

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Expediente: 150012333000201200170 01
Referencia: 3008-2013
Actor: LEONEL HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
AUTORIDADES NACIONALES

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia escrita, dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de mayo de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá accedió a las pretensiones de la demanda

¹ “**ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.** El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...)”.

formulada por el señor LEONEL HERNÁNDEZ HÉRNANDEZ contra La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANTECEDENTES

El señor Leonel Hernández Hernández, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitando la nulidad parcial de la Resolución No. 1154 de 22 de septiembre de 2006 a través de la cual el Secretario de Educación de Boyacá, actuando en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó a su favor el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión que viene percibiendo, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al momento en que se produjo su retiro del servicio por invalidez, entre ellos, el auxilio de movilización, las primas de alimentación, grado, navidad, vacaciones y rural, así como el sobresueldo del 20%.

Finalmente solicitó que se ajusten las sumas resultantes de las diversas condenas conforme a los artículos 171, 177 y 178 del C.C.A., y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

Se sostuvo en la demanda, que la Secretaría de Educación Departamental de Boyacá, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispuso el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a favor del señor Leonel Hernández Hernández, en su condición de docente oficial, al verificar la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje igual al 96%.

Se precisó que, al momento de establecer el ingreso base de liquidación de la referida prestación pensional, no se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el accionante, lo que trajo consigo una vulneración a sus derechos adquiridos y a la reglamentación legal expedida en esa materia.

Se sostuvo que, las entidades demandadas desconocieron el precedente del Consejo de Estado en relación con la forma en que debía establecerse el ingreso base de liquidación de una prestación pensional toda vez que, a juicio del señor Leonel Hernández Hernández, la referida Corporación había determinado que siempre que se estableciera el monto de una prestación de naturaleza pensional debían ser incluidos, en el cálculo de la base de la pensión, la totalidad de los factores devengados por el interesado.

Se adujo, que no había duda que al señor Leonel Hernández Hernández le asistía el derecho constitucional y legal a que la prestación pensional que venía percibiendo fuera reliquidada, esto es, con inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año en que prestó sus servicios como docente oficial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 48, 53 y 58.

De la Ley 91 de 1989, el artículo 15.

La Ley 60 de 1993.

La Ley 115 de 1994.

La Ley 33 de 1985.

De la Ley 715 de 2001, el artículo 38.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que el hecho de que la Secretaria de Educación de Boyacá, el Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al liquidar la pensión de invalidez del señor Leonel Hernández Hernández niegue la aplicación de las reglas jurisprudenciales definidas por el Consejo de Estado, no sólo desconoce un derecho adquirido en cabeza del demandante sino que hace más gravosa su situación, al tener en cuenta un régimen pensional que no resultaba aplicable al caso concreto.

Precisó que, la negativa de la administración a reliquidar la prestación pensional del demandante, con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año en que prestó sus servicios, claramente vulneró sus derechos a la dignidad humana y al mínimo vital y móvil.

Se precisó que, el acto acusado también vulneró el principio de eficiencia que orienta el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en razón a que el cálculo

que sirvió para estimar el ingreso base de liquidación de la prestación pensional, reconocida al señor Leonel Hernández Hernández, fue restrictivo lo que condujo a negarle la posibilidad de disfrutar de una prestación pensional que lograra satisfacer todas necesidades personales y familiares.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 60 a 63):

Se manifestó que, no es cierto que los docentes que a 31 de diciembre de 1980 se encontraban vinculados al servicio oficial gozaran de un régimen especial de pensiones toda vez que, la Ley 91 de 1889 en ningún caso se refirió a requisitos, especiales para el reconocimiento de una prestación pensional, distintos a los consagrados en las normas de carácter general, a saber, Ley 33 de 1985.

De igual forma se adujo que, el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 establece que la base que se tiene en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, no podrá ser diferentes a la base de cotización sobre la cual se hubieran efectuado los aportes del docente.

En otras palabras, sostuvo la entidad demandada, que según lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003, el monto de la prestación pensional de un docente oficial debe ser liquidada teniendo en cuenta únicamente la asignación básica percibida, salvo que se demuestre el pago efectivo de aportes sobre otros factores salariales de tal forma que éstos últimos puedan ser tenidos en

cuenta al momento de calcular el ingreso base de liquidación de la prestación pensional.

Bajo estos supuestos, concluyó la demandada que no había lugar a declarar la nulidad del acto administrativo acusado, a través del presente medio de control, dado que el señor Leonel Hernández Hernández no demostró haber efectuado aportes sobre los factores salariales que hoy pretende incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la prestación pensional que vienen percibiendo.

LA SENTENCIA APELADA

El 16 de mayo de 2013, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 182² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia dentro del proceso de la referencia, accediendo a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos (fls. 80 a 84):

² **“ARTÍCULO 182. AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo anterior, esta audiencia deberá realizarse ante el juez, sala, sección o subsección correspondiente y en ella se observarán las siguientes reglas:

1. En la fecha y hora señalados se oirán los alegatos, primero al demandante, seguidamente a los terceros de la parte activa cuando los hubiere, luego al demandado y finalmente a los terceros de la parte pasiva si los hubiere, hasta por veinte (20) minutos a cada uno. También se oirá al Ministerio Público cuando este a bien lo tenga. El juez podrá interrogar a los intervinientes sobre lo planteado en los alegatos.

2. Inmediatamente, el juez, de ser posible, informará el sentido de la sentencia en forma oral, aún en el evento en que las partes se hayan retirado de la audiencia y la consignará por escrito dentro de los diez (10) días siguientes.

3. Cuando no fuere posible indicar el sentido de la sentencia la proferirá por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes. En la audiencia el Juez o Magistrado Ponente dejará constancia del motivo por el cual no es posible indicar el sentido de la decisión en ese momento.”.

Señaló el Tribunal que de acuerdo a lo dispuesto por el legislador en la Ley 91 de 1989 y, teniendo en cuenta, la condición de docente nacionalizado que ostentó el actor durante toda su vinculación laboral, no había duda que el régimen pensional aplicable a su situación particular era el previsto en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

En efecto se precisó, que el artículo 23 del Decreto 3135 de 1968 estableció que en los eventos en que un servidor público experimentara una pérdida igual o superior al 95% de su capacidad laboral tendría derecho al reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, equivalente al 100% del último sueldo mensual devengado. Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, manifestó el Tribunal que el señor Leonel Hernández Hernández tenía derecho a gozar de una pensión de invalidez teniendo en cuenta que la pérdida de su capacidad labora ascendió al 96%.

En lo que se refiere al cálculo del monto de la referida prestación pensional, el Consejo de Estado ha sostenido que resulta necesario acudir a las disposiciones previstas en el Decreto 1045 de 1978, dado que el citado Decreto 3135 de 1968 no establecía los factores a tener en cuenta la momento de liquidar una prestación pensional por invalidez.

Bajo estos supuestos, y en aplicación a lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 4 de agosto de 2010, la prestación pensional que vienen percibiendo el señor Leonel Hernández Hernández debe ser reliquidada con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año en que prestó sus servicios, entre ellos, auxilio de movilización, las primas de alimentación, grado, rural, navidad y vacaciones.

Así las cosas, el Tribunal declaró la nulidad del acto administrativo acusado y, en consecuencia, accedió a las pretensiones de la demanda.

EI RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con los siguientes argumentos (fls. 88 a 92):

Advierte en primer lugar que, el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 estableció que el ingreso base de liquidación de la totalidad de las pensiones causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 no puede ser distinto *“a la base de cotización sobre la cual se realizaban los aportes”* durante el tiempo que permaneció laborando el servidor de que se trate.

Así las cosas, se precisó que los factores salariales a los que se refiere la Ley 812 de 2003, para integrar la base de liquidación de una prestación pensional de un docente oficial, no son otros que los previstos en el Decreto 1158 de 1998, los cuales fueron tenidos en cuenta en el caso particular del demandante.

En este mismo sentido se sostuvo, a manera de ejemplo, que ya desde la expedición de la Ley 33 de 1985 el legislador había previsto que el monto de las pensiones de jubilación debía ser, en todo caso, *“un reflejo”* de los aportes efectivamente pagados por el pensionado que reclamaba su derecho prestacional.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 a través del cual, se dispuso que *“para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.”*

En consideración a lo expuesto, la parte demandada solicitó se revocara la sentencia impugnada y, en su lugar, que se negaran la totalidad de las pretensiones de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A folios 154 a 161 la Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia impugnada, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Considera el Ministerio Público que, la prestación pensión de invalidez para los docentes está regulada en el artículo 23 del Decreto 3135 de 1968, en cuanto se exigen en la citada disposición una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 75% para efectos de garantizar su reconocimiento y pago.

En lo que se refiere a la forma de establecer el monto de la prestación pensional por invalidez para los docentes, sostuvo la referida Agencia Fiscal que el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, dispuso que tratándose de una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 95% el valor de la prestación pensional sería igual al último salario devengado por el empleado oficial, o el último promedio mensual, si fuere variable.

Teniendo en cuenta lo anterior, manifestó la Procuraduría que estando probado que el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del señor Leonel Hernández Hernández era superior al 95% no había duda de que el monto de la prestación pensional que debía reconocérsele era igual a la *“totalidad del último salario devengado.”*, tal y como lo estimó el Tribunal en la sentencia apelada.

En ese mismo sentido, se adujo que la Ley 65 de 1946 entendía por salario todas las sumas habitual y periódicamente percibidas por un trabajador como retribución a la prestación de sus servicios, lo que en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978 hacía necesario incluir en la base de la prestación pensional del demandante la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

I. El problema jurídico

Se trata de determinar si en el presente caso el demandante, al haber laborado como docente oficial, tiene derecho a obtener la reliquidación de la pensión de invalidez que viene percibiendo, esto es, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año en que prestó sus servicios.

II. **Del régimen pensional aplicable al demandante**

La Ley 812 de 2003 a través de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 reguló algunos aspectos relacionados con el régimen prestacional de los docentes oficiales, en sus niveles nacional, territorial y nacionalizado. En efecto, la referida norma distinguió entre el personal docente vinculado con anterioridad y posterioridad a su entrada en vigencia, 27 de junio de 2003, para efectos de determinar el régimen prestacional aplicable a cada grupo de docentes.

En relación con los primeros, esto es, los docentes que venían vinculados antes del 27 de junio de 2003 señaló la referida disposición que le serían aplicables las normas vigentes con anterioridad a la citada fecha y, en lo que se refiere al segundo grupo, a saber, los que se vinculan al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, dispuso la norma en cita que se regirían por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, en lo que interesa al caso concreto 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 1994 y 6 de la Ley 60 de 1993, 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.**”.*

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

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

Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación³ establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

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

“(...) Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para

³ Ver Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 dispone:

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

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

2. Pensiones:

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

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

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

Ahora bien, al revisarse el contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 advierte la Sala que en su artículo 23 se establece el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

Así se observa en la citada norma:

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

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

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

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

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

Art. 61. DEFINICIÓN.

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

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

*“**Art. 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN.** El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el*

empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

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

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

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

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

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

Lo anterior, estima la Sala, sin que deba perderse de vista que la Ley 65 de 1946 ya había señalado que por salario debía entenderse no sólo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas habitual y periódicamente percibidas por el empelado como retribución a sus servicios⁶.

De acuerdo con el recuento normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, esto es, para los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, dicha norma se refiere finalmente a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

Y, en cuanto al monto de la referida prestación, estima la Sala, en primer lugar, que el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 63 dispuso que el monto de la pensión de invalidez se liquidaría teniendo en cuenta el último salario

⁶ Al respecto puede verse la Sentencia de 19 de noviembre de 2009. Rad. 0109-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

devengado por el empleado beneficiario de la citada prestación y, en segundo lugar, que la Ley 4 de 1996 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 precisaron, respectivamente, que el monto de la pensión por invalidez debía ser igual al 75% del promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios.

Finalmente, debe decirse que la Ley 65 de 1946 dispuso que, en todo caso, por salario debía entenderse *“no sólo la asignación básica fijada por la ley sino todas las sumas habitual y periódicamente percibidas por el empleado como retribución a sus servicios”* lo que resulta concordante con la tesis mayoritaria expresada por esta Subsección en sentencia de 18 de junio de 2009. Rad. 0179-2008. MP. Bertha Lucía Ramírez de Páez, según la cual la enunciación de los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 no puede ser entendida en ningún caso como taxativa⁴.

Bajo estos supuestos, estima la Sala que la liquidación de la prestación pensional por invalidez reconocida a un docente oficial debe tener en cuenta, en su ingreso base de liquidación, la totalidad de los factores salariales

⁴ Esta Subsección consideró que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general *“pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”*. Frente a este pronunciamiento el Despacho que sustancia la presente causa, mediante salvamento de voto, manifestó su disenter en relación con la providencia antes transcrita al precisar que: *“El principio de favorabilidad supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, pues la legislación pensional ha procurado tomar en cuenta, en materia de edad, la realidad demográfica y, por eso, ha ido aumentando gradualmente la edad para acceder a esta prestación; y en materia de factores de liquidación ha buscado la correlación y coherencia financiera del sistema de pensiones, procurando que el reconocimiento pensional se efectúe únicamente con los factores previstos de manera expresa por el legislador y no con todo lo devengado por el trabajador.”*

devengados por éste durante el último año en que prestó efectivamente sus servicios. Lo anterior, en consideración a lo dispuesto en la Ley 65 de 1946, Decreto 1848 de 1969, la Ley 4 de 1966, el Decreto 1743 de 1966 y el criterio jurisprudencial expuesto en precedencia.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, la Sala entrará a determinar si el señor Leonel Hernández Hernández, en su condición de docente oficial, tenía derecho a la reliquidación de la prestación pensional por invalidez que viene percibiendo desde el 22 de mayo de 2006, con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados efectivamente en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio por invalidez.

III. Del caso concreto

A través del presente medio de control el señor Leonel Hernández Hernández solicita la nulidad de la Resolución No. 1154 de 22 de septiembre de 2006, mediante la cual el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá, en representación del Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a partir del 22 de mayo de 2006.

Precisó el demandante que, la Secretaría de Educación departamental de Boyacá, en el acto administrativo acusado, al establecer el ingreso base de liquidación de la prestación pensional reconocida, sólo tuvo en cuenta la asignación básica que venía devengando como docente oficial sin incluir la totalidad de los factores salariales percibidos en el año inmediatamente anterior a su retiro por invalidez, entre ellos, las primas de navidad,

vacaciones, rural, alimentación y grado, así como el auxilio de movilización y el sobresueldo del 20%.

Sobre este particular, y teniendo en cuenta el material probatorio allegado al expediente, advierte la Sala que, en efecto, mediante Resolución No. 1154 de 22 de septiembre de 2006 el Secretario de Educación departamental de Boyacá dispuso el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor del demandante, en los siguientes términos:

**“FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**

RESOLUCIÓN No. 1154 de 22 de septiembre de 2006

Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de invalidez

El Secretario de Educación de Boyacá

En nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades legales que confiere la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005 y el Decreto 2831 de 2005

Y

CONSIDERANDO

Que el señor Leonel Hernández Hernández (...) mediante petición radicada bajo la página WEB (...) del 23 de junio de 2006, solicita el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez de conformidad con la pérdida de capacidad laboral ocasionada durante la prestación de sus servicios como docente nacionalizado en la Escuela Puente Chiquito del municipio de Chiscas en el Departamento de Boyacá.

Que como soporte de su petición adjunta los siguientes documentos:

- *Fotocopia de la cédula de ciudadanía.*
- *Tiempo de servicio expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá.*

- *Certificado de sueldos expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá.*
- *Certificado de tiempo de servicio en el cual se demuestra que el peticionario inició a laborar el 18 de febrero de 1977 al 21 de mayo de 2006, fecha de lo retiro por invalidez, así: 29 años, 03 meses y 04 días para un total de 10.534 días laborados en forma continua.*

Que según Decreto No. 000835 del 1 de junio de 2006, emanado de la Secretaría de Educación de Boyacá se le retira del servicio activo al docente a partir del 22 de mayo de 2006, por tener pérdida de capacidad laboral que de conformidad con las normas legales pertinentes le impiden seguir prestando los servicios de docente.

Que según concepto médico laboral expedido en fecha 22 de mayo de 2006, por Colombiana de Salud S.A. el médico laboral califica la pérdida de capacidad laboral de la docente superior al 95% que da derecho a una pensión de invalidez equivalente al 100% del último salario devengado.

Que son factores salariales para la liquidación de la pensión por invalidez son los siguientes (sic):

Asignación Básica	<u>\$ 1.938.290</u>
Total Salario Base de liquidación	\$ 1.938.290

$\$ 1.938.290 \times 100\% = \$ 1.938.290$

Son: un millón novecientos treinta y ocho mil doscientos noventa pesos (\$ 1.938.290) M/CTE mensuales efectiva a partir del 22 de mayo de 2006. (...).”

Sin embargo, como ya quedó dicho, el demandante consideró que el monto de la prestación pensional reconocida por la Secretaría de Educación departamental de Boyacá no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que había devengado en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio por invalidez y, para demostrar lo anterior, allegó al expediente copia del certificado “de salarios devengados” de 20 de octubre de 2010 expedido por la referida Secretaría de Educación.

Para mayor ilustración se transcriben los apartes pertinentes del citado certificado (fls. 10):

“Que el señor Leonel Hernández Hernández (...) con régimen Nacionalizado, tipo de nombramiento en propiedad, nivel primaria y dedicación de tiempo completo; devengó los siguientes factores salariales así:

AÑO	MES	FACTOR	VALOR
2005 1.845.990	septiembre	Asignación básica	
		Auxilio de movilización	18.459
		Prima de alimentación	450
		Prima de grado	150
		Prima rural	184.599
2005 1.845.990	octubre	Asignación básica	
		Auxilio de movilización	18.459
		Prima de alimentación	450
		Prima de grado	150
		Prima rural	184.599
2005 1.845.990	noviembre	Asignación básica	
		Auxilio de movilización	18.459
		Prima de alimentación	450
		Prima de grado	150
		Prima de vacaciones	
1.024.824		Prima rural	184.599
2005 1.845.990	diciembre	Asignación básica	
		Auxilio de movilización	12.306

			<i>Prima de alimentación</i>	300
			<i>Prima de grado</i>	150
			<i>Prima de navidad</i>	
2.135.050			<i>Prima rural</i>	184.599
2006	enero		<i>Asignación básica</i>	
1.938.290			<i>Auxilio de</i>	
<i>movilización</i>	13.567			
			<i>Prima de alimentación</i>	315
			<i>Prima de grado</i>	150
			<i>Prima rural</i>	193.829
2006	febrero		<i>Asignación básica</i>	
1.938.290			<i>Auxilio de movilización</i>	19.382
			<i>Prima de alimentación</i>	450
			<i>Prima de grado</i>	150
			<i>Prima rural</i>	193.829
2006	marzo		<i>Asignación básica</i>	
1.938.290			<i>Auxilio de movilización</i>	19.382
			<i>Prima de alimentación</i>	450
			<i>Prima de grado</i>	150
			<i>Prima rural</i>	
193.829				
2006	abril		<i>Asignación básica</i>	
1.938.290			<i>Auxilio de movilización</i>	19.382
			<i>Prima de alimentación</i>	450
			<i>Prima de grado</i>	150
			<i>Prima rural</i>	193.829
2006	mayo		<i>Asignación básica</i>	
1.358.802			<i>Auxilio de movilización</i>	13.567
			<i>Prima de alimentación</i>	315
			<i>Prima de grado</i>	105
			<i>Prima rural</i>	
135.880 (...)."				

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

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

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

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

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

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

Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de

establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

Finalmente dirá Sala que, tal y como lo estimó el Tribunal, en el caso concreto si hay lugar a declarar la prescripción sobre las mesadas pensionales del demandante, causadas con anterioridad al 24 de enero de 2008, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969. Lo anterior toda vez que, el señor Leonel Hernández Hernández, al no tener la obligación de agotar la vía gubernativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51⁸ del Código Contencioso Administrativo, solicitó audiencia de conciliación prejudicial, ante la Procuraduría 67, Judicial II, del municipio de Tunja, Boyacá, el 24 de enero de 2011⁹, esto, antes de acudir a esta Jurisdicción a controvertir la legalidad del acto administrativo que ordenó a su favor el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez a partir del 22 de mayo de 2006 (fls. 30 a 32).

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estima al Sala que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución No. 1154 de 22 de septiembre de 2006 y, en consecuencia, se

⁸ Contra la Resolución No. 1154 de 22 de septiembre de 2006 únicamente procedía el recurso de reposición.

⁹ La Sala tendrá en cuenta esta fecha, para efectos de interrumpir el término de prescripción previsto en las normas citadas, como quiera que no se advierte dentro del expediente prueba de que el demandante, con anterioridad al 24 de enero de 2011, haya solicitado en sede administrativa la reliquidación de su prestación pensional por invalidez.

hace necesario confirmar la sentencia de 16 de mayo de 2013, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda formulada por el señor Leonel Hernández Hernández contra el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 16 de mayo de 2013, por la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá accedió a las súplicas de la demanda promovida por Leonel Hernández Hernández contra La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE
VÉLEZ**

SANDRA LISSET IBARRA

ALFONSO VARGAS RINCÓN (E)



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre