes; a la prima de antigüedad, manifestó que le había enviado la liquidación respectiva a la secretaría de hacienda para que efectúe a través de la Fiduciaria los pagos respectivos y sobre la prima de alimentación adujo que solo tienen derecho los docentes que devenguen menos de \$1.360.098.

Refirió que, ni en la audiencia inicial ni en la audiencia de pruebas se advirtió alguna irregularidad que invalidara lo actuado al cumplir con los requisitos procesales para resolver el fondo del asunto, por lo que, correspondía verificar si el acto demandado estaba acorde con las normas que regulan la materia.

(iv). Finalmente, expresó su inconformidad respecto a la valoración que hizo el *a quo* del acápite denominado «concepto de violación» de la demanda, y remitió al contenido íntegro de la demanda (especialmente folios 97 a 99) a fin de verificar si se efectuó o no



la confrontación entre el acto administrativo demandado y las normas violadas, pues si bien no reiteró lo dicho en el acápite de fundamentos de derecho si fueron esbozadas las razones en las que consistía la mentada violación.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO presentó escrito obrante a folio 623, sin embargo, se observa que la abogada no allegó poder dentro del presente proceso y por lo tanto no fue reconocida, razón por la cual el escrito no será tenido en cuenta.

6.2. La parte demandante guardó silencio.

7. MINISTERIO PÚBLICO

El **Ministerio Público** no se pronunció según consta a folio 629.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁴, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 328¹⁵ del Código

¹⁴«El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.[...]»

¹⁵«ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá



General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin limitaciones.

En el presente caso, **la parte demandante** es único apelante, razón por la cual la competencia de la Sala de Subsección se encuentra limitada por el objeto mismo del recurso, cuyo marco está definido por el juicio de reproche esbozado en la apelación.

2. Problemas jurídicos

Acorde con los planteamientos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala resolver los siguientes interrogantes:

- ✓ ¿Se configuró la excepción de inepta demanda como lo consideró el a quo?
- ✓ ¿La demanda cuenta con el concepto de violación que le permita a la Sala efectuar la confrontación requerida para el análisis de legalidad del acto acusado?
- ✓ ¿Le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de los siguientes emolumentos: PRIMA DE SERVICIOS, PRIMAS O INCREMENTOS ADICIONALES POR ANTIGÜEDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y LA BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013?
- ✓ ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento de los factores salariales de AUXILIO DE TRANSPORTE, AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, BONIFICACIÓN ZONA DE DIFÍCIL

pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que, en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»



ACCESO correspondiente a los meses de septiembre de 2012 hasta el mes de julio de 2013, y si como consecuencia de ello, hay lugar a la reliquidación de la pensión de invalidez en su primera mesada, en aplicación del literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969?

3. Análisis del caso concreto

Como motivo de apelación, la parte demandante (i)reputó de desacertada la decisión del Tribunal al considerar que la respuesta incompleta a una petición por parte de la administración daría lugar al surgimiento de un nuevo acto administrativo atacable en sede jurisdiccional y sobre el cual debió haber solicitado que se declarara el acto ficto o presunto negativo, (ii) manifestó que no se tuvo en cuenta la manifestación de la administración al negar las pretensiones y no tomar decisión alguna frente a las pretensiones formuladas y no contestadas que se entienden también negadas, (iii) expresó su inconformidad respecto a la valoración que hizo el *a quo* del acápite denominado «concepto de violación» en el escrito de demanda, pues si bien no reiteró lo dicho en el capítulo de fundamentos de derecho, si fueron esbozadas las razones en las que consistía la mentada violación, es decir que sí efectuó la confrontación entre el acto administrativo demandado y las normas violadas.

Por su parte, el Tribunal, en lo concerniente a la pretensión relacionada con la reliquidación de la primera mesada pensional – aplicando la tasa de remplazo del 100% del último salario devengado de conformidad con el literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, tomando en cuenta el grado de pérdida de capacidad de la demandante–, así como el reconocimiento de los menores valores reconocidos a la misma por concepto de auxilio de transporte, consideró que no fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Secretaría de Educación municipal en el Oficio SAC



2014 PQR-8292 de 26 de mayo y no se demandó la nulidad del **acto ficto o presunto** resultante del silencio administrativo en relación con tales pretensiones, por lo que concluyó que no era posible realizar un análisis de legalidad ya que no existe una decisión administrativa que nulificar. En ese orden, de manera oficiosa, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda de manera parcial.

De otra parte, indicó que la demanda no contenía un concepto de violación adecuado que permitiera realizar la confrontación entre las normas señaladas como transgredidas y el acto acusado y en consecuencia, sostuvo que, «[...] no hay lugar a realizar el respectivo análisis jurídico de legalidad sobre el oficio en comento, eximiéndose el fallador de pronunciarse de fondo.»

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya presunción de autenticidad no fue desvirtuada por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:

3.1. Hechos demostrados:

- a) Petición presentada el 14 de marzo de 2014 por la señora Lastenia Berdugo Narváez, a través de apoderado judicial, ante la Secretaria de Educación del Municipio de Valledupar en la cual solicitó **(i)**el reconocimiento y pago de los menores valores reconocidos por concepto de auxilio de transporte, auxilio de alimentación y bonificación por zona de difícil acceso, **(ii)**la reliquidación de la primera mesada pensional reconocida, aplicándole la tasa de reemplazo del 100% del último salario devengado, y **(iii)**el reconocimiento de la prima de servicios, prima o incrementos adicionales por antigüedad, bonificación por servicios prestados y la bonificación especial por recreación (folios 2 a 8).



- b) Acto demandado. Oficio SAC 2014 PQR de 26 de mayo de 2014, por el cual, el Secretario de Educación del Municipio de Valledupar dio respuesta negativa a la petición anterior y guardó silencio frente a la solicitud de reliquidación pensional (folios 73 y 74).
- c) Certificaciones de 11 de noviembre de 2009, suscritas por el Coordinador de Educación Rural y el Director de Núcleo Educativo 08 del Municipio de Valledupar que da cuenta que la demandante laboró en la Institución Educativa Virgen del Camen de la Mesa, así: (Folios 10)
- 17 de julio a 17 de octubre de 2000
 - 14 de noviembre a 23 de diciembre de 2000
 - 26 de junio a 25 de septiembre de 2001
 - 1 de octubre a 21 de diciembre de 2001

Sin embargo, dentro del proceso, no se muestran acreditados los actos de nombramiento de dichas vinculaciones.

Adicionalmente se certifican los siguientes tiempos laborados en la Institución Educativa Antonio Enrique Díaz Martínez de Badillo: (Folio 11)

- 11 de abril a 12 de julio de 2002
- 22 de julio a 29 de noviembre de 2002
- 28 de abril a 30 de noviembre de 2003

Sin embargo, dentro del proceso, no se muestran acreditados los actos de nombramiento de tales vinculaciones.

Y en los siguientes periodos:

- 18 de marzo 2004 a 19 de noviembre de 2007 (vinculación legal y reglamentaria, nombramiento en provisionalidad)
- 26 de noviembre de 2007 a 7 de enero de 2009 (nombramiento



en provisionalidad).

Dichas vinculaciones están soportadas en el Formato Único para la expedición del certificado de historia laboral expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (f. 200).

- d) Constancia de 10 de agosto de 2011 suscrita por el Profesional Universitario de la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, respecto al tiempo de servicio prestado por la señora Lastenia Berdugo Narváez como docente de aula en calidad de provisional del 2 de septiembre de 2010 al 10 de agosto de 2011, total 343 días (folio 13).
- e) Resolución 001198 de 13 de julio de 2006, por la cual se asciende al grado 4 del Escalafón Nacional Docente a la demandante (Folios 14 y 15).
- f) Formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de invalidez, correspondiente a la señora Lastenia Berdugo Narváez (folios 16 a 18).
- g) Resolución 001151 de 26 de abril de 2013, por la cual, el secretario de educación municipal de Valledupar retiró del servicio activo a la señora Lastenia Berdugo Narváez por pérdida de la capacidad laboral en un 95.45% según dictamen de medicina laboral de 1 de abril de 2013 (folio 19).
- h) Resolución 0452 de 2 de octubre de 2013, por la cual el secretario de educación municipal de Valledupar, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y decreto 2831 de 2005, ordenó el reconocimiento y pago de una pensión mensual de invalidez a la demandante (Folios 20 y 21).



- i) Constancia de 11 de septiembre, suscrita por el Profesional Universitario de la Secretaria de Educación Municipal de Valledupar, sobre los conceptos y valores salariales cancelados a la demandante (folios 22 y 23).
- j) Comprobantes de pago de la demandante (folios 24 a 35).
- k) Sentencia de 20 de marzo de 2013, proferida por el Consejo de Estado, a través de la cual ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones correspondientes a la labor desempeñada por la demandante, entre otros docentes del Departamento de Cesar, así mismo que el tiempo laborado por contrato de prestación de servicios, de manera interrumpida, entre agosto de 1999 a noviembre de 2002, se computaría para efectos pensionales (folios 36 a 71).
- l) Oficio de 24 de agosto de 2015, por el cual el secretario de educación Municipal de Valledupar remite al proceso fotocopia de la Hoja de vida de la demandante (folios 189 a 547).

De las pruebas referidas se destaca que, con el municipio de Valledupar, la docente demostró vinculación legal y reglamentaria, mediante nombramientos en provisionalidad desde 2004, así: Resoluciones 505 de 15 de marzo de 2004, 2146 de 26 de enero de 2007, 204 de 5 de febrero de 2009 y 1984 de 1 de septiembre de 2010, expedidas por el alcalde de Valledupar, según las certificaciones y el formato único para la expedición del certificado de historia laboral allegado al folio 200, no obstante que la demandante afirma en los hechos de la demanda que está vinculada desde 1996 sin que dicha manifestación cuente con el respaldo probatorio en el expediente.



3.2. Análisis sustancial

3.2.1. ¿Se configuró la excepción de inepta demanda como lo consideró el a quo?

Para resolver, recuerda la Sala que la «*demanda en forma*» se encuentra regulada en los numerales 2º y 4º del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, preceptos que disponen que toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y deberá contener los requisitos allí dispuestos, entre los cuales se encuentra el atinente a que «*[...] se pretenda, expresado con precisión y claridad [...]*», indicando las normas violadas y explicando el concepto de violación.

En el presente caso, el juez de primera instancia declaró la inepta demanda frente a la pretensión de reliquidación de la primera mesada pensional, de conformidad con el literal a) del artículo 63 del decreto 14848 de 1969 y los menores valores reconocidos a la actora por concepto de auxilio de transporte, al considerar que no se demandó el acto ficto derivado de la falta de respuesta frente a dicha pretensión.

Al respecto esta Subsección recordó que en pronunciamientos anteriores se ha hecho alusión a esta figura como si se tratara de una excepción previa o causal de rechazo de la demanda y en últimas, como sustento de decisiones inhibitorias, lo cual constituye una imprecisión¹⁶.

Ello, toda vez que solo es viable proponer y declarar próspera la excepción previa de «ineptitud de la demanda por la falta de cualquiera de los requisitos formales» o «por la indebida

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia de 21 de abril de 2016, radicado: 47-001-23-33-000-2013-00171-01 (1416-2014).



acumulación de pretensiones» y en relación con otras situaciones, se debe acudir a las demás excepciones previas, reguladas en el artículo 100 del Código General del Proceso, sin que haya vocación para realizar una denominación en términos diferentes a los señalados por la ley.

Así mismo, se recalcó que al encontrarse otras falencias que otrora han servido como sustento para la declaratoria de una «ineptitud sustantiva de la demanda», en lugar de acudir a esa denominación, se deben utilizar las herramientas que los estatutos procesales prevén para tal efecto, tal como se analizó extensamente en el auto en cita, esto es, aquellos mecanismos de saneamiento como por ejemplo ordenar corregir la demanda o dejar sin efecto el auto admisorio para proceder al rechazo de la misma en atención a la causal legalmente prescrita para el efecto.

El tribunal declaró probada la excepción de inepta demanda respecto de las pretensiones relacionadas con la reliquidación de la primera mesada pensional y los menores valores reconocidos a la actora por concepto de auxilio de transporte, al considerar que *«no fueron objeto de pronunciamiento por la secretaria de educación municipal de Valledupar en el oficio SAC 2014 PQR – 8292 de fecha 26 de mayo de 2014 (acto acusado). Si bien es cierto, dichas cuestiones fueron solicitadas en la petición inicial que dio origen al acto acusado, ello no es óbice para que la parte actora considere que le fueron negadas, como lo sostiene equivocadamente el libelo introductor; pues sabido es, que para acudir a la jurisdicción se requiere que exista una decisión definitiva que sea susceptible de control judicial. Y en el sub lite no se avizora que en la demanda se haya solicitado la nulidad del acto ficto o presunto, resultante del silencio administrativo de la entidad en relación a dichas pretensiones; o algún otro acto administrativo donde se haya dado respuesta alguna a las mismas, para efectos de poder realizar un análisis de legalidad de ello, atendiendo los argumentos otorgados por la administración. En consecuencia, no es posible entrar a estudiar si la demandante tiene o no derecho a que le*



sean reconocidas tales peticiones, toda vez que en el evento que ello sea procedente, no existirá decisión administrativa que nulitar.»

Al respecto, la Sala observa la falta de acierto del Tribunal al declarar la excepción de inepta demanda, pues en el presente caso no concurre ninguna de las causas que configuran esta excepción, debido a que la demanda no adolece de ninguno de los requisitos formales, ni tampoco se presentó una indebida acumulación de pretensiones como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación en relación con este medio exceptivo, pues la parte actora individualizó con toda precisión el acto administrativo cuya nulidad pretende y la demanda se ajustó a los requisitos formales para su admisión.

En cuanto a la aparente configuración de un acto ficto por el hecho de no haberse dado una respuesta completa a la petición del 14 de mayo de 2014, debe aclarar la sala que, el artículo 83 del CPACA previó la ocurrencia de este instituto en los casos en que la administración guarda silencio frente a una petición, sin que se haya notificado decisión que la resuelve dentro de los 3 meses contados a partir de su presentación, supuesto fáctico que no ocurrió en el *sub lite*, pues es claro que la entidad accionada se pronunció expresamente, a través del oficio de 26 de mayo de 2014.

Ahora, frente a la petición de reliquidación pensional de la primera mesada pensional y los menores valores reconocidos por concepto de auxilio de transporte, la entidad no se pronunció, pero tal omisión no constituye autónomamente un acto ficto, pues lo que configura es una omisión al artículo 42 del CPACA que señala: «la decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos», aspecto que puede ser evaluado por el fallador, según las particularidades del caso y las pretensiones del medio de control, dado que lo que la norma



sanciona como silencio administrativo negativo es la ausencia u omisión de respuesta, conducta que también puede dar lugar a la configuración de faltas disciplinarias, al tenor de lo previsto en los artículos 23, 27, 35 y 48 de la Ley 734 de 2002.

Es así como en el presente caso no pudo configurarse un acto ficto pues la existencia de la respuesta contenida en el oficio demandado es en sí misma constitutiva de una respuesta expresa frente a la petición del 14 de mayo de 2014, en tal sentido, no le asiste razón al Tribunal al considerar que se configuró la excepción de inepta demanda, e inhibirse de resolver de fondo las pretensiones aludidas.

En criterio de la Sala, el acto administrativo demandado en el *sub judice*, es susceptible de ser controvertido jurisdiccionalmente, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y aunque en este no se dio respuesta a la totalidad de las pretensiones, no es posible deprecar la existencia de otro acto ficto autónomo, sino que debe entenderse que la entidad, al no resolver un punto particular, perdió el privilegio de la decisión previa, sin que ello traiga como consecuencia que dicho acto no pueda ser susceptible de ser enjuiciado.

La postura asumida por el *a quo* a través de dicha decisión, lesiona el derecho de acceso a la administración de justicia previsto en el artículo 229 de la constitución política, el Estado «[...] garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia [...]», último que se ha concebido como fundamental en la medida en que, a través de él, se satisface una necesidad ínsita al ser humano, cual es encontrar una solución pacífica, equitativa y ajustada respecto de las desavenencias y conflictos que puedan suscitarse en la vida en sociedad. Ello explica la relación directa que existe entre aquel y la justicia como valor esencial, consagrado desde el mismo preámbulo de la Constitución Política.



En diferentes sentencias, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata que ostenta el de acceso a la administración de justicia, además de su íntima conexión con el derecho al debido proceso. Sobre el particular, dicha Corporación señaló en sentencia C-279 de 2013¹⁷:

Es así como la interpretación de las reglas procesales debe permitir la realización, en la mayor medida posible, del derecho de acceso a la administración de justicia en sentido material, principio que se encuentra consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, último cuyo tenor literal prevé:

«[...] Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso
- [...]» (Resaltado de la Sala)

Respecto a dicho principio, esta Corporación ha señalado:

«[...] Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio, como lo es el del acceso a la administración de justicia, consiste en servir de criterio de interpretación adecuada de las reglas que desarrollan el principio¹³, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica que en la mayor medida

¹⁷ «[...] El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso [...]».



desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico [...]»¹⁸. (Subrayas de la Sala)

Partiendo de los lineamientos jurisprudenciales reseñados en párrafos anteriores, la Sala concluye que no se configuró la excepción de inepta demanda y por lo tanto, la decisión contenida en el numeral primero de la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar, emitir un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en comento.

3.2.2. ¿La demanda cuenta con el concepto de violación que le permita a la Sala efectuar la confrontación requerida para el análisis de legalidad del acto acusado?

La demanda en el acápite de concepto de violación, expresó lo siguiente: «*El municipio de Valledupar, al no aplicar el contenido del literal a del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, causó un agravio injustificado a mi poderdante, puesto que aplicó un porcentaje o tasa de reemplazo inferior al que realmente correspondía por concepto de la primera mesada pensional. Además pese a beneficiarse de los servicios personales prestados por la actora se abstuvo de cancelar en forma completa sus prestaciones sociales a que tenía derecho la actora, con ocasión del servicio personal por ella prestado.*»

En cuanto a las normas violadas, invocó los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 83 de la Constitución, el literal a) del artículo 63 del decreto 1848 de 1969, los artículos 45, 46, 49, 59 y 97 del decreto 1042 de 1978 y el artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Proveído del 22 de octubre de 2015. Rad. 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523) A.



Para la Sala, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la demandante expuso con claridad y certeza el concepto de violación que pretende hacer valer. En efecto, la parte actora dirige su demanda en contra del Oficio SAC 2014 PQR de 26 de mayo de 2014, por el cual, el Secretario de Educación del Municipio de Valledupar dio respuesta negativa a la petición del 14 de mayo de 2014 (folios 73 y 74), por lo que se encuentra debidamente individualizado el acto acusado, y en lo atinente al desarrollo del concepto de violación, se advierte que también indicó las normas transgredidas y las razones por las que considera que la decisión acusada incurre en dicha transgresión.

Así, a partir de una lectura integral de la demanda, se evidencia que la demandante sí desarrolló el concepto de violación en relación con las pretensiones deprecadas, para lo cual, adujo que tanto el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45, que regula los factores salariales para la liquidación de cesantías y pensiones, así como el Decreto 1042 de 1978, establecen los factores con los cuales deben liquidarse la prima de servicios y consagra la prima de antigüedad, la bonificación por servicios prestados, disposiciones que constituyen el fundamento normativo de las pretensiones deprecadas.

Bajo tal entendimiento, y contrario a lo sostenido por el *a quo*, para la Sala, la demanda sí desarrolló el concepto de la violación.

3.2.3. ¿La demandante tiene derecho al reconocimiento de los factores salariales de AUXILIO DE TRANSPORTE, AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, BONIFICACIÓN ZONA DE DIFÍCIL ACCESO correspondiente a los meses de septiembre de 2012 hasta el mes de julio de 2013, y si como consecuencia de ello, hay lugar a la reliquidación de la pensión de invalidez en su primera mesada, en aplicación del literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969?



De otra parte, **¿le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de los siguientes emolumentos: PRIMA DE SERVICIOS, PRIMAS O INCREMENTOS ADICIONALES POR ANTIGÜEDAD, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y LA BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013?**

Mediante escrito del 14 de mayo de 2014¹⁹ la demandante solicitó a la Alcaldía de Valledupar - secretaria de educación, las siguientes pretensiones:

«PRIMERA: reconocer y cancelar los menores valores reconocidos por concepto de auxilio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación zona de difícil acceso, correspondiente a los meses de septiembre de 2012 hasta el mes de julio de 2013.

SEGUNDA: Reliquidar la primera mesada pensional reconocida a la señora Lastenia Esther Berdugo Narváez, aplicándole la tasa de reemplazo del 100% del último salario devengado, conforme al literal a del artículo 63 del decreto 1848 de 1969, tomando en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral padecida del 95,45% y los salarios devengados por la ex funcionaria.

TERCERA: reconocer y pagar a favor de la señora Lastenia Esther Berdugo Narváez, prima de servicios, prima o incrementos adicionales por antigüedad, bonificación por servicios prestados y la bonificación especial por recreación desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013.»

Respecto de esa petición, se observa que la Secretaria de Educación, mediante el acto demandado, Oficio SAC 2014 PQR-8292 de 26 de mayo de 2014, se pronunció en el siguiente sentido:

«En atención a su derecho de petición del asunto, me permitiré responderle en los siguientes términos:

RESPUESTA A LA PETICIÓN REFERENTE A LA PRIMA DE SERVICIOS, no es procedente el reconocimiento de manera

¹⁹ Folios 2 a 8.



retroactiva, considerando que la circular núm 7 del 20 de febrero de 2013 del Ministerio de educación, manifestó en su momento el alcance de la sentencia T-1066-2012.

En este momento se efectuará el pago en cumplimiento al decreto 1545 del 19 de julio de 2013, por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, reconoce el pago de la prima de servicios así:

Artículo 1. Prima de servicios. establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual **será cancelada a partir del año 2014** en los términos que a continuación se señalan:

1. En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a 7 días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año.
2. a partir del año 2015 y en adelante, la prima de servicios que establece el presente decreto será equivalente a 15 días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.

Parágrafo. La prima de servicios que se establece en el presente decreto será cancelada por las respectivas entidades territoriales certificadas en la educación en los primeros 15 días del mes de julio de cada año.

RESPUESTA A LA PETICIÓN REFERENTE A BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS. No está contemplado para los docentes ver decretos de salario de cada año. El artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, excluye de manera expresa la aplicación del decreto al personal docente.

ARTICULO 104. DE LAS EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE ESTE DECRETO. las normas del presente decreto no se aplicarán a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones:

a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan servicios en el exterior.

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

(literal declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-566-97 del 6 de noviembre de 1997, magistrado ponente, doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

c) A los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo previsto en el artículo 72.

d) Al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el Decreto 540 de 1977.



- e) Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma.
- f) A Los empleados del sector técnico - aeronáutico del Departamento administrativo de aeronáutica civil.
- g) A los empleados del Departamento Nacional de Planeación.

RESPUESTA A LA PETICIÓN REFERENTE A BONIFICACIÓN POR DOS DÍAS DE RECREACIÓN. No está contemplado para los docentes ver decretos de salarios de cada año.

Referente a esto es necesario resaltar que desde que desde la misma manera que lo hace (sic) el Decreto 1048 de 1972 y el Decreto 451 de 1984 excluye de manera expresa la aplicación del decreto al personal docente.

Artículo 4. Las normas de este decreto no se aplicarán:

- a) a los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que presten servicios en el exterior.
- b) **al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.**
- c) A los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados.
- d) Al personal de las fuerzas militares coma y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional que no se rigen por el decreto 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican o adicionan.
- e) Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma

RESPUESTA A LA PETICIÓN REFERENTE A LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD. La Secretaría de Educación municipal de Valledupar ha venido realizando los trámites necesarios para que se hagan efectivos los pagos por concepto de prima de antigüedad a los docentes y administrativos que tengan dicho derecho, de esta manera le manifestamos que esta dependencia administrativa envió las liquidaciones respectivas a la Secretaría de Hacienda para que ésta efectúe a través de la fiduciaria encargada, los pagos respectivos sólo a las personas que tengan el derecho.

RESPUESTA DE LA PETICIÓN REFERENTE A LA PRIMA DE ALIMENTACIÓN. De acuerdo al decreto de salarios de cada año, sólo tienen derecho los docentes que devenguen menos, ejemplo \$1.360.098, con el decreto de salarios 2012, *ACTUALIZAR* 2013 (sic)

Artículo 13. PRIMA DE ALIMENTACIÓN. A partir del 1º de enero de 2012, fijar en la prima de alimentación en la suma mensual de \$44.655, para el personal docente o directivo docente que devengue hasta una asignación básica mensual de \$1.360.098 m/cte y sólo por el tiempo que devengue hasta esta suma, *ACTUALIZAR 2013.*



No tendrán derecho a esta prima de alimentación los docentes o directivos docentes que se encuentren en disfrute de vacaciones coma en uso de licencia, suspendidos en el ejercicio del cargo o cuando la entidad respectiva preste el servicio.

RESPUESTA A LA PETICIÓN REFERENTE A BONIFICACIÓN DE DIFÍCIL ACCESO. Analizando los hechos manifestados por usted encontramos que a su apoderada si se le cancelaba la bonificación de zona difícil acceso, por consiguiente no es viable su pretensión ya que se encuentra enmarcado en lo contemplado por el decreto 541 del 17 de febrero de 2010.»(Negrilla, mayúscula y subrayado original).

Frente a las restantes pretensiones, no efectuó pronunciamiento alguno.

Para resolver la cuestión, previamente es necesario destacar que, revisada la actuación surtida dentro del proceso, se observa que en la audiencia inicial del 11 de agosto de 2015, el Tribunal resolvió la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Valledupar y concluyó que se encontraba probado el medio exceptivo y excluyó a dicha entidad como parte demandada, con fundamento en los siguientes argumentos:

“En ese orden de ideas, de entrada observa la sala, que el Municipio de Valledupar, no sería el llamado a responder por la reclamación prestacional solicitada por la actora, como quiera que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Se dispuso además en la citada norma, que el mencionado Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garantizaran la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad. Asimismo, que entre sus funciones estaría la de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. (Artículo 5 Ley 91 de 1989).

Por su parte, la Ley 962 de 2005, en su artículo 56, señaló que las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada



correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, mandato reglamentado en ese mismo sentido, por el artículo 3 del decreto 2831 de 2005.

Entonces, al estar a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados, y, la función que cumplen las secretarías de educación de las entidades territoriales, son propias de dicho fondo, por disposición de la ley y el reglamento, pues, se depositan en aquellas como una estrategia de regionalización, esto es, coadyuvan con la prestación descentralizada de los servicios que presta dicho organismo, en otras palabras, las secretarías de educación, actúan como un agente del orden nacional.

En el caso concreto, la Secretaria de Educación del Municipio de Valledupar, al expedir el acto administrativo demandado, no actuó en ejercicio de una competencia propia, sino de otro ente, como lo es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, autorizada por la ley y el reglamento, como ya se indicó, por consiguiente, las consecuencias de la negación de los derechos invocados por la actora, no pueden ser atribuidas al Municipio de Valledupar y en consecuencia verse comprometidos sus recursos para el pago de tales prestaciones, ya que su secretaría actuó en representación del fondo en mención, quedando incluida en esta litis la referida secretaria, pero representada por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Así las cosas, considera la Sala, que la entidad demandada – Municipio de Valledupar – no está legitimada en la causa para responder por las pretensiones de la demandante, al no poseer una relación sustancial con ella. En consecuencia, se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado del ente territorial, y en consecuencia, se excluye como parte demandada en este asunto.

Dicha decisión quedó notificada en estrados y contra la misma no se interpuso recurso alguno, quedando debidamente ejecutoriada.

En primer lugar, se destaca que las pretensiones reclamadas en la petición de 14 de mayo de 2014 por la demandante tienen que ver con los siguientes derechos:

- ✓ Emolumentos salariales, a saber: A) reconocimiento de prima de servicios, prima o incrementos adicionales por antigüedad, bonificación por servicios prestados y bonificación especial por recreación causados desde el 18 de marzo de 2004 hasta



el 31 de julio de 2013, los cuales se encuentran previstos en los Decretos 1042 de 197820, 451 de 198421, artículo 322 y 1545 de 201323 a cargo del nominador, por tratarse de elementos constitutivos de remuneración salarial y, B) menores valores reconocidos por concepto de auxilio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación de zona de difícil acceso de los meses de septiembre de 2012 hasta julio de 2013, los cuales también están a cargo de la entidad territorial nominadora, al tenor del Decreto 1042 de 1978 y Decreto 521 de 2010²⁴.

- ✓ La prestación social de pensión de invalidez reconocida por la secretaria de Educación de Valledupar en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Además, en la demanda se deprecaron las mismas pretensiones contra el municipio de Valledupar, las cuales se entienden

20 **ARTÍCULO 42. De otros factores de salario.** Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- b. Los gastos de representación.
- c. La prima técnica.
- d. El auxilio de transporte.
- e. El auxilio de alimentación.
- f. La prima de servicio.
- g. La bonificación por servicios prestados.
- h. Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.”

21 Por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial para el personal que presta servicios en los Ministerios, departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del orden nacional.”

22 **ARTÍCULO 3º.** Los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las mismas, dentro del año civil de su causación tendrán derecho a una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.

El valor de la bonificación no se tendrá en cuenta para, la liquidación de las prestaciones sociales y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

Mientras se crea en el presupuesto de las entidades el respectivo rubro presupuestal, podrá diferirse la fecha señalada para el pago de la bonificación.

23 Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

24 Decreto [521](#) de 2010 “Por el cual se reglamentan parcialmente el inciso 6 del artículo 24 de la ley 715 de 2001 y el artículo 2 de la ley 1297 de 2009, en lo relacionado con los estímulos para los docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales ubicados en las zonas de difícil acceso.”



desistidas por el demandante, toda vez que no impugnó la decisión proferida el 11 de agosto de 2015 por Tribunal Administrativo del Cesar (folios 180 a 186) que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa del Municipio para responder por las pretensiones y, en consecuencia, ordenó excluirlo como parte demandada en este proceso.

En orden a lo anterior, teniendo en cuenta que el Municipio de Valledupar quedó excluido del debate judicial y que dicha decisión quedó ejecutoriada, no resulta procedente emitir pronunciamiento alguno acerca de la responsabilidad de dicho ente territorial frente a las pretensiones concernientes a los emolumentos salariales deprecados por los periodos 18 de marzo de 2004 a 31 de julio de 2013.

Ahora bien, en la providencia del 11 de agosto de 2015 se dispuso continuar el proceso únicamente contra la Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio frente a las pretensiones incoadas en la demanda. En efecto, vale la pena aclarar que en la demanda se deprecaron pretensiones contra el municipio de Valledupar y contra el FOMAG, pero el proceso excluyó al ente territorial, de ahí que la fijación del litigio se contrajo a las pretensiones reclamadas a dicha entidad, así:

« [...] lo que se convierte en objeto de debate en el presente asunto, es, en primer lugar, establecer si es nulo o no el acto administrativo contenido en el Oficio No. SAC 2014-PQR-8292 del 26 de mayo de 2014, suscrito por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar”.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá determinar si la señora LASTENIA BERDUGO NARVÁEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de los menores valores reconocidos por concepto de auxilio de transporte, auxilio de alimentación, bonificación por zona de difícil acceso, correspondientes a los meses de septiembre de 2012 hasta el mes de julio de 2013.

Así mismo si es procedente la reliquidación de la primera mesada pensional reconocida a la actora, aplicándole la tasa de remplazo del 100% del último salario devengado, conforme al literal A del



artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, tomando en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral padecida del 95.45% y los salarios devengados por aquella.

De otro lado se deberá establecer, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, prima o incrementos adicionales por antigüedad, bonificación por servicios prestados y la bonificación especial por recreación, desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013.

Por último, si es posible realizar la indexación de todos y cada uno de los valores a cancelar, más los intereses legales correspondientes, así como las costas y agencias en derecho.»

A continuación, la Sala se pronuncia respecto a cada una de las pretensiones incoadas contra la Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

1.- Respecto de la **primera pretensión** de la demanda, relacionada con el reconocimiento y pago de los factores salariales de «auxilio de transporte, auxilio de alimentación y bonificación por zona de difícil acceso», correspondientes a los meses de septiembre de 2012 hasta el mes de julio de 2013, así como **la pretensión tercera**, referida al reconocimiento de la prima de servicios, prima o incrementos adicionales por antigüedad, bonificación por servicios prestados y la bonificación especial por recreación, desde el 18 de marzo de 2004 hasta el 31 de julio de 2013», las mismas no se encuentran a cargo del FOMAG, en la medida que se trata de elementos constitutivos de salario y no se trata de prestaciones sociales. En ese orden, su eventual reconocimiento y pago estarían a cargo de la entidad territorial nominadora, en este caso, el Municipio de Valledupar, entidad que como se indicó, fue excluida del debate procesal mediante decisión que goza de los atributos de ejecutoriedad y firmeza.

Ahora, respecto de la procedencia del reconocimiento de tales emolumentos salariales previstos en el **Decreto Ley 1042 de 1978**, **es necesario destacar que el artículo 104 literal b) ibidem**, estableció que las normas de ese decreto no se aplicarían al



personal docente de los distintos organismos de la rama Ejecutiva, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones, tal y como lo expresó el acto demandado.

En efecto, el personal docente goza de un régimen salarial y prestacional especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos desarrollan, el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos; al igual que gozan de un sistema de carrera especial, por lo que los aspectos relacionados con el ascenso y permanencia son distintas a las del resto de los empleados públicos (Decreto Ley 2277 de 1979, Estatuto Docente y Decreto 1278 de 2002, Estatuto de profesionalización docente).

En la **sentencia C- 566 de 1997**, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978, que excluyó a los docentes del ámbito de aplicación de esa norma, precisó lo siguiente:

«El sometimiento a un régimen salarial y prestacional especial de los maestros vinculados a la Administración Pública en sus distintos niveles, régimen especial que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos, no lesiona la Constitución sino que, más bien, posibilita la cabal observancia del mandato contenido en el artículo 58 de la misma, en cuanto protege los derechos adquiridos conforme a leyes anteriores.»

De otra parte, para el sector público por medio del Decreto 1045 de 1978 se fijan las reglas para la aplicación de las prestaciones sociales de los trabajadores del Estado, normas que en virtud de la Ley 6 de 1945 y Decreto 2767 del mismo año, se hacen extensivas a los servidores públicos del orden territorial.

En ese entendimiento, los elementos constitutivos de salario



establecidos en el Decreto 1042 de 1978 no son considerados prestaciones sociales sino que forman parte de los factores salariales para la liquidación de prestaciones sociales.

En tal sentido, el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece que : *«El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora , en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.»*

Ahora, no puede interpretarse que dicha norma haya creado la prima de servicios para los docentes y directivos docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que en aras de garantizar derechos adquiridos frente a tales asignaciones que ya se encontraban reconocidas y asegurar un responsable pago de tales conceptos, en virtud de la nacionalización de la educación, se designó como responsable a la Nación y no al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la continuidad en el pago de tales conceptos, toda vez que el Fondo como entidad de previsión social le corresponde el pago de las prestaciones sociales comunes, tales como cesantías, pensiones, sustitución pensional y servicios médicos asistenciales, entre otras, con ocasión de la afiliación y cotización que deben realizar trabajadores y empleadores a las entidades del sistema.

Así las cosas, en el párrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no pagará las primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, las cuales



continuaran a cargo de la Nación como entidad nominadora entratándose de dichos docentes.

Ahora, respecto a la prima de servicios, se contrae únicamente a las que se encontraban vigentes para la época de promulgación de la Ley y que eran pagadas a los docentes.

Adicionalmente, el numeral 1 del artículo 15 ibidem no hace mención al Decreto 1042 de 1978, precisamente porque este no crea prestaciones sociales sino que regula factores constitutivos de salario, de manera que las normas enunciadas en dicho artículo como son el Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 son una enumeración taxativa de las prestaciones que rigen para los docentes estatales afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

«**ARTÍCULO 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.[...]»

[...]

PARÁGRAFO 2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989: Primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones.»

Finalmente, habrá de destacarse que el artículo 4 de la Ley 91 de



1989 determina cuáles son las obligaciones del FOMAG:

ARTÍCULO 4o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

Por lo expuesto, las pretensiones primera y tercera propuestas contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no están llamadas a prosperar.

4. De la pretensión de reliquidación de la pensión de invalidez

Ahora bien, en relación con la pretensión de **Reliquidar la pensión de invalidez**, se observa que quien continúa actuando como demandado en el proceso es la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que al tenor de lo previsto en la Ley 91 de 1989 es la llamada a responder por aquella prestación social, motivo por el cual procede la Sala a emitir pronunciamiento sobre aquella.

La parte demandante solicitó reliquidar la primera mesada pensional reconocida, aplicándole la tasa de remplazo del 100% del último salario devengado, conforme al literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, tomando en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral padecida del 95.45%, y los salarios



devengados por la ex funcionaria.

Dentro del acervo probatorio obra la Resolución 452 de 2 de octubre de 2013, por la cual se reconoció la pensión de invalidez de la demandante con fundamento en la Ley 100 de 1993, para lo cual tuvo en cuenta lo siguiente:

- Que la señora Lastenia Esther verdugo Narváez presenta un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 95,45%, a partir del 1 de abril de 2013, fecha de estructuración de invalidez.
- Que lo anterior le da derecho a disfrutar de una pensión por invalidez equivalente al 54% del promedio salarial del último año.
- Que la docente adquiere el estatus el 1 de abril de 2013 con una mesada de \$589.500 y es retirada del servicio por resolución 001151 de 26 de abril de 2013,
- Que la pensión se hará efectiva a partir del 17 de julio de 2013.
- Los factores que sirvieron de base de liquidación fueron: la asignación básica del periodo comprendido entre el 13 de marzo de 2004 al 9 de abril de 2013, debidamente ajustado con el IPC, arrojando un IBL de \$927.283 al cual se le aplicó una tasa del 54% lo que asciende a la suma de \$500.732, la cual se ajusta al salario mínimo vigente para el 2013, es decir, \$589.500.

En ese orden, le corresponde a la Sala determinar si ¿la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de invalidez que le fue reconocida mediante la Resolución 452 de 2 de octubre de 2013, con los factores salariales y la tasa de reemplazo o porcentaje de IBL previstos en el literal A del artículo 63 del Decreto 1848 de 1969?



Para resolver el asunto, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) régimen pensional aplicable a los docentes oficiales – pensión de invalidez, y (ii) análisis del caso concreto.

4.1. Régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

La Ley 812 de 2003²⁵ 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 registrarían por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en la Leyes 100 de 1993²⁶ y 797 de 2003²⁷.

Precisamente, el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo de 2005 reiteró la coexistencia de dos regímenes prestacionales, de acuerdo con la fecha de vinculación, de la siguiente manera:

«[...] Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la

²⁵ "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario".

²⁶ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

²⁷ "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".



citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003. [...]»

Resulta de suma trascendencia precisar, que cuando el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se refiere al régimen prestacional anterior, es necesario verificar el contenido de los artículos 115 de la Ley 115 de 1994²⁸ y 6º de la Ley 60 de 1993²⁹, 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 1989³⁰, se establece como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados, el previsto para los empleados públicos del orden nacional, tal cual como se

²⁸ Por la cual se expide la Ley General de Educación” .

²⁹ “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”.

³⁰ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”



indica en el Decreto Ley 3135 de 1968³¹ y los Decretos 1848 de 1969³² y 1045 de 1978³³, así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación³⁴:

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

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

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

2. Pensiones:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.

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

³¹ 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.

³² Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

³³ 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.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008.



Bajo tal contexto normativo, **quienes se hubieren vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003** (fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003) les serán aplicables las normas que rigen la situación prestacional de los empleados públicos del orden nacional, y a aquellos que lo hicieron con posterioridad se registrarán por 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.

Al respecto, esta corporación³⁵ en sentencia de unificación sostuvo:

«[...]De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

- Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

i. Régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial

1. El Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 12 de febrero de 2009. Número interno: 1959-2008.



los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003". [...]»³⁶

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.

4.2. Regulación de la pensión de invalidez

Efectuada la precisión anterior, es claro que las prestaciones del personal docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, corresponden a las previstas para los empleados públicos del orden nacional, esto es, los Decretos 3135 de 1968³⁷ y 1848 de 1969³⁸, y para los vinculados a la docencia oficial después de esa fecha se rigen por la Ley 100 de 1993; por ende, se torna necesario referirse a la liquidación de la pensión de invalidez bajo tales preceptos normativos.

(a). 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, del contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 se observa que en el 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:

«(...) PENSION DE INVALIDEZ. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da

³⁶ En este mismo sentido lo sostuvo la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de abril de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2-19, actor: Abadía Reynel Toloza.

³⁷ 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.

³⁸ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.



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 respecto a la pensión 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.

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 (...).



Se concluye, que el reconocimiento de la pensión de invalidez de acuerdo con 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.

(b). Ley 100 de 1993

En los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993 se regulan los requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común y los parámetros para definir el monto en que debe ser reconocida. En ellos se señala que hay lugar a esta prestación cuando de manera involuntaria se sufre una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% que no tenga por causa un accidente de trabajo o una enfermedad laboral.

Originariamente, la Ley 100 de 1993 estableció como exigencias para acceder a la pensión, además de la declaratoria de invalidez en el porcentaje anteriormente aludido, los siguientes:

«[...] Artículo. 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley [...]

Luego, el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003 modificó dichos requisitos al (i) aumentar el número de semanas mínimas



de cotización exigidas a 50; (ii) eliminar el trato diferenciado entre afiliados que se encontraran cotizando al sistema y los que no lo estuvieran al momento de la estructuración del estado de invalidez y (iii) exigir fidelidad de cotización al sistema con aportes mínimos del «veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez».

No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia C-428 de 2009, declaró la inexecutable del requisito de fidelidad de cotización al sistema, con lo que el artículo 30 de la referida Ley 100 quedó del siguiente tenor:

«[...] ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de *invalidez* el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado *inválido* y acredite las siguientes condiciones:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> *Invalidez* causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

2. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> *Invalidez* causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, ~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE executable> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su *invalidez* o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años [...]



De las normas citadas se desprende que son tres los factores esenciales que permiten establecer si resulta procedente el reconocimiento de este derecho pensional en el Sistema General de Seguridad Social, a saber: (i) la disminución de la capacidad laboral, que debe ser igual o mayor al 50%; (ii) la fecha de estructuración de la invalidez; y por último (iii) el número de semanas cotizadas para ese entonces.

En ese orden, si con base en tales parámetros se establece que la persona es acreedora de la pensión de invalidez debe acudirse al artículo 40 de la Ley 100 de 1993 en aras de definir el monto mensual de la pensión de invalidez, así:

«[...] a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado [...]

4.3. Análisis sustancial

La demandante se vinculó como docente del municipio de Valledupar mediante nombramiento provisional contenido en la Resolución 505 de 15 de marzo de 2004 proferido por el Alcalde de dicho ente territorial, de acuerdo con la información que reposa en el Formato Único para la expedición del certificado de historia laboral visible a folios 200, 201, 252 y 253 del expediente y fue



desvinculada del servicio a partir del 16 de julio de 2013, mediante Resolución 001151 de 26 de abril de 2013 (f. 19).

Es claro que la docente fue vinculada al Municipio de Valledupar con posterioridad al 27 de junio de 2003, en razón a ello le resultaba aplicable la Ley 100 de 1993, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

Ello teniendo en cuenta el Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por el FOMAG el 22 de mayo de 2014, visible al folio 200, que da cuenta de su vinculación al municipio de Valledupar mediante Resolución 505 de 15 de marzo de 2004 y el periodo de cotizaciones efectivamente recibido por el Fondo.

Además, aunque en la demanda se afirma que la señora Berdugo Narváez presta sus servicios al Municipio de Valledupar desde el 29 de mayo de 1996, tal afirmación carece de sustento probatorio en el proceso pues no se arrimó prueba alguna que permita verificar la existencia de una vinculación con dicho ente territorial en fecha anterior.

Llama la atención de la Sala que en el formulario único para la expedición de certificado de historia laboral del 22 de mayo de 2014 allegado al folio 200 no se relacionan vinculaciones laborales con anterioridad a dicha fecha, por lo que no podrán tenerse por demostradas, pues dicho documento goza de presunción de autenticidad, la cual no fue desvirtuada por las partes.

En adición a lo anterior, no pasa desapercibido por la Sala que al tenor del Decreto 3752 de 2003, norma que reglamentó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, vigente para la época, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya



efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado.

Si bien es cierto, la demandante allegó el fallo judicial de 20 de marzo de 2013 a folios 36 a 71³⁹, en el que se condenó al departamento del Cesar a reconocer las prestaciones derivadas de algunos contratos de prestación de servicios, en el presente proceso la demandante tan solo demandó al Municipio de Valledupar y la única vinculación acreditada en la actuación es el nombramiento en provisionalidad a partir del 15 de marzo de 2004, tal y como consta en la Historia Laboral expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio allegada a folio 200.

Además, la demandante tampoco reclamó en sede administrativa tiempos de servicios anteriores al 2004, ello puede leerse de las pretensiones y hechos de la demanda, y aunque refiere que ha laborado en el municipio desde 1996, carece de prueba tal afirmación, en la medida que el Formato de Historial Laboral expedido por el FOMAG registra su vinculación al servicio docente solo desde 2004, mediante la Resolución 505 de 14 de marzo de esa anualidad.

No obstante y solo en gracia de discusión, en caso de vinculaciones anteriores, no puede pasar por alto la Sala que la estructuración de la invalidez se produjo en vigencia de la Ley 100 de 1993.

En efecto, el 1 de abril de 2013, la demandante fue dictaminada con pérdida de capacidad laboral en un 95,45% y en consecuencia, retirada del servicio mediante Resolución 001151 de 26 de abril de 2013 (folio 10), emitida por la Secretaría de

³⁹ La sentencia judicial que da cuenta de 7 órdenes interrumpidas entre 13 de agosto de 1999 a noviembre de 2002 de 90 y 17 días, y 3, 1, 3, 2 y 4 meses, respectivamente, con el Departamento del Cesar.



Educación del municipio de Valledupar, con efectos a partir de su expedición.

En ese orden, por medio de la Resolución 0452 de 2 de octubre de 2013, la entidad demandada resolvió reconocer a la demandante pensión de invalidez con base en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, la demandante afirma que la norma aplicable es el Decreto 1848 de 1968.

En criterio de la Sala, la demandante no tiene derecho a que se reliquide la pensión de invalidez con la aplicación del decreto 1848 de 1968 por las siguientes razones:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece lo siguiente:

«La edad para acceder a la **pensión de vejez**, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. »

Tal y como se desprende de su tenor literal, la citada disposición sólo establece este beneficio para la **pensión de vejez**, es por ello, que frente a la pensión de invalidez, ha de aplicarse la norma vigente para la fecha de consolidación de la situación que origina la prestación.

En este caso, la estructuración del estado de invalidez se produjo el 01 de abril de 2013 (f. 20), aunque la demandante fue retirada del servicio mediante Resolución 00115 de 26 de abril de 2013 por la Secretaría de Educación de Valledupar, con base en el dictamen



de invalidez, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

En ese orden, no le son aplicables a la demandante las disposiciones del Decreto 1848 de 1968, toda vez que su estado de invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por ende, su situación pensional debe regirse por dichas disposiciones, al tenor de lo dispuesto por la Ley 812 de 2003, dado que la demandante se vinculó al servicio docente el **15 de marzo de 2004 mediante la Resolución 505 expedida por el Alcalde de Valledupar.**

Precisado lo anterior, es claro que a la demandante le resultan aplicables los artículos 38 a 45 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, pues se vinculó al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y en ese orden, se regía por el régimen general para efectos de la pensión de invalidez, previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tal y como se mencionó en el acápite normativo de la presente sentencia.

Así las cosas, analizada la Resolución 0452 de 2 de octubre de 2013 se muestra evidente que la entidad accionada liquidó la pensión de invalidez dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 38 a 44 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, al disponer el 54% del ingreso base de liquidación por las primeras 800 semanas cotizadas, más el 2% de dicho ingreso por cada 50 semanas adicionales, lo que arrojó un monto del 54% del IBL, que ascendió a \$500.732, siendo ajustada al salario mínimo legal vigente para el año 2013.

En total, fueron cotizadas 438,0 semanas, incluyendo los tiempos al servicio del Municipio de Valledupar certificados al folio 200 del expediente.



Así mismo, se tuvo en cuenta como ingreso base, la asignación básica durante todo el tiempo de servicios comprendido entre 2004 a 2013, debidamente actualizados con base en el IPC, arrojando un IBL de \$927.283 al cual se le aplicó el 54%, quedando establecida su pensión en cuantía de \$589.500 a partir del 17 de julio de 2013, razón por la cual la pensión de invalidez reconocida se ajustó al ordenamiento jurídico superior, y en tal sentido no resulta procedente la petición de reliquidación de la primera mesada pensional y en tal sentido, habrá de negarse la pretensión tercera de la demanda.

Por lo expuesto se concluye que la entidad accionada dio aplicación a las normas que regulan la situación jurídica pensional de la demandante, motivo por el cual, no resulta procedente la reliquidación pensional solicitada en la demanda, siendo lo procedente confirmar el numeral segundo de la sentencia apelada en cuanto negó esta pretensión, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

Conclusión

En este orden de ideas, consecuencia de las consideraciones expuestas, la Sala procederá a revocar el numeral primero de la sentencia que declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda respecto de la pretensión relacionada con la reliquidación de la primera mesada pensional de conformidad con el Decreto 1848 de 1969 y los menores valores reconocidos por concepto de auxilio de transporte.

Se confirmará el numeral segundo que negó las pretensiones, pero por las consideraciones expuestas en este fallo.



5. De la condena en costas en segunda instancia⁴⁰

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho⁴¹, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁴² y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

No se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, al tenor del numeral 5 del artículo 365 del CGP, toda vez que el recurso de apelación prosperó parcialmente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia del 12 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar en cuanto declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda, respecto de la pretensión relacionada con la reliquidación de la primera mesada pensional de conformidad con el Decreto 1848 de 1969 y los menores valores reconocidos por concepto de

⁴⁰ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

⁴¹ Artículo 361 del Código General del Proceso.

⁴² Artículo 171 numeral 4 en concordancia con el artículo 178, ibidem.



auxilio de transporte, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva. En su lugar se **NIEGAN** dichas pretensiones pero por las razones expuestas en la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral **segundo** de la sentencia del 12 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE CON SALVAMENTO DE VOTO

La anterior providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

