



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR  
Valledupar, veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: MARÍA EUGENIA SERNA MOJICA  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio  
Radicación: 20-001-23-33-003-2016-00497-00

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

### I.- ASUNTO

Procede la Sala a dictar sentencia en el presente proceso promovido, por la señora MARÍA EUGENIA SERNA MOJICA, a través de apoderado judicial, contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### II.- ANTECEDENTES

#### 2.1.- HECHOS.

La demandante manifiesta que prestó sus servicios personales como docente a favor del municipio de Valledupar en la Institución Caracolí desde su nombramiento a través de resolución 00980 de 19 de julio de 2007, y que a través del Dictamen Bo. SOV 034112013 de 18 de noviembre de 2013, le fue determinada un porcentaje del 86.36% de pérdida de capacidad laboral de origen profesional por la UT ORIENTE REGIÓN.

Indica que mediante Resolución No. 002784 de 20 de noviembre de 2013, fue retirada del servicio activo por la Secretaría de Educación Municipal, como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, y que a través de la Resolución No. 0189 de 8 de mayo de 2014, la Secretaría de Educación del Municipio de Valledupar, le reconoció la pensión de invalidez, aplicando una tasa de reemplazo del 54% y teniendo en cuenta los años comprendidos del 2007 a 2013.

Refiere que habiéndose determinado como enfermedad profesional, la norma aplicable es la que rige los riegos profesionales, para el caso en concreto por tratarse de una docente adscrita al Magisterio, el literal B del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, que determina una tasa de reemplazo del 75% del salario del último año de servicio cuando la pérdida de capacidad laboral supere el 66%, tal como ocurre en este asunto.

Sostiene que en la valoración de medicina ocupacional realizada por la UT ORIENTE REGIÓN 5, con fecha 19 de noviembre de 2014, a través de Dictamen No. SOR 1114036, le determinó un aumento en el PCL correspondiente al 89.7% de origen profesional, y que en la última valoración se evidenció el aumento del grado de pérdida de capacidad laboral en un 90.05%.

Aduce que el 16 de junio de 2016 y el 11 de julio de 2016, presentó reclamo en sede administrativa, petición que fue negada a través de los actos administrativos demandados.

## 2.2.- PRETENSIONES.

La demandante solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios OFPSM-0455 de 5 de julio de 2016 y OFPSM-0504 del 22 de julio de 2016, a través de los cuales la Secretaría de Educación del Municipio de Valledupar, niega reliquidar la primera mesada pensional reconocida mediante la Resolución 0189 de 8 de mayo de 2014.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la primera mesada pensional, reconocida a través de la Resolución 0189 de 8 de mayo de 2014, a la señora MARÍA EUGENIA SERNA MOJICA, aplicándole en su caso la tasa de reemplazo del 75% del salario del último año de servicio, conforme a lo dispuesto en el literal B del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012 y en el literal B del artículo 10 del Decreto 1771 de 1994, teniendo en cuenta el grado de pérdida de capacidad laboral alcanzo el 86.36%, de origen profesional y los salarios devengados.

Así mismo, que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las mesadas retroactivas causadas desde el 24 de noviembre de 2013 hasta que se realice y verifique el pago.

Que se condene a realizar la indexación de todos y cada uno de los valores a cancelar, a reconocer los intereses legales y a pagar las costas y agencias en derecho.

## 2.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La actora estima vulnerados los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 83 de la Constitución Política, el literal B del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, el literal b del artículo 10 del Decreto 1771 de 1994 y el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, desarrollado por el artículo 10 del Código Civil. Toda vez que la entidad demanda bajo una interpretación errada, decidió aplicar a la señora SERNA MOJICA, las normas que regulan el Sistema General de Pensiones, contenidas en la Ley 100 de 1993, sin tener en consideración que la prestación económica de la actora fue consecuencia de una enfermedad profesional, y por tanto su reconocimiento debió ser en el equivalente al 75% del salario del último año de servicios a la fecha de la calificación de invalidez, con un tasa de reemplazo del 75% con la inclusión de todo los factores salariales devengados .

## III.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se opone a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones señaladas en el libelo de la demanda, por cuanto asegura que estas no se ajustan a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de invalidez, tal como lo pretende.

Manifiesta que no existió omisión, ni violación a derecho alguno en la respuesta dada en los actos demandados, toda vez que la docente fue retirada del servicio por declaración de insubsistencia y el dictamen médico es posterior al retiro.

Propuso la excepción de buena fe argumentando haber actuado de esta manera durante la recepción para el estudio, aprobación o rechazo teniendo en cuenta el Decreto 2831 de 2005.

#### IV.- ALEGATOS

Demandante. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, resaltando que el acto administrativo acusado, no respeta el ordenamiento jurídico, especialmente las normas en las cuales debía fundarse, por lo que es viable conceder la reliquidación de la pensión.

Refiere que a la demandante, se le determinó una pérdida de capacidad laboral inicial de 86.36% y actual de 90.05% de origen profesional, por lo que la entidad demandada debió aplicarle las normas propias que regulan los riesgos profesionales, contenidas en la Ley 776 de 2002, que estipula una tasa de reemplazo del 75% del ingreso base de liquidación.

#### VI.- CONSIDERACIONES

Como se estableció en la fijación del litigio el presente caso consiste en determinar si son nulos o no los actos administrativos acusados, y si a título de restablecimiento del derecho hay lugar o no a condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la primera mesada pensional de la pensión de invalidez con la aplicación de la tasa de reemplazo del 75% del último salario devengado, conforme a lo dispuesto en el el literal B del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, y en el literal B del artículo 10 del Decreto 1771 de 1994, teniendo en cuenta que el grado de pérdida de capacidad laboral alcanzó el 86.36% de origen profesional y los salarios devengados por la exfuncionaria.

De igual forma, se deberá establecer si hay lugar o no a condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar a la actora, a título de restablecimiento del derecho, las mesadas retroactivas causadas desde el 24 de noviembre de 2013 hasta que se realice y se verifique el pago.

##### 6.1. Régimen pensional aplicable a los docentes.

La ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y agrupó en un mismo cuerpo normativo el régimen prestacional y de seguridad social de los docentes oficiales, quienes a partir del 1° de enero de 1990, debían vincularse obligatoriamente a dicho Fondo, entidad encargada de pagar la totalidad de sus prestaciones.

En lo relacionado con el sistema de riesgos profesionales docente, la ley en cita no estableció regulación normativa, razón por la cual las prestaciones médicos-asistenciales y económicas derivadas de los riesgos profesionales a los cuales se ven expuestos los educadores, se otorgan dentro de los regímenes de salud y pensiones que los cobija, y se financian con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Ley 100 de 1993 "Por la cual crea el Sistema de Seguridad Social Integral", exceptuó a los docentes de la aplicación del sistema de seguridad social allí contenido; reza el artículo 279:

*"Artículo 279. Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*

*Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...*. Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995.

Con posterioridad, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, es decir, se siguió remitiendo para tales efectos, a la normatividad prevista en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y las Leyes 33 y 62 de 1985.

No obstante, 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.

En este orden de ideas, lo que hizo la Ley 812 de 2003, fue incluir a los docentes en el régimen de la Ley 100 de 1993, pero ello en relación, con quienes se vincularon con posterioridad a su expedición, la sentencia de 13 de noviembre, radicado No. 15001-23-33-000-2012-00170-01 (3008-13), MP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, destacó:

*"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".*

De acuerdo con el recuento normativo expuesto en precedencia, 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.

Así las cosas, se encuentra probado que la demandante se vinculó en provisionalidad al servicio oficial docente el 27 de julio de 2007 (fls. 2-4), es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2013. En tanto, el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

## 6.2. De la pensión de invalidez.

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.

En el presente caso se encuentra aportado el dictamen de calificación de invalidez<sup>1</sup> realizado a la señora MARÍA EUGENIA SERNA MOJICA, llevado a cabo por U.T ORIENTE REGIÓN 5, el día 18 de noviembre de 2013, en el que se estableció que la actora tiene un porcentaje de invalidez del 86.36 de origen PROFESIONAL (fl.4).

El artículo 249 de la Ley 100 de 1993, reguló lo relacionado con el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez por riesgos profesionales, indicando:

*“Artículo 249. Calificación del estado de invalidez. La calificación del estado de invalidez derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional se sujetará a lo dispuesto en esta Ley para la calificación de la invalidez por riesgos común”.*

Y en el artículo 250 ídem, estipuló:

*“Artículo 250. Calificación del estado de invalidez. La calificación del estado de invalidez derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional se sujetará a lo dispuesto en esta Ley para la calificación de la invalidez por riesgo común”*

Sin embargo, mediante la Ley 776 de 2002<sup>2</sup>, se dictaron normas relacionadas sobre la organización, administración y prestaciones del sistema de riesgos profesionales, y como quiera que el origen de la discapacidad que originó la pensión reconocida a la actora fue profesional, y en dicho contexto prescribe que:

*“ARTÍCULO 10. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:*

*a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una*

<sup>1</sup> También obra el dictamen de revaloración de fecha 30 de noviembre de 2015, que establece la PCL en un porcentaje de 90.05% de origen profesional (fls.12-14).

<sup>2</sup> Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.

*pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación;*

*b) Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación;*

*c) Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).*

*(...)*”.

En cuanto al ingreso base de liquidación y al periodo que se lo define, se tiene el Decreto 692 de 1994<sup>3</sup>, señala que:

*“ARTICULO 46. INGRESO BASE DE LIQUIDACION. Se entiende por ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, el promedio de los salarios o rentas mensuales de los últimos 10 (diez) años de cotizaciones o su equivalente en número de semanas sobre las cuales efectivamente se cotizó, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, total nacional, según la certificación del DANE.*

*Para las pensiones de invalidez y sobrevivientes, de quienes no hubieren alcanzado a cotizar diez (10) años, será el promedio de los salarios o rentas mensuales cotizados durante todo el período de cotización, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, total nacional, según la certificación del DANE.*

*(...)*”

De lo anterior se colige, que el Sistema Integral de Seguridad Social, prevé una pensión de invalidez de origen profesional, causada por la afiliación, y sin atender el número de semanas cotizadas, cuyo monto se define a partir del grado de pérdida de la capacidad laboral del empleado.

### 6.3. Caso concreto.

En el acto administrativo de reconocimiento de la pensión Resolución No. 0189 de 8 de mayo de 2014, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, se consideró:

*“- Que los factores que sirvieron como de liquidación son:*

*(...)*

*Total tiempo laborado 03-07-2007 al 28-08-2013: 2.215 días /7: 316 semanas*

*Salario promedio 1.284.279 x 54%: 693.511*

<sup>3</sup> Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993

*Mesada \$693.511*

*Que de acuerdo al certificado médico expedido por UT ORIENTE REGIÓN 5, entidad que presta el servicio Médico Asistencial, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral es del 98.86%, a partir del 18-11-2013, fecha de estructuración de invalidez, lo cual le da derecho a disfrutar de una pensión por invalidez equivalente al 100% del promedio salarial del último año.*

*Que a docente adquiere el status el 18 de noviembre de 2013 con una mesada de \$693.511 SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS ONCE PESOS y es retirada del servicio por Resolución No. 002784 de fecha 20 de noviembre de 2013 se hará efectiva a partir del 23 de noviembre de 2013, fecha en que cesó el auxilio económico”.*

*(...)*

De acuerdo con lo anterior, se observa que para establecer el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez, la entidad accionada dio aplicación a los artículos 38 y 40 de la Ley 100 de 1993, según los cuales el monto mensual de la prestación sería equivalente al 54% del IBL, cuando la disminución en la capacidad laboral sea igual o superior al 66%.

A juicio de la Sala, si bien la entidad demandada debía aplicar el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, ello porqué la demandante ingresó al servicio docente el 27 de julio de 2007, esto es, con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, se encuentra a prima facie que la accionada incurrió en un yerro al no tener en cuenta que a la señora MARÍA EUGENIA SERNA MOJICA, le fue calificada la pérdida de la capacidad laboral por una enfermedad de origen profesional, invalidez que no encuentra regulación en los articulados aplicados por la entidad.

En estas condiciones, pese a que se reconoció la pensión de invalidez con fundamento en la Ley 100 de 1993, disposición que regula el régimen pensional de prima media, lo cierto es que la demandada, al efectuar el reconocimiento de la pensión que aquí se estudia, no tuvo en cuenta la calificación del origen de la enfermedad diagnosticada a la demandante (profesional), de lo que se puede establecer sin discusión alguna que el monto porcentual aplicado para establecer el quantum de la prestación no fue el dispuesto en el literal b) del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, en consonancia con el artículo 46 del Decreto No. 692 de 1994, conforme a los cuales la liquidación de la pensión por invalidez, debía efectuarse con el 75% del promedio de los salarios cotizados durante todo el tiempo de servicio, y no en un 54% como lo aplicó la demandada, porcentaje, se reitera, dispuesto para calcular las pensiones por riesgo común, y no para riesgos profesionales, como la determinada para la docente que demanda.

En un asunto similar a este, el Consejo de Estado en sentencia de 11 de mayo de 2017, Exp No. 200012333000-2013-00222-01, Magistrada Ponente, Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sostuvo:

*“(...) En este orden de ideas, es evidente que la vinculación inicial en los términos explicados, se dio el 25 de marzo de 2004, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio de 2003, que determina el régimen pensional aplicable.*

*De acuerdo con la Resolución 000586 del 25 de marzo de 2004<sup>4</sup> “por medio de la cual se nombra provisionalmente a un docente en el Municipio de Valledupar”, la Sala puede ver que la señora Margoth Cecilia Hernández Morales se vinculó como docente en provisionalidad en el 2004, laborando en servicio del Centro Educativo La Virgen del Carmen del Corregimiento de La Mesa – Valledupar, de esta manera reforzando lo mencionado a través de la providencia, en el sentido que el régimen aplicable en cuanto a riesgos profesionales es el contenido en la Ley 776 de 2002.  
(...)*

*De acuerdo a ello, se concluye que la actora no logró demostrar su vinculación como docente con anterioridad a lo establecido en la Ley 812 de 2003, razón por la cual el régimen pensional aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993 y normas complementarias, entre éstas la Ley 772 de 2002 en relación con riesgos profesionales, que establece en su artículo 10 que el monto de la pensión de invalidez será del 75% del promedio de lo devengado durante toda la vida laboral...”*

En consecuencia, se declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios OFPSM-0455 de 5 de julio de 2016 y OFPSM-0504 del 22 de julio de 2016, a través de los cuales la Secretaria de Educación del Municipio de Valledupar, niega reliquidar la primera mesada pensional reconocida mediante la Resolución 0189 de 8 de mayo de 2014, y como restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada la reliquidación de la pensión de invalidez a favor de la señora MARÍA EUGENIA SERNA MOJICA, la cual deberá ser calculada en cuantía del 75% del promedio de los salarios cotizados durante todo el tiempo de servicio, atendiendo los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994, y cancelar las diferencias a que haya lugar, a partir del 24 de noviembre de 2013, esto por cuanto el fenómeno de prescripción en el presente caso no surtió efecto como quiera que la reclamación administrativa se efectuó el 16 de junio de 2016, es decir antes de los 3 años, establecidos en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

No habrá condena en costas, por no haberse probado su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios OFPSM-0455 de 5 de julio de 2016 y OFPSM-0504 del 22 de julio de 2016, a través de los cuales la Secretaria de Educación del Municipio de Valledupar, niega reliquidar la primera mesada pensional reconocida mediante la Resolución 0189 de 8 de mayo de 2014.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación Municipal de Valledupar-, reliquidar la pensión de invalidez reconocida mediante Resolución 0189 de 8 de mayo de 2014, a favor de la señora MARÍA EUGENIA SERNA MOJICA, la cual deberá ser calculada en cuantía del 75% del promedio de los salarios cotizados durante todo el tiempo de servicio, de conformidad con lo en el literal b) del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, en consonancia con el artículo 46

<sup>4</sup> Visible a folios 119 al 120 del expediente.

del Decreto No. 692 de 1994, y atendiendo los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994. Así mismo se ordena a la entidad demandada reconocer y pagar a la demandante las diferencias de las mesadas pensionales a que haya lugar, causadas a partir del 24 de noviembre de 2013.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase a la parte actora el remanente de los gastos ordinarios del proceso, si existiere, y archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 080.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado