

COPIA



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia



SIGCMA

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: MYRIAM OCHOA PABÓN  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
RADICADO: 20-001-33-33-005-2017-00190-01  
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

### I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 13 de mayo de 2019, por medio de la cual se negó a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES.-

#### 2.1.- HECHOS.-

Se resume de la siguiente manera:

Manifestó la apoderada de la señora MYRIAM OCHOA PABÓN, que a ésta por haber laborado por más de 20 años al servicio del Magisterio en el Municipio de Valledupar y haber completado más de 55 años de edad, le fue reconocida una reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 10 de agosto de 2016, por parte de la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar.

Adujo, que al momento de la liquidación, no se tuvo en cuenta la prima de servicios a la que tenía derecho, razón por la cual el día 15 de febrero de 2017, solicitó ante la entidad demandada el reajuste de la misma.

Finalmente señaló, que la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la petición anterior.

#### 2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0001 del 26 de enero de 2017, suscrita por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, que reliquidó la pensión de jubilación a la señora MYRIAM OCHOA PABÓN.

Que se declare la nulidad del Oficio No. OFPSM-0145 del 9 de marzo de 2017, suscrito por el Secretario de Educación Municipal, por medio del cual se niega la reliquidación pensional con la inclusión de la prima de servicios.

Que se declare que la demandante tiene derecho a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca y pague la prima de servicios como factor salarial a partir del 10 de agosto de 2016, momento en que se efectuó el retiro definitivo del cargo.

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 pensión de jubilación de la demandante con la inclusión la prima de servicios establecida en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 y en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al haberse realizado los aportes a pensión, teniendo en cuenta si operó o no la prescripción trienal en algunas sumas.

Igualmente, que del valor reconocido se le descuente lo que le fue cancelado en virtud de la Resolución No. 0001 del 26 de enero de 2017, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, que reliquidó la pensión de jubilación de su poderdante.

Además, que se ordene a la entidad demandada a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, se le aplique los reajustes de la ley para cada año, como también el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado y que el pago del incremento decretado, se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

Seguidamente, solicita que se ordene a la parte demandada a dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de la sentencia como lo dispone el artículo 192 y siguientes del C.P.A.C.A., así como también le reconozca y pague a favor de su poderdante los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensiones decretadas, tomando como base la variación del I.P.C.

Finalmente, solicita que se le ordene a ésta entidad al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla la totalidad de la condena, además, que sea condenada en costas de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo.

### III. TRÁMITE PROCESAL.-

#### 3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto carecen de sustento fáctico y jurídico.

Indicó, que los actos acusados están acogidos por presunción de legalidad y que la parte demandante no demostró que hubiesen sido expedidos con infracción de las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa o con falsas motivación

y desviación de poder.

Propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimidad en la causa por pasiva y compensación.

Precisó, que no era procedente acceder a la reliquidación pensional con la inclusión de factores salariales sobre los cuales no cotizó durante el año estatus de pensión. A continuación realiza un recuento normativo y jurisprudencial sobre el asunto.

#### IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo que la actora no tenía derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de factores salariales devengados, prima de servicios, comoquiera que si bien se demostró que lo devengó, éste factor no estaba incluido en la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, y, tampoco se demostró que sobre él se hubiese realizado cotizaciones.

#### V.- RECURSO INTERPUESTO.-

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, persiguiendo que sea revocada.

Arguye, que si bien el Consejo de Estado unificó criterio en temas pensionales, ello aplica para la reliquidación de pensiones de los empleados públicos que se encuentran en régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dentro del cual se encuentran excluidos los docentes. Para fundamentar lo anterior, cita diferentes pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado.

En virtud de lo anterior, considera que la demandante tiene derecho a la reliquidación pensional, con la inclusión de todos los factores devengados en el último año antes de adquirir el estatus, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, pues de esa manera se daría prioridad al principio de primacía de la realidad sobre las formas, así mismo por aplicación del principio de favorabilidad.

Expresa, que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, se ajustaba más a los principios que rigen las relaciones laborales y a su vez ilustra como reparar el detrimento fiscal que se causó en su momento al no liquidar los pagos por parte de la entidad territorial, además que dicho precedente estaba en aplicación en el momento en que se consolidó el derecho de la actora.

Arguye, que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones no consolidadas antes de su vigencia, por ende esta aplicación si está permitida, salvo que la ley determine lo contrario, pero en el presente asunto, la demandante está pensionada de un fondo que está excluido de la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ende no se le puede aplicar un precedente que se refirió únicamente a ello.

#### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

En el presente proceso presentó alegatos de conclusión la parte demandante para reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El apoderado de la entidad demandada presentó sus alegaciones finales de manera extemporánea.

#### VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

#### VIII.- CONSIDERACIONES.-

##### 8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

##### 8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El presente asunto se contrae a determinar, si le asiste o no el derecho a la señora MYRIAM OCHOA PABÓN, a que se le reliquide su pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y/o en el año anterior de adquirir el estatus pensional.

##### 8.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013<sup>1</sup>, tal como es el caso que nos ocupa.

Así las cosas, para efectos de puntualizar el derecho pretendido, corresponde a esta Sala de Decisión, en primer lugar, realizar un análisis de los hechos probados en el proceso, en lo pertinente, así:

Que mediante Resolución No. 00001 del 26 de enero de 2017, la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidó a la señora MYRIAM OCHOA PABÓN su pensión mensual vitalicia de jubilación por los servicios prestados como docente Nacionalizada, efectiva a partir del 10 de agosto

<sup>1</sup> Acta No. 010.

de 2016, estableciendo como factores salariales el sueldo básico, la prima de antigüedad, la prima de vacaciones y la prima de navidad. (Folios 29 y 30).

Así mismo, está acreditado que la actora en el año antes de ser retirada (2015 - 2016), devengó los siguientes factores salariales: Asignación básica, sueldo de vacaciones, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, tal como se evidencia del Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar. (Folios 31 y 32)

Así mismo, se demostró que mediante Oficio OFPSM-0145 del 9 de marzo de 2017, el Secretario de Educación Municipal de Valledupar negó la petición de reliquidación pensional. (Folio 28)

#### 8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

La Ley 115 de febrero 8 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, publicada el 8 de febrero de 1994 en el Diario Oficial No. 41214, dispone:

*“Artículo 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.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”. (Sic).*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 279, las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social allí contenidas, preceptuando:

*“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 aquel 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 exceptúan a los afiliados del 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 a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...).” (Sic).*

Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados, y territoriales, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de dicho personal.

En su artículo 15 la citada ley estableció:

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

*1º. 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, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley (...)"*. (Sic).

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, *"Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario"*, dispuso:

*"ARTÍCULO 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, (...)"*. (Sic)

De la misma manera el párrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció:

*"Artículo 1. (...)*

*PARÁGRAFO TRANSITORIO 1. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta.*  
*(...)"*. (Sic)

Así las cosas, según la normatividad analizada, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003.

Está probado en autos, que la actora en su calidad de docente prestó sus servicios en el ramo de la educación, con anterioridad al año de 2003<sup>2</sup>, por ende, se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985.

En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985, que es régimen legal general.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no sólo equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación, sino que estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones:

*“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, 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.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*

*En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.*

*Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.*

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...). (Sic).*

El inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

<sup>2</sup> Tal como se desprende de la resolución por medio de la cual se reliquidó su pensión, folios 29 y 30.

Por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, y municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros.

Los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

No obstante lo anterior, en materia de pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.

Bajo estos supuestos, no se cumple la exigencia del inciso segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, pues la demandante no goza de un régimen especial para el reconocimiento de su pensión de jubilación ordinaria.

Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 consagró la posibilidad para los empleados oficiales de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, pero con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, al 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la ley mencionada.

Sin embargo, la accionante tampoco cumplía con las exigencias señaladas en la anterior disposición, pues, para el 13 de febrero de 1985, fecha de la promulgación de la Ley 33 de 1985, no cumplía con el tiempo de servicio requerido.

En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado a la actora debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 33 de 1985, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional.

Y bajo esta ley para tener derecho a dicha prestación, se exige que el empleado de cualquier orden (territorial, nacional, etc.) haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad, requisitos acreditados por la señora MYRIAM OCHOA PABÓN, tal y como lo afirma la resolución mediante la cual se le reliquidó su pensión.

Así las cosas, la Ley 33 de 1985 no resulta aplicable a la señora MYRIAM OCHOA PABÓN, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sino que, se itera, ello obedece a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, según la fecha de ingreso a la docencia oficial.

Corolario a lo anterior, se itera, que en el asunto de autos no tiene aplicación los preceptos contenidos en la Sentencia de Unificación 230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, pues lo allí establecido tiene que ver con la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985, empero en virtud del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, circunstancia, que no sucede en el asunto de marras.

Ahora, si bien es cierto, en tales asuntos este Tribunal venía aplicando el precedente jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 4 de agosto de 2010, en cuanto a la reliquidación pensional con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y/o en el año anterior de adquirir el estatus pensional, según el caso, también lo es, que

en reciente sentencia de unificación radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, M.P César Palomino Cortés, de fecha 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de esa Corporación cambió el anterior criterio, señalando que esa tesis se adoptó a partir del alcance y sentido del concepto de salario y factor salarial, no obstante determinaron, que ello traspasaba la voluntad del legislador quien enlistó los factores que conformaban la base de liquidación pensional y a éstos es que se debía limitar dicha base, así se indicó en la sentencia en cita:

“(....)”

101. 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.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.” (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Debe decirse, que el argumento central que motivó este cambio de jurisprudencia en el Consejo de Estado, fue la sujeción al principio de solidaridad como uno de los principios del Estado Social de Derecho, argumentando que el nuevo criterio interpretativo se ajustaba más al artículo 48 de la Constitución Política, así:

“(....)”

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda

entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.” (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Se aclara, que si bien es cierto la sentencia de unificación transcrita opera únicamente para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, en el cual lógicamente no se incluye a los docentes, tal como se indicó al inicio de estas consideraciones, no es menos cierto que al venir aplicando este Tribunal el criterio interpretativo consagrado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, el cual como se señaló, fue cambiado por la máxima Corporación en la sentencia que se transcribe, ello es motivo suficiente para que en tales asuntos, se deje de utilizar como referencia la sentencia del 4 de agosto de 2010, acogiendo por el contrario apartes de la nueva sentencia de unificación, en lo referente a los factores salariales que deben servir de base para la liquidación pensional.

En virtud de lo anterior, este Tribunal cambió el criterio que venía adoptando al momento de resolver asuntos como el que hoy se discute, para en su lugar, aplicar en su integridad el nuevo precedente del Consejo de Estado, en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar las pensiones para los docentes, en el entendido que para la liquidación pensional de aquellos a quienes se les aplique la Ley 33 de 1985, deberá tenerse en cuenta únicamente los factores salariales devengados por éstos en el último año de servicios y/o en el último año antes de adquirir el status, siempre que se encuentren enlistados en la ley y sobre los mismos se hubiere realizado los respectivos aportes.

Es menester señalar, que en un caso similar al presente, la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado<sup>3</sup>, negó la reliquidación pensional de un docente con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, dando aplicación a la sentencia de unificación de la Sala Plena de esa corporación de fecha 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente: doctor CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente 2012-00143-01; Demandante: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO. Dijo lo siguiente:

“(…)

*Y concluyó que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*

<sup>3</sup> Sentencia de 10 de octubre de 2018, C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Radicación: 05001 23 33 000 2015 00871 01 (3058-17), Actor: María Victoria Bustamante García, Demandado: Nación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación de Medellín.

Con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

En este punto es importante precisar que la Sala Plena dejó establecido que la regla jurisprudencial referida anteriormente, así como la primera subregla, referida al periodo que debe tomarse para efectuar la liquidación, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

En tal sentido, advirtió que solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003. Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplicó la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la señora María Victoria Bustamante García, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el a quo.” (Sic para lo transcrito)

Más aún, en reciente sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019; el Consejo de Estado<sup>4</sup> dejó establecido cuales son los factores salariales que deben ser reconocidos en las pensiones a los docentes, señalando claramente que sólo aquellos que hubieren sido devengados en el último año, siempre y cuando estén enlistados en la ley y se hubieren efectuado aportes, así:

“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.

1. 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.

2. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los

<sup>4</sup> Consejo de Estado SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, expediente: 68001233300020150056, No. Interno: 0935-2017, M.P Cesar Palomino Cortés.

factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

3. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

4. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer 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 hiciere 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". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

5. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

(...)

v. Efectos de la presente decisión

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.” (Sic para lo transcrito)

En ese orden de ideas, en el presente caso, la Sala de Decisión acoge el reciente criterio expuesto por el Consejo de Estado, el cual se aplica directamente para los docentes, motivo por el cual a la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, no se le pueden incluir factores adicionales a los señalados por la ley, así hayan sido devengados por el servidor durante el tiempo en que prestó sus servicios.

#### 8.5.- CASO CONCRETO.-

Pues bien, teniendo en cuenta que a la accionante, por remisión de la Ley 91 de 1989, le resulta aplicable Ley 33 de 1985, aquella contaba con la expectativa legítima de pensionarse, según lo dispuesto en dicha norma, y las que la modificaron o adicionaron, expectativa que, una vez cumplidos los requisitos exigidos para acceder a la pensión, devino en un derecho laboral adquirido, cuyo desconocimiento contraviene la Constitución Política y la ley.

En consecuencia, en el caso concreto, a la señora MYRIAM OCHOA PABÓN, se le debía reconocer la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales devengados por ésta en el último año en que adquirió el status, siempre y cuando éstos estuvieran enlistados en la ley y sobre ellos se hubiese efectuado los aportes, de conformidad con la nueva tesis dictada por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la cual es acogida por este Tribunal, en el asunto bajo estudio, tal y como se dijo en párrafos anteriores.

Ahora, la Ley 62 de 1985, la cual se le aplica a la demandante, señala en forma taxativa los factores salariales que sirven de base para la liquidación pensional, estos son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, por lo tanto, es sobre dicha base sobre la cual debe fundamentarse la liquidación pensional efectuada por la entidad demandada.

Si bien en el último año de servicios antes de ser retirada (2015 - 2016), la hoy demandante devengó otros factores salariales distintos a los tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional, tales como: la prima de servicios, la cual solicita su inclusión en la presente demanda<sup>5</sup>, ese factor no podía ser incluido en la base de su liquidación prestacional, como quiera que no se encuentra enlistado en la ley, ni se demostró que sobre éste se hubiese realizado aportes a pensión.

En virtud de lo anterior, en el presente asunto, a la señora MYRIAM OCHOA PABÓN, no le asiste el derecho de que su mesada pensional sea reliquidada con la inclusión del factor salarial prima de servicios, pues en primer lugar no está enlistado en la ley y en segundo lugar, tampoco se demostró que sobre éste se hubiese efectuado aportes a pensión.

<sup>5</sup> Ver folios 31 y 32.

Se advierte, que si bien es cierto, en el acto administrativo que reconoció la pensión a la actora, la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además del sueldo básico, la prima de vacaciones y la prima de navidad, factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985, también lo es que dicho acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad, por lo tanto, no es posible modificar el acto acusado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

En virtud de lo anterior, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, debe ser CONFIRMADA.

8.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

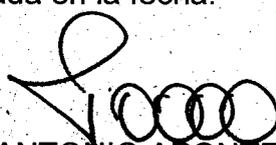
PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 13 de mayo de 2019, por medio de la cual, se negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

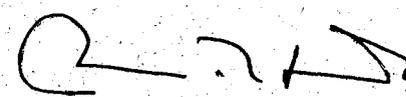
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 104, efectuada en la fecha.

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
MAGISTRADO

  
CARLOS GUECHÁ MEDINA  
MAGISTRADO

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
PRESIDENTE  
(Ausente con permiso)