



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JAYDIS MARINA CASTILLO MARTÍNEZ

DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO

RADICADO: 20-001-33-33-001-2017-00407-01

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del extremo demandante en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 28 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Pimero (1°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Negar las pretensiones de las demandas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Dar por terminados los procesos.

CUARTO: Una vez ejecutoriadas estas sentencias devuélvase a la parte actora los gastos ordinarios del proceso que no se hubieren causando y archívense los expedientes dejándose la constancia del caso (...)”¹.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así²:

Expresa el apoderado del demandante que este laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión por esa entidad.

Sin embargo, advierte que el acto de liquidación solo tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores que percibió el actor como prima de navidad, prima de servicios, prima de antigüedad, horas extras, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos en el último año de servicio

¹ Folio 175 del expediente.

² Folio 13 a 14 del expediente

2.2.- PRETENSIONES.-

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

"1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 0551 DEL 24 DE MAYO DE 2016, suscrita por el (la) Doctor (a) LUIS CARLOS MATUTE DE LA ROSA, Secretario (a) de Educación Municipal de Valledupar, en cuanto le reconoció la PENSIÓN DE JUBILACIÓN a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- le reconozca y pague una pensión ordinaria de Jubilación, a partir del 19 DE NOVIEMBRE DE 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los últimos 12 meses anteriores al momento que se adquirió e status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 19 DE NOVIEMBRE DE 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los últimos 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado.

2. Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido se le descuente y cancelado en virtud de la resolución No. 000368 DEL 30 DE ENERO DE 2017, suscrita por el (la) Doctor (a) JORGE ELIECER ARAUJO GUTIERREZ, Secretario (a) de educación departamental, que reconoció la pensión de jubilación a mi representado.

3. Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONFO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la constitución política de Colombia y la ley.

4. Ordenar a LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del año.

5. Que se ordene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIOES SOCIALES DEL MAGISTERIO- dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal y como lo dispone el artículo 192 y siguientes del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. C.A.A.C.A"³.

³ Folio 8 al 9 del expediente.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1- SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 28 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) se considera, en la fijación del litigio se especificó que el problema jurídico a resolver en este proceso, era el reconocimiento y pago a la reliquidación de pensión ordinaria de jubilación a partir del 19 de noviembre del 2016 con el 75% del promedio de todos los salarios sobre sueldos, prima y demás factores devengados durante los doce meses anteriores que adquirió el estatus pensional la señora JAYDIS MARINA CASTILLO MARTINEZ adscrita al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, esta Litis o problema ya se encuentra jurídicamente resuelto por el honorable consejo de estado en sentencia de unificación de la sesión segunda en componencial por el doctor CÉSAR PALOMINO CORTEZ, del 25 de abril del 2019, en la que se dijo que a los docentes que se vincularon antes del 1 de enero de 1981, se le debe liquidar su pensión de jubilación con los factores salariales previsto en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, es decir solamente solo y exclusivamente con esos factores y siempre y cuando sobre esos factores hubiese cotizado para la pensión el docente. es decir, que debe cumplirse dos requisitos: uno que este en el listado en lo señalado en el artículo 1 de la ley 62 del 85 que modificó la 33 del mismo año, pero cabe más hubiesen cotizado sobre esos factores, descendiendo al caso concreto tenemos que la demandante se vinculó al magisterio el 17 de julio de 1990. Es decir, que su vinculación fue posterior al 31 de diciembre de 1980 por tanto, no se le aplica la subregla de los factores que señala la ley 62 de 1985, si no que son la aplicación completa del sistema general de pensiones del régimen pensional actual de los servidores públicos, en que en resumen son los mismos que son los factores que se dieron de base para los aportes de su pensión. en este orden de ideas se tiene que la señora JAYDIS MARINA CASTILLO MARTINEZ solamente cotizó para su pensión sobre el sueldo básico y la bonificación, esto según la certificación del 21 de noviembre del 2018 emanada por la secretaria de educación departamental del cesar. Por tanto, como no hizo aportes sobre factores diferentes a estos, no se le debe reconocer reliquidación de pensión, se aclara que las primas de vacaciones a pesar que sobre ese factor no cotizó el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio se lo incluyo como ingreso base de su liquidación. De tal suerte que antes de re liquidarle en su favor más bien debería realquilarle en contra pero este no es el objeto de este proceso (…)”⁴.

3.2.- SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

En síntesis, el apoderado del demandante estima que la decisión de instancia ha de ser revocada en tanto desconoció la postura jurisprudencial establecida por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-298 de 2015 que, al provenir del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debió ser acatado y, con ello, ordenado la reliquidación de la pensión del actor

⁴ De conformidad por lo expuesto por el operador judicial en la audiencia de pruebas realizada el 28/05/2019, del mn 3:01 - 7:50 CD folio 175 del expediente.

3.3.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 31 de octubre de 2019⁵, se admitió el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 28 de noviembre de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁶.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Sr. Agente del Ministerio Público adscrito ante este Despacho Judicial no rindió concepto dentro del presente asunto.

V.- CONSIDERACIONES.-

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 28 de mayo de 2019.

5.1.- COMPETENCIA.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia fechada del 28 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo Oral de Valledupar, debe ser revocada la decisión adoptada por esta Sala, de acuerdo con los argumentos expuestos por la parte demandante en el sentido que debió tenerse en cuenta en la liquidación de la pensión, todo lo percibido durante el último años de servicios.

De comprobarse su afirmación, será lo procedente revocar la decisión adoptada en primera instancia y ordenar la reliquidación de la pensión del actor.

De lo contrario, se confirmará el fallo con la consecuente desestimación de las pretensiones.

5.3.- PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tienen como hechos probados los siguientes:

El 30 de enero de 2017, mediante resolución No. 000367, le fue reconocida una pensión de jubilación por valor de \$2.412.837.00⁷, sin embargo, el actor estima que la pensión debe ser reliquidada, dado que no le fue incluida la totalidad de factores salariales devengados.

⁵ Folio 189 del expediente

⁶ Folio 192 del expediente

⁷ Folio 4 a 5 del expediente.

Certificado de salarios de la demandante expedido por FONDO NACIONAL DE PRESENTACIÓN SOCIALES DEL MAGISTERIO⁸.

5.4.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA A LA LUZ DE LOS CARGOS EXPUESTOS POR LA PARTE DEMANDANTE

En el caso planteado, en esencia, la parte actora persigue la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo por medio del cual se le reconoció la pensión de jubilación.

Del asunto, se desprende que existe una pensión reconocida a favor de la hoy demandante, cuyo monto es discutido por la actora en razón a que –a su juicio- no se incluyó la totalidad de factores percibidos y no se hizo de conformidad con el último año de servicios.

El Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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 esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

En el presente asunto, hace falta realizar un estudio sobre el régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Veamos:

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 definió el alcance de los conceptos de personal nacional, nacionalizado y territorial, de la siguiente manera:

⁸ Folio 6 del expediente.

"Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975"⁹.

Se consideró entonces, que todos los maestros colombianos, con excepción de los del nivel superior o universitarios, vinculados a la Nación, de conformidad con las leyes vigentes, a partir del 1 de enero de 1990, quedarían sometidos al sistema prestacional y de cesantías aplicables a los empleados públicos del orden nacional, de acuerdo con las leyes presentes o futuras. Salvo dos excepciones, como se indicó en los debates sobre régimen pensional: La primera relacionada con el derecho a percibir pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación; y la segunda, relacionada con las condiciones y requisitos de la pensión de jubilación para los docentes. Dichas excepciones fueron propuestas de la siguiente manera:

"Excepción número 1. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes tuviesen o lleguen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá este derecho (...). La nueva norma define al señalado día, como el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975 [...].

Excepción número 2. Los pensionados del Magisterio cuya vinculación hubiera sido posterior al 1 de enero de 1981, serán beneficiarios de una mesada adicional, pagadera a mitad de año. El valor de la pensión será igual al 75% del salario mensual promedio del último año.
(...)

Se aprecia que la transacción correcta es mantener la expectativa de reconocimiento de la pensión de gracia para quienes se hubieran vinculado con anterioridad al 1 de enero de 1981, y para los pensionados vinculados con posterioridad a esa fecha reconocer la mesada de medio año en adición a la aplicación del régimen pensional nacional, que tasa la pensión inicial en el 75% del sueldo promedio del último año (...)."

El texto final del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 quedó así:

"ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 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

⁹ Mediante la Ley 43 de 1975, como se indicó en la sentencia C-089/99, el Estado "optó por lo que se denominó la "nacionalización" de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal "nacionalización", el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación".

nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º 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 se derivan las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

"(...) I. Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación: Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.

II. Derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y a una prima de medio año equivalente a una mesada pensional (...).

El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados¹⁰, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985¹¹.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985:

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

El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

¹⁰ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

¹¹ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional 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 y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes"¹².

En sentir del H. Consejo de Estado, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Así las cosas, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 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.

Ello, sin embargo, no es el único requisito, pues además debe haberse efectivamente cotizado con respecto a los mismos, situación que en casos como el actual, necesita una prueba al interior del proceso.

Sobre el tema en comento, no ignora esta Corporación que el 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su criterio al resolver un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad, la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

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

La subregla que fijó la Sala Plena, se apoyó en los siguientes argumentos:

"La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de

¹² LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985" "ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; 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 todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

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 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.

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".

Sin embargo, tal criterio, a juicio del mismo órgano de cierre, no es aplicable a los docentes; en efecto, en providencia de unificación de abril de 2019 el H. Consejo de Estado precisó que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

Continuó la Sentencia de unificación, precisando:

"(...) Se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes: De acuerdo con el

parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. 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 aquellos 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. b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones (...)¹³.

Así entonces, es claro que el criterio expuesto por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo guarda similitud con la providencia de unificación de agosto de 2018, en tanto se refiere a la taxatividad de los factores a reconocer y la prueba de la efectiva cotización sobre los mismos.

A la luz de la providencia de unificación ya referenciada, el examen de la procedencia de la reliquidación no puede obedecer simplemente a la verificación del contenido de la certificación de factores que usualmente es aportada con la demanda y en otras oportunidades es recaudada a través del proceso, pues ello debe contraponerse con los factores establecidos por la normatividad aplicable al caso, en el entendido que debe cumplirse con dos condiciones, a saber: (i) que haya cotizado efectivamente sobre dicho factor; y (ii) que este se encuentre enlistado en la Ley.

En el caso bajo estudio, no existe prueba que la demandante haya efectivamente cotizado con respecto a los emolumentos que enuncia en su escrito de demanda, por lo que no es dable reconocer su procedencia.

A manera de conclusión, se dirá que la liquidación de la prestación que hoy se disputa, si bien fue hecha hace varios años, coincide con lo visión interpretativa que se tiene de la normatividad aplicable al reconocimiento pensional, por lo que el contenido de la sentencia impugnada, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, habrá de ser confirmado.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el Despacho de instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, en virtud de los argumentos expuestos en esta providencia.

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

¹³ CONSEJO DE ESTADO: SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17). SUJ-014-CE-S2-19.

De otra parte, no habrá condena en costas habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8° del artículo 365 del CGP¹⁴, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA¹⁵.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”¹⁶.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero (1°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Primero (1°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 029.

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO

DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA

CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

¹⁴ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

¹⁵ Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez