



F=27
2C.
[Handwritten signature]

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

-SALA DE DECISIÓN 001 -

SENTENCIA No. 115

Popayán, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-31-003-2016-00280-01
Demandante: María Argenis Moreno
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduciaria la Previsora
Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 22 de agosto de 2018, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual accedió a las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA, la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fl. 1 c. ppal.)

Solicita la demandante se declare la nulidad de las resoluciones 611 del 31 de octubre de 2000, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a su cónyuge fallecido Manuel Bolívar Agredo, la cual le fue sustituida, y de la 1130 del 10 de junio de 2016, por medio de la cual se negó la reliquidación de dicha prestación.

Adicionalmente, a modo de restablecimiento, que se ordene la reliquidación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios del causante, con el pago de las diferencias causadas, debidamente indexadas.

1.2. Como HECHOS, alegó los siguientes: (fl. 2 c. ppal.)

Que le fue reconocida la sustitución de la pensión que su cónyuge Manuel Bolívar Agredo obtuvo mediante la Resolución 611 del 31 de octubre de

2000 por su ejercicio como docente, la cual no fue liquidada de manera apropiada, en tanto que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios por el causante.

Que presentó reclamación administrativa para solicitar la reliquidación, pero la entidad la despachó desfavorablemente mediante la Resolución 1130 del 10 de junio de 2016.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA (fl. 2 c. ppal.)

Que la autoridad accionada desconoció los derechos que le asisten, al no incluir en la liquidación de la mesada pensional la totalidad de los factores devengados durante el último año por el causante.

Que la normativa establece su derecho a la liquidación de su pensión, con el 75% de la totalidad de los factores devengados durante el último año, sin exclusión de alguno, de manera que no existía justificación legal para que no se le ingresaran en el salario base a tener en cuenta para el efecto.

2. LA CONTESTACIÓN (fl. 46 c. ppal.)

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria La Previsora, manifestó que el acto por medio del cual se reconoció la pensión se ajusta al ordenamiento jurídico, en especial, al Decreto 1158 de 1998, que señala los factores a tener en cuenta y que resulta aplicable porque la pensión se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, cuyo Decreto Reglamentario 2341 del mismo año, remite al citado Decreto.

Que, según los términos de la Ley 33 de 1985 que rige la prestación reclamada, para la liquidación solo pueden tenerse en cuenta factores que sirvieron de base para efectuar aportes, pues así lo señala el Decreto 3752 de 2003.

Con base en tales argumentos, se propusieron las excepciones de: i) *“falta de legitimidad por pasiva”*, ii) *“indebida presentación de la demanda”*, iii) *“prescripción”*, y iv) *“inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley”*.

3. SENTENCIA APELADA (fl. 126 c. ppal.)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán resolvió en sentencia del 22 de agosto de 2018:

“PRIMERO.- Declarar probada la excepción de PRESCRIPCIÓN de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 6 de julio de 2012.

SEGUNDO: DECLARAR i) la nulidad parcial de la Resolución N° 611 de 31 de octubre de 2000, por medio de la cual se reconoció la pensión al señor MANUEL BOLÍVAR AGREDO (Q.E.P.D.), sustituida a la señora MARIA ARGENIS MORENO DE AGREDO, mediante Resolución No. 486 de 28 de julio de 2006; y, i i) la nulidad de la Resolución No. 1130 de 10 de junio de 2016, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de la que es beneficiaria la señora MARIA ARGENIS MORENO DE AGREDO.

TERCERO. CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, primero, a reliquidar la pensión de jubilación sustituida a la señora MARIA ARGENIS MORENO DE AGREDO, identificada con C.C. 29.394.369, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el último año anterior a la adquisición al estatus del causante, es decir, entre el 21 de mayo de 1999 a 20 de mayo de 2000, incluyendo todos los factores salariales percibidos, a saber: asignación básica, alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones, tomando las primas en una doceava parte; y, segundo, a pagar las diferencias derivadas del nuevo ejercicio.

Las sumas resultantes, serán indexadas con base en el IPC, conforme al artículo 187 del CPACA, siguiendo la fórmula aceptada jurisprudencialmente: Ra (renta actualizada) = IPC FINAL (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia que pone fin al proceso) / IPC INICIAL (vigente a la fecha de causación de cada diferencia pensional).

CUARTO- Autorizar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, descontar de las anteriores sumas, i) los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, en la proporción que sean de cargo de la demandante, en su otrora condición de empleada (se aclara que se trata del docente fallecido), pero únicamente respecto del periodo correspondiente a los últimos 3 años anteriores a la fecha de efectividad de la pensión, siempre y cuando sobre ellos no se haya efectuado la deducción legal, indexados a la fecha del respectivo pago; y, ii) los porcentajes de aporte destinados al Sistema de Seguridad Social en Salud, sobre el mismo límite de 3 años.

QUINTO.- Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva interpuesta por el Departamento del Cauca.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas. (...)"

Como fundamento de su decisión, expuso que en atención a la fecha de vinculación del causante, su pensión de jubilación se debía regir por las leyes 33 y 62 de 1985, para determinar la base de liquidación, las cuales han sido interpretadas jurisprudencialmente en el sentido de indicar que la prestación se debe establecer con el 75% de la totalidad de factores salariales devengados en el último año, de manera que le asistía el derecho a la actora como beneficiaria de la sustitución pensional a obtener la reliquidación.

Que había lugar a decretar la prescripción a partir de la petición de reliquidación, efectuada el 6 de julio del año 2015, habida cuenta de que la demanda se radicó dentro de los 3 años siguientes, razón por la que declaró la pérdida del derecho frente a las mesadas anteriores al 6 de junio del 2012; adicionando que era procedente para la entidad efectuar los descuentos correspondientes respecto de los factores no cotizados.

4. LA APELACIÓN (fl. 128 c. ppal.)

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. la interpuso, expresando que a la demandante no se le debe efectuar el reajuste de la pensión de jubilación, en tanto que, adquirió el derecho con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, cuyo Decreto Reglamentario 2341 de 2003, estableció el ingreso base de cotización y la lista taxativa de los factores que lo conforman, sin que en ellos se incorporen los ítems que se solicitan incluir.

Que según lo establecido en el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, cuyo pago esté a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales, no puede ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Que para que el causante pudiera beneficiarse de la Ley 33 de 1985, es necesario que tuviera 15 años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y esta excepción sólo comprende lo relacionado con edad de jubilación, por lo que lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido en la excepción; por lo que no le asiste derecho en relación con la normatividad que invoca, ya que ésta ha sido objeto de varias modificaciones y la Ley 33 establece que únicamente podrán ser tenidos en cuenta los factores que hayan servido de base para aportes durante el último año de servicio.

Que de un análisis de lo establecido en las leyes 33 de 1985, 812 de 2003, y los decretos 2341 de 2003, 1158 de 1998, 3752 de 2003 y 688 de 2002, en lo atinente al salario base de cotización de prestaciones sociales, se comprende que las pensiones que se causen con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso que el docente haya devengado sobresueldos y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también serán incluidos como base de liquidación de la pensión, concluyendo así que no hay lugar a la inclusión de los factores salariales solicitados ni a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad sólo intervino la parte actora a fin de insistir en los cargos contra los actos demandados (fl. 14 c. apel.)

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto de fondo en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. CADUCIDAD

Como quedó visto, en la presente acción se reclama la nulidad parcial de los actos administrativos que dispusieron el reconocimiento de una pensión de jubilación, sin la inclusión de todos los factores salariales durante el último año de servicios.

Por ello, dado que el asunto versa sobre una prestación periódica, no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de previsto en el artículo 164, numeral 1, literal "c" del CPACA.

3. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del Ad quem se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.¹

¹ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera-Subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. Recientemente, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicado n° 73001-23-33-000-2013-00027-02 (1511-2014), C.P. Dr. William Hernández Gómez.

Ello se armoniza con lo dispuesto en los artículos 320² y 328³ del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

4. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo al argumento de apelación, corresponde a la Sala determinar si la pensión que le fue sustituida a la actora se debe reajustar con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, o si, por el contrario, ello no es viable de conformidad con las normas y jurisprudencia aplicables a la prestación.

5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DOCENTE

La Ley 115 de 1994, estableció que el régimen prestacional de los educadores estatales es el contenido en la Ley 91 de 1989, norma en la que se estableció la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de los docentes.

La Ley 91 de 1989, 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.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional,

² ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

³ “ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá 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 (...)”.

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. (...)

En ese entendido, para determinar la norma aplicable en materia pensional, es necesario referirnos a la ley vigente al momento que se expidió la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989⁴, la cual corresponde a la Ley 33 de 1985.

En el artículo 1º de la Ley 33 de enero 29 de 1985, se señalan los requisitos para que los empleados oficiales puedan acceder a la pensión, así:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (...)

Así mismo, esta norma en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece la forma para liquidar la pensión de jubilación así:

“Artículo 3º. Modificado por la Ley 62 de 1985. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

En este punto y atendiendo las razones que rodean la controversia puesta en consideración de esta Colegiatura, se precisa con fundamento en la normatividad traída a colación en esta oportunidad, que el régimen pensional aplicable, corresponde al consagrado en la Ley 33 de 1985.

Al respecto, se encuentra que sobre la aplicación del régimen al ingreso base de liquidación, la jurisprudencia contencioso administrativa estableció anteriormente que había lugar a aplicar en su integridad, lo que incluía la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de prestación del servicio; ello con base en la sentencia de unificación proferida

⁴ Ley 91 de 1989 del 29 de diciembre de 1989, Artículo 17. “Esta Ley regirá desde su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.

por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 04 de agosto de 2010⁵, en la que se determinó que en los eventos en que se reconozca la pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985 en concordancia con la Ley 62 del mismo año, debe tenerse en cuenta, para liquidar la pensión de jubilación, todos los conceptos salariales que hubiese devengado el empleado durante el último año de servicio, o del retiro efectivo, según el caso, puesto que los factores previstos en estas normas, son meramente enunciativos.

Posición que fue reiterada en varios fallos de la Sección Segunda del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, incluso en contravía del criterio que manejaban por su parte la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional⁶. Sin embargo, en reciente sentencia de unificación, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁷, rectificó la posición que venía manejando, en los siguientes términos:

“Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de

⁵ Consejo de Estado, Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁶ Ver sentencias C 258 de 2013 y SU 230 de 2015.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018), Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. En Liquidación.

unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley”.

En dicha providencia, que, en principio, es aplicable a los beneficiarios de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero que fijó unas reglas interpretativas respecto de las personas que se amparan bajo la Ley 33 de 1985 -al igual que los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003-, se indicó, luego de hacer alusión a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado frente al IBL aplicable en el régimen de transición, que la controversia se limita al período que debe tomarse en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, mientras que el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que “el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional”.

Y frente a los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos que mantuvieron los beneficios de la ley 33 de 1985, aclaró que corresponden únicamente a aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones:

“A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia

de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”

Ahora, aunque, como se indicó con anterioridad, tal precedente de unificación no alude a los docentes *prima facie*, en tanto que se refiere a los beneficiarios de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no es el caso de aquellos, al establecer las subreglas de aplicación de la Ley 33 de 1985, sí les resulta aplicable a estos últimos, en la medida que su vinculación sea anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Ello fue aclarado así en el nuevo fallo de unificación del 25 de abril de 2019, emitido por la Sala Plena de la Sección Segunda⁸, en el que la subregla fijada en la posición unificada del 28 de agosto de 2018, se extendió a los docentes, de la siguiente forma:

“58. En este orden de ideas, como quiera que el régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y bajo la preceptiva de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, la Sala debe definir el alcance del criterio de interpretación que sustentó la subregla fijada en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada bajo la Ley 33 de 1985.

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, radicado: 680012333000201500569-01, actor: Abadía Reynel Toloza.

caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios."

Luego, con base en el nuevo criterio de unificación proferido por el Consejo de Estado, el cual es de obligatorio cumplimiento, este Tribunal modificó la posición que venía aplicando a casos similares⁹, en el sentido de apropiarla para las pensiones de docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, beneficiarios del régimen de la Ley 33 de 1985, las cuales deben liquidarse conforme al promedio de los factores señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que hayan sido objeto de cotización en el último año de servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de resaltarse que la Sección Segunda del Consejo de Estado en Pleno, dispuso que este nuevo criterio opera de manera retrospectiva, en la medida que cobija a los asuntos pendientes de solución en vía administrativa y judicial. Ello, por cuanto "[n]o puede

⁹ Ver sentencias del 23 de mayo de 2019, radicado 19001-33-33-007-2016-00103-01, actora: Nilsa Arias Vivas; 30 de mayo de 2019, radicado: 19001-33-33-006-2016-00084-01, actora Margarita Fernández Peñuela.

entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada”.

6. CASO CONCRETO

De las pruebas documentales aportadas al expediente, en especial de la Resolución No. 611 del 31 de octubre de 2000, por medio de la cual se reconoció la pensión a favor de Manuel Bolívar Agredo Bravo, y el certificado de tiempo de servicios allegado, se encuentra que él nació el 20 de mayo de 1945 y que prestó sus servicios como docente entre el 1 de enero de 1978 y el 25 de marzo de 2005, adquiriendo su estatus de pensionado el 20 de mayo del 2000.

Igualmente, se encuentra que la entidad previsorora reconoció que el cálculo de su prestación se efectuaría con un monto del 75% del ingreso base de liquidación durante el último año, respecto del cual señaló, correspondía a aquellos factores sobre los que cotizó en dicho período.

Por tanto, en los términos unificados por el Consejo de Estado, el IBL corresponde, para el caso concreto, al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó a pensión durante la última anualidad laborada, de manera que se tiene que la liquidación de la pensión objeto de demanda se ajustó a Derecho, razón por la cual no resultaría procedente tomar como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no realizó los aportes al Sistema.

Por lo anterior, se concluye que no le asiste derecho a la reliquidación que solicita su beneficiaria, en tanto que a la luz del nuevo criterio jurisprudencial del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no resulta procedente la reliquidación de la pensión en los términos solicitados, razón por la que se revocará la sentencia apelada, para en su lugar denegar las pretensiones.

7. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA, dispone: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.* Mientras 365 del Código General del Proceso, señala:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. (...)”.

Pese a que se cumple con las previsiones del artículo en mención, en el *sub judice*, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, ya que sus pretensiones se fundamentaban en la tesis de unificación que anteriormente sostenía el Consejo de Estado, pero que debieron negarse por el reciente cambio en la posición de ese Alto Tribunal.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia dictada el 22 de agosto de 2018, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y, en su lugar, disponer:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

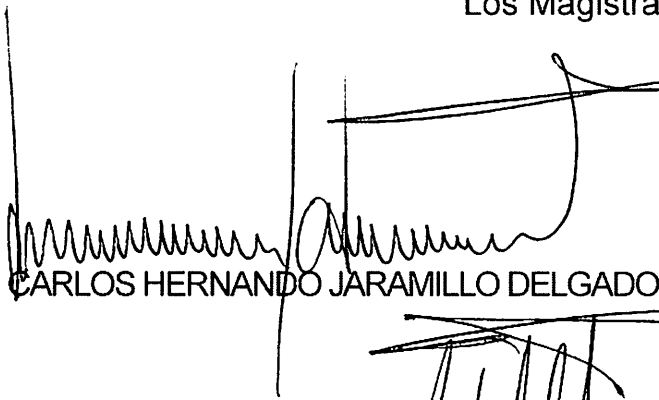
SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

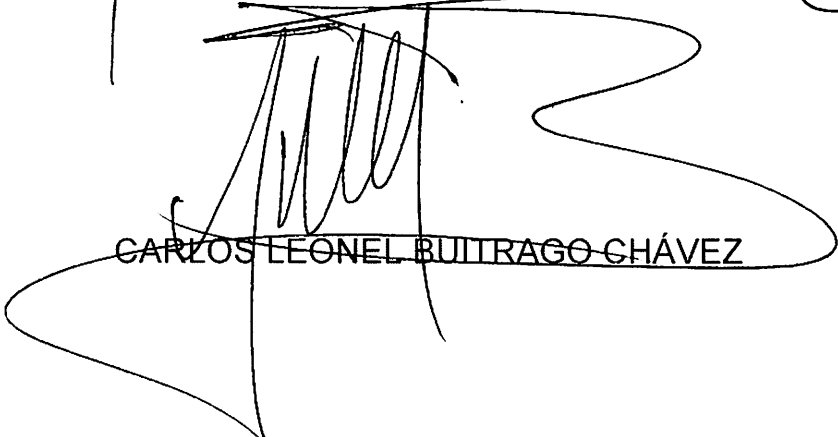
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ