



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APELACIÓN SENTENCIA  
DEMANDANTE: MÉLIDA ROSA ABELLO MEDINA  
DEMANDADA: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
RADICACIÓN 20-001-33-33-008-2017-00361-01  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

### I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 30 de mayo de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### II. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. Pretensiones. La parte demandante solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 003390 del 7 de julio de 2016, expedida por el Secretario de Educación Departamental del Cesar, en cuanto le reconoció la pensión de invalidez a la señora MÉLIDA ROSA ABELLO MEDINA y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionada.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que le reconozca y pague una pensión de invalidez, a partir del 1 de abril del 2016, equivalente al 100% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

Que del valor de la condena se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 003390 del 7 de julio de 2016.

Que se ordene a la entidad demandada el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado, y que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley.

Que se ordene dar cumplimiento al fallo tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA, y el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en la mesadas pensionales decretadas.

Que se reconozcan y paguen los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena, y que se condene en costas y a la entidad demandada.

2.2. Hechos. La apoderada manifiesta que la señora MÉLIDA ROSA ABELLO DE MEDINA, laboró más de veinte (20) años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de invalidez.

Sostiene que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó solo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios, horas extras y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

2.3. Normas violadas y concepto de la violación. Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y el Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación para el presente caso es el establecido en la Ley 91 de 1989, y que la inclusión reclamada se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta para efectos del cálculo del valor de la mesada pensional todos los factores salariales que devengó durante el último año de prestación del servicio.

Sostiene que el acto administrativo demandado no se ajusta a derecho; toda vez que para definir el valor de la mesada pensional excluyó alguno de los factores pensionales que devengó en el último año de servicio.

2.4. Providencia recurrida. El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de fecha 30 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Del régimen pensional aplicable a los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es antes del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el establecido en las normas dictadas con anterioridad a la Ley en mención, así mismo, quienes se vincularon al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes de sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

Por su parte, la Ley 115 de febrero 8 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, publicada el 8 de febrero de 1994, dispuso "(...) 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". Para el momento de la expedición de la Ley 91 de 1989 la norma vigente en el tema pensional para los servidores públicos del orden nacional era la ley vigente en el tema pensional para los servidores públicos del orden nacional, era la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1 estableció que "el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco 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 de servicio".

De todo lo expuesto, concluye que la Ley 33 de 1985, es régimen general aplicable para los docentes que se vincularon antes de la entrada en vigencia de Ley 812 de 2003, el 27 de junio de 2003, y así mismo, para el caso de las pensiones de invalidez de los empleados oficiales se encontraba vigente el Decreto 1848 de 1969 *“por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*, el cual en su artículo 63 estableció la cuantía de la pensión.

Del precedente jurisprudencial aplicable al caso, partiendo del hecho de que la Ley 33 de 1985 es el régimen pensional aplicable para los docentes que se vincularon antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, para efectos de su liquidación pensional, se ha venido dando aplicación al precedente sentado por la Sentencia de Unificación, Consejero ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila proferida el 4 de agosto de 2010, expediente No. 250002325000200607509 01 donde sostuvo que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, así para liquidar la pensión debía tenerse en cuenta todos los factores que constituían salarios.

No obstante a lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, en la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto del 2018, expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, ha fijado una subregla sobre factores que deben tenerse en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, sosteniendo que para liquidar las pensiones en el mencionado régimen, solo se debía incluir aquellos factores sobre los que se hubiera realizado el aporte o cotización, tesis distinta a la sostenida en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Sin embargo, la anterior disyuntiva finalizó cuando la Sección Segunda de H. Consejo de Estado profirió la Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, radicación No. 680012333000201500569-01, C.P. Dr. Cesar Palomino Cortes, la cual constituye precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 103 de la Ley 1437 de 2011, dejando claro que *“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 1 de la Ley 62 de 1985, por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”, siendo tales factores salariales: “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”*.

Descendiendo al caso concreto, se debe precisar que el presente asunto deberá regirse por los parámetros establecidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, radicación No. 680012333000201500569-01, C.P. Dr. Cesar Palomino Cortes, para la liquidación de la pensión de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, que se rige por lo previsto en la ley 33 de 1985.

En ese orden, tenemos que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de invalidez como ingreso base de liquidación la prima de navidad y la prima de vacaciones, toda vez que tales factores salariales no están previstos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 y en esa medida, solo debía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica.

2.5. Recurso de apelación. La apoderada de la demandante solicita que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, debido a que el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010 de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, que luego fue reformada por otra sentencia de unificación y que posteriormente puede ser reformada por otra u otra, como efectivamente pasó, no cabe duda de la evidente inseguridad jurídica frente al caso que nos ocupa, pues no es claro el Consejo de Estado frente a los derechos que le atañen al personal docente, pues su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el principio de seguridad jurídica se realiza en aplicación de la confianza legítima del Estado, favorabilidad, progresividad; pudiendo con la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, generarse fallos contradictorios, ante la existencia de dos sentencias de unificación de los derechos de los demandantes, cuyos derechos se causaron en la aplicación del precedente del año 2010.

Aduce que no existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme lo establece la sentencia de 4 de agosto de 2010, radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, pero que, en razón a la congestión judicial con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica ya establecida.

Dice que existe una vulneración de derechos para aquellas personas que estando en iguales condiciones tienen sentencias contrarias al otro grupo de personas, cuyos fallos fueron conforme al respecto de sus derechos pensionales establecidos en la citada sentencia del 4 de agosto de 2010.

Advierte, que el juez de instancia debe analizar cómo regula la Ley 91 de 1989 en su artículo 8, los aportes al fondo prestacional del magisterio, que se hace para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del magisterio.

De esta manera resulta evidente que los docentes vinculados al FNPSM que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la ley, es decir, que en este asunto se está exigiendo el cumplimiento de la ley.

Finalmente manifiesta que más que estudiar la posibilidad o no que le asiste a su poderdante de percibir factores salariales en la liquidación de la pensión de invalidez, lo que el *ad quem* debe analizar es cuál jurisprudencia aplicar al caso presente, toda vez que al momento de radicación de la respectiva demanda estaba claro y así lo estaban fallado tanto en juzgados como en tribunal, y dado

que se tenía la confianza legítima de una sentencia de unificación al respecto, máxime cuando la sentencia del año 2019, no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del año 2010, es por esta razón que insiste en el derecho que le asiste a su representada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales.

2.6. Alegatos de conclusión. En esta oportunidad procesal, la parte demandante, solicita que se revoque lo decidido por el *a quo*, reiterando las razones expresadas en el recurso de apelación y los argumentos expuestos en el acápite del concepto de violación del escrito de la demanda, esto es, el derecho que tiene la demandante a que se le reliquide su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, tal como lo reconoce el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 26 de agosto de 2010, en la que se determina que los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, no deben interpretarse de forma taxativa sino meramente enunciativa, pues de lo contrario se vulneraría el principio de progresividad, igualdad y de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Reitera que teniendo en cuenta que la vinculación de la actora fue con anterioridad al 26 de junio de 2003, le son aplicables las normas de la Ley 91 de 1989, según la cual los docentes tienen derecho a la pensión de jubilación establecida en la norma vigente para los empleados del sector público nacional, esto es, la Ley 33 de 1985 en cuanto a los requisitos de tiempo y edad y en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, es decir el IBL se le debe aplicar la norma especial de la Ley 91 de 1989, que dice: “se les reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, sin indicar que sean o no los que sirvieron de base para realizar los aportes.

Insiste en que las reglas de unificación de la sentencia de 28 de agosto de 2018, no le son aplicables a los docentes, por estar exceptuados expresamente de la aplicación del régimen de prima media que se consolidó en la Ley 100/1993, siendo las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la que en ella se definió.

A su turno, el Ministerio Público a través del Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos, en su concepto estima que la sentencia recurrida debe confirmarse, argumentando que si bien la sentencia de unificación dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social, lo cierto es que sí hizo mención expresa a la normativa aplicable al personal docente nacional y nacionalizado de acuerdo con la fecha de vinculación del servicio, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Que además la segunda subregla fijada en dicha sentencia de unificación, sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, determina que solo se incluyen aquellos factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, siendo entonces una norma jurídica o regla de interpretación vinculante dentro del

sistema de fuentes, que sustenta una tesis contraria a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010 y que se aplicaba a los docentes a quienes por virtud de la Ley 91 de 1989 consolidaban su status pensional en las condiciones previstas en el régimen general de la Ley 33 de 1985.

Cita la sentencia de unificación SUJ-014 –CE-S2-2019 de fecha 5 de abril de 2019, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que se refiere en forma concreta al IBL en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señala que sobre este particular y teniendo en cuenta el material probatorio allegado al expediente, observa que en efecto, mediante el acto de reconocimiento pensional de la actora se dispuso, al establecerse el ingreso base de liquidación de la pensión, tener en cuenta: la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad. Sin embargo, según el certificado expedido por la Secretaría de Educación Departamental, la demandante percibió en el último año de servicios, además de aquellos, el pago de sueldo de vacaciones.

Atendiendo al precedente jurisprudencial vigente, dicho factor salarial podría ser tomado a efectos de la reliquidación pensional, si y solo si, se encontrare enlistado en la ley y sobre él se hubiere realizado cotización al sistema, es decir, se hubiesen efectuado aportes.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el día 30 de mayo de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso la señora MÉLIDA ROSA ABELLO MEDINA afirma tener derecho a que se le reliquide su pensión de Invalidez incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

#### 1. Del régimen pensional aplicable a la demandante.

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.

Ahora bien, en lo que interesa al caso concreto resulta de suma trascendencia precisar que cuando el inciso Octavo del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se refiere al régimen prestacional anterior, es necesario verificar el contenido de los artículos 115 de la Ley 115 de 1994 y 6 de la Ley 60 de 1993, normas vigentes en materia del servicio docente.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 que, en lo que corresponde al caso, señaló:

*“Art. 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”*

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

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

Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia<sup>1</sup>, establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así se señaló, en la sentencia en cita:

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

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

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

*2. Pensiones:*

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

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

*Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de*

<sup>1</sup> Ver Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Dr. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

*la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional (...).*

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

La norma señala:

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

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

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

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

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

*Art. 61. DEFINICIÓN.*

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

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

*"Art. 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:*

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

El Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4 de 1966, en su artículo 5 precisó que el promedio al que se refería el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 era el promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios, previo a la adquisición del estatus pensional.

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

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

Y, en cuanto al monto de la referida prestación, estima la Sala, que el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 63 dispuso que el monto de la pensión de invalidez se liquidaría teniendo en cuenta el último salario devengado por el empleado beneficiario de la citada prestación.

## 2. El caso concreto.

A través del presente medio de control la señora MÉLIDA ROSA ABELLO MEDINA solicita la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución 003390 de 7 de julio del 2016, mediante la cual la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, le reconoció su pensión de invalidez.

Precisó la demandante que, la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, en el acto administrativo mediante el cual le reconoció la pensión de invalidez, solo incluyó la asignación básica omitiendo tener en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengó en el último año de servicios, tales como, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios, horas extras y demás factores salariales.

Revisado el material probatorio allegado al expediente, advierte la Sala que, en efecto, mediante Resolución No. 003390 de 7 de julio de 2016 el Secretario de Educación del Departamento del Cesar, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con fundamento en las Leyes 71 de 1988 y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, aplicable en virtud de la Ley 238 de 1995, dispuso el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de la demandante, por valor mensual de \$3.507.809, a partir del 1 de junio del 2016, equivalente al 100% del último salario devengado, conformado por los factores salariales sueldo básico, prima de vacaciones y prima de navidad, teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de 95,7%.

Sin embargo, como ya quedó dicho, la demandante considera que, el monto de la prestación pensional reconocida no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que había devengado en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio por invalidez, pues en su decir se omitieron la prima de antigüedad, prima de servicios, pago sueldo de vacaciones, bonificación mensual y horas extras.

Así las cosas estima al Sala que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respetó el régimen pensional aplicable a la demandante, respecto de la definición del monto de su prestación pensional por invalidez. Lo anterior, toda vez que, dado que la vinculación de la actora se efectuó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como quedó visto a la actora le es aplicable el régimen pensional previsto en el Decreto 1848 de 1969, la Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 que preceptuaron, respectivamente, que el monto de una prestación pensional, como la que hoy ocupa la atención de la Sala, está determinado por el promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios dependiendo, claro está, del porcentaje de disminución de la capacidad laboral de titular del derecho prestacional, que para el caso concreto superaba el 95%.

Bajo estos supuestos, resulta evidente que la parte demandada, al expedir el acto de reconocimiento pensional, debía fijar el valor de la pensión por invalidez en el equivalente al último salario devengado por la docente, tal y como lo hizo en la Resolución No. 003390 de 7 de julio de 2016.

Ahora, frente a lo que pretende la parte actora, esto es la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, se debe precisar que esta Corporación en anteriores oportunidades aplicó la tesis planteada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dentro del proceso radicado con el No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, en cuanto a la reliquidación pensional de los servidores públicos, la cual pese a que no había sido emitida en un caso como el que se analiza en esta oportunidad, por tratarse de un afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indiscutiblemente trazaba el camino a seguir en este tipo de circunstancias, ya que definió una serie de subreglas, las cuales podían ser empleadas como herramientas a la hora de resolver problemas jurídicos como el que nos atañe en esta oportunidad.

En efecto, en dicha providencia la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo estableció la siguiente subregla en lo atinente a la reliquidación de las pensiones, con base a los factores salariales a tener en cuenta:

(...)

96. 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.

*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.*

*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”.

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.

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.

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 traspa 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.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera 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 el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

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.

(...)

La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a 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.

Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

*No puede 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.” (Sic para todo lo transcrito) (Negrillas y subrayas fuera del texto).*

Según este criterio, no resulta procedente la reliquidación prestacional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante todo el tiempo en que prestó sus servicios, sino que sólo deben ser incluidos los factores salariales devengados señalados en la ley y sobre los cuales se hubiese efectuado los aportes, norma jurídica o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado 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.

Ahora, es cierto tal como lo expone la apelante, que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 “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”. Sin embargo, hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, para precisar lo siguiente:

- I. *“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 «...».*
- II. *“Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15) «...».*
- III. *“Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)”*

No obstante lo anterior, precisamente en razón a que se alegaba que dicha sentencia de unificación no constituía precedente frente al régimen pensional de los docentes, recientemente la Sección Segunda<sup>2</sup> en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, sentó jurisprudencia concretamente frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del

<sup>2</sup> Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01. N.º Interno: 0935-2017. Demandante: Abadía Reynel Toloza. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag.

servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y acogió 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 en la plurimencionada sentencia del 28 de agosto de 2018, 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”.*

Los factores que sirven de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, 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.

En virtud de lo anterior, es claro que al momento de resolver asuntos como el que hoy se discute, por su carácter vinculante y obligatorio se debe 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 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.

En ese orden de ideas, en el presente caso, a la liquidación de la pensión 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.

En consecuencia, atendiendo el precedente jurisprudencial de unificación reciente de la Sala Plena del Consejo de Estado, a la demandante no le asiste el derecho de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquide su pensión de invalidez teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados mientras prestó el servicio, como quiera que no existe prueba en el expediente de que sobre éstos se hubiesen efectuado los aportes, siendo esta una carga procesal exclusiva de la parte demandante, sin que sea posible que el Juez subsane las falencias probatorias de quien corresponde demostrar los hechos que alega, además por cuanto los factores solicitados no se encuentran señalados en la ley.

Así las cosas, al analizar el acto administrativo que reconoció la pensión de invalidez a la actora, acota la Sala, que el mismo se encuentra en consonancia con la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, pues para liquidar la pensión de invalidez de la señora MÉLIDA ROSA ABELLO MEDINA, se tuvo en cuenta el 100% de la asignación básica, prima de vacaciones y la prima de navidad, y aunque dichas primas no están incluidas en la Ley 62 de 1985 dentro de los factores que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman

la base de liquidación, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad.

El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control; la del legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Ahora, la demandante considera que el monto de la prestación pensional reconocida no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que había devengado en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio por invalidez, pues en su decir se omitieron la prima de antigüedad, prima de servicios, pago sueldo de vacaciones, bonificación mensual y horas extras.

De los anteriores factores, los únicos que se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, como factores que conforma la base de liquidación pensional, son la prima de antigüedad y las horas extras, pero, no se demostró procesalmente que hubiesen sido devengadas por la actora durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, y que sobre las mismas se hubieran efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensión, como lo exige la sentencia de unificación arriba citada.

Y en cuanto a la prima de servicios, pago sueldo de vacaciones y bonificación mensual, aunque está acreditado que fueron devengados por la actora durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, no podían ser incluidos en el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de la demandante, como quiera que no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, como factores que conforman la base de liquidación pensional.

De este modo, la Sala confirmará la sentencia apelada, toda vez que se encuentra conforme al criterio de unificación fijado recientemente por el Consejo de Estado, según el cual no es posible ordenar la reliquidación de las pensiones de los docentes con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, sino solo sobre aquellos que se efectuaron los aportes al sistema y están previstos en la Ley 62 de 1985, conforme se explicó precedentemente.

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:

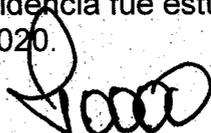
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 30 de mayo de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda de la referencia, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

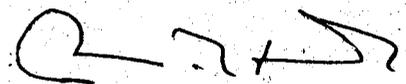
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 020.

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Presidente

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado