

C O P I A



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUZ YAMEL DÍAZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: LA NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
RADICADO: 20-001-33-33-002-2018-00225-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSE 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 Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 22 de mayo de 2019, por medio de la cual se negó las súplicas de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Relató la apoderada de la señora LUZ YAMEL DÍAZ RODRÍGUEZ, que ésta laboró por de 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 de invalidez por esa entidad.

Indicó, que en el reconocimiento de la base de liquidación pensional, sólo se incluyó 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 pensionado.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 01157 del 21 de diciembre de 2016, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, en cuanto le reconoció la pensión de invalidez y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

Que se declare la nulidad del Oficio No. OFPSM-0443 del 11 de julio de 2017, por medio del cual la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar niega la reliquidación de la pensión de invalidez, omitiendo incluir los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Que se declare que la señora LUZ YAMEL DÍAZ RODRÍGUEZ tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de invalidez, a partir del 13 de junio de 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 pensionado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, solicita a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FNPSM- que reconozca y pague una pensión de Invalidez a partir del 13 de junio de 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 pensionado a la demandante, indiciando que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

Que del valor reconocido se descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la resolución anterior y, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, se aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.

Que se ordene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de la pensionada. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

Que se ordene a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de éste, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

De igual forma, que se ordene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones 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 las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, el pago de 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.

Finalmente solicita, que se condene en costas a la entidad demandada, 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 no contestó la demanda.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

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

Luego del recuento normativo y jurisprudencial aplicable al caso, así como el material probatorio recaudado, el a quo señaló que la pensión de invalidez estaba debidamente reconocida de conformidad con los lineamientos expuestos por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 28 de agosto de 2018.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

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

Señala, que una vez fue proferida la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2010, la demandante admitió que tenía derecho a reclamar la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tal como la providencia lo sostenía, por lo tanto existe una confianza legítima en la administración de justicia.

Indica, que el operador judicial debe observar lo que pasa con el proceso, cuando fue radicado bajo un precedente existente basado en una sentencia de unificación del año 2010, pues de lo contrario se genera una inseguridad jurídica, pues no es claro que el Consejo de Estado frente a los derechos que les atañen al personal docente cambie su posición en diferentes maneras.

Trae a colación diferentes pronunciamientos sobre la seguridad jurídica, para reiterar que se debe sentar jurisprudencia para evitar sentencias contradictorias, que lo fue lo sucedido con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la cual afecta la seguridad jurídica y los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Agrega, que el mismo Consejo de Estado ha señalado que se debe aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, pues se debe respetar los precedentes y las leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho correspondiente, por lo que considera, en este proceso se debe dar aplicación a la sentencia de unificación del año 2010 frente a la actual.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

En el presente proceso presentó alegatos de conclusión la parte actora, para ratificar los argumentos expuestos en el recurso de apelación, específicamente que en el asunto de marras se debe dar aplicación a la sentencias de unificación que existían antes del año 2019, en las cuales se garantizaba que a los docentes se les debía incluir todo lo que habitual y periódicamente devengaban, pues ello era considerado parte del salario debiendo tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Por su parte, la entidad demandada presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la sentencia, pues según el artículo 10 del CPACA es deber dar aplicación uniforme a las normas y jurisprudencia, pues ellas tienen el carácter de vinculante y obligatorio.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II en 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 LUZ YAMEL DÍAZ RODRÍGUEZ, a que se le reliquide la pensión de invalidez reconocida por 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 2013¹, tal como es el caso que nos ocupa.

8.4.- CASO CONCRETO.-

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. 01157 del 21 de diciembre de 2016, la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de la pensión de invalidez a la demandante. (Folios 9 y 10)

¹ Acta No. 010.

De igual forma se demostró, que mediante Oficio OFPSM-0443 del 11 de julio de 2017, el Secretario de Educación Municipal de Valledupar negó la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios. (Folio 8)

Así mismo se acreditó, que la actora se vinculó al servicio docente desde el 3 de marzo de 1994, de conformidad con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral. (Folios 11 a 13)

Así mismo se encuentra acreditado, que la señora LUZ YAMEL DÍAZ RODRÍGUEZ en el último año de servicios antes de adquirir el estatus (2016 - 2017), devengó los siguientes factores salariales: la asignación básica (sueldo), sueldo de vacaciones, prima de antigüedad empleados municipales, prima de navidad, prima de servicios, y prima de vacaciones, tal y como consta en el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar. (Folios 14 y 15).

Finalmente se demostró, que a la prima de antigüedad devengada por la parte actora, se le realizaron los descuentos para aportes. (Folio 94)

Ahora bien una vez efectuado el recuento probatorio que antecede, acota la Sala que el asunto de marras debe definirse examinando la normatividad que regula el derecho que se reclama, y posteriormente la jurisprudencia aplicable, así:

Regulación de la pensión de invalidez en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

La pensión de invalidez es una prestación que tiene como finalidad la protección del trabajador que se encuentra disminuido por una contingencia física o mental que le impide el correcto desempeño en sus labores, y por lo tanto se da aplicación a la norma que le rige a cada persona.

Al respecto, al revisarse el contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 se observa que en su artículo 23 se estableció el reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentarían una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%. Para el efecto dispuso que:

"(...) 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 (...)" (Sic).

Así mismo, el Decreto 1848 de 1969, en sus artículos 60, 61 y 63 dispuso lo relacionado con la pensión por invalidez, así:

"(...) 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.

c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable" (Sic para lo transcrito)

Puede concluirse, que el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el Decreto 1848 de 1969, está determinada por la ocurrencia de la pérdida de la capacidad laboral en el índice descrito expresamente, que a su paso define el monto de la prestación, sin importar el tiempo de vinculación del funcionario público.

Pues bien, de las pruebas obrantes en el proceso, lo primero que debe quedar claro en el sub examine, es que a la señora LUZ YAMEL DÍAZ RODRÍGUEZ, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció una pensión de invalidez teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 100%, determinado por la empresa UT Oriente Región 5, porcentaje que no está en discusión en el presente medio de control, como quiera que lo pretendido en el proceso es únicamente, la reliquidación de la pensión en cuanto a la inclusión de todos los factores salariales devengados por la actora por todo concepto.

Así las cosas, al analizar las normas relativas a la pensión que se reclama tenemos, que dada la pérdida de la capacidad laboral equivalente al 100%, la entidad aplicó el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969, literal A, el cual reza: *"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" (Sic)*

Corolario con lo anterior, en el acto acusado, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales liquidó la prestación teniendo en cuenta el 100% del último salario devengado, dada la pérdida de su capacidad laboral del 100%, incluyendo como factores salariales: el sueldo básico, la prima de vacaciones y prima de navidad (Folios 9 y 10).

Ahora bien, lo pretendido por la parte actora, se itera, es la reliquidación prestacional con el fin de que le sean incluidos todos los factores salariales devengados mientras prestó sus servicios, a lo cual no accedió la juez en aplicación del último precedente de unificación del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, argumentos con los cuales no está de acuerdo la parte actora, pues considera que sí deben ser incluidos en atención al antiguo precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, el cual considera debe ser aplicado, teniendo en cuenta que le es más favorable y por cuanto el reciente pronunciamiento no rige para los docentes al estar excluidos del régimen de transición.

No obstante, precisa esta Corporación, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al definir su criterio de interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, 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, planteó una nueva línea jurisprudencial en relación con la liquidación de las pensiones de los servidores públicos, la cual pese a que no haya sido emitida en un caso como el que se analiza en esta oportunidad, indiscutiblemente traza el camino a seguir en este tipo de circunstancias, ya que definió una serie de subreglas, las cuales pueden ser empleadas como herramientas a la hora de resolver problemas jurídicos como el que nos atañe en esta oportunidad.

En efecto, 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.

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.

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 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.

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.

(...)

115. 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.

116. 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.

117. 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) (Subrayas fuera del texto)

En ese orden de ideas, en el presente asunto no es procedente la reliquidación prestacional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, sino que sólo deben ser incluidos los factores salariales devengados señalados en la ley y sobre los cuales se hubiese efectuado los aportes.

Así mismo, en cuanto al criterio interpretativo trazado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, emitido por esa Alta Corporación, la misma sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, consagró que 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 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

Ahora, si bien es cierto que 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, también lo es 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, tal como acertadamente consideró el a quo.

En virtud de lo anterior, este Tribunal ha cambiado 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 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 Estado², 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:

² 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.

"(...)

Y concluyó que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afectará 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.

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 cubre 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 aplica 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 Estado³ 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

³ 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.

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 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, motivo por el cual a la liquidación de la pensión de invalidez 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.

Ahora bien, en cuanto a la prima de antigüedad, la cual se demostró haber sido devengada por la docente en el último año antes de adquirir el estatus, además se probó que sobre la misma se efectuaron aportes, se advierte, que pese a estar enlistada como factor salarial en la Ley 62 de 1985, ésta no puede ser incluida en la base de la liquidación pensional, pues en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, que cuando la prima de antigüedad tiene como fuente un acto de una entidad colegiada del orden territorial, ésta no puede ser tomada en cuenta como factor salarial, como quiera que la autoridad territorial se arrogó competencias que están destinadas para el Congreso de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política.⁴

Debe recordarse, que este Tribunal, con ponencia de la Magistrada Doris Pinzón Amado, dentro del proceso radicado 20-001-23-31-004-2011-00290-00, mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, declaró la nulidad del Acuerdo Municipal No. 13 del 14 de abril de 1983, por medio del cual el Concejo Municipal de Valledupar creó la prima de antigüedad para los empleados municipales, por considerar que dicha Corporación no tenía competencia para crearla, siendo su competencia exclusiva del legislador. Así señaló en esa oportunidad este Tribunal:

“De la lectura de las normas anteriores, se advierte que ni a los Consejos Municipales ni a las Asambleas Departamentales se les atribuyó competencia para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, facultad que quedó radicada exclusivamente en el Congreso de la República o del Presidente de la República.

Así lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 29 de octubre de 2009, Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), con ponencia de la Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez:

“Al respecto esta Sala ha reiterado que la Constitución Nacional de 1886 no le otorgaba la competencia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales para establecer el régimen salarial y prestacional de los

⁴ Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 8 de septiembre de 2016, radicado: 080012333000201400018 01, radicado interno 4840-2015, M.P SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

empleados de estos órdenes, pues los artículos 76, numeral 9, y 120, numeral 21, consagraron la facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente de la República, de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos, incluido el de los del nivel territorial..."⁵ –Sic para lo transcrito-

5.- CASO CONCRETO.-

Descendiendo al caso concreto, y tomando en consideración la normatividad Constitucional y la Jurisprudencia que se acaba de exponer, encuentra la Sala que el Consejo Municipal de Valledupar no contaba en el año 1983 con la competencia para expedir el Acuerdo Municipal No. 13 de 1983, por medio del cual se creó la prima de antigüedad para los empleados municipales, dado que la creación de dicha prima, por constituir un factor salarial, era de competencia exclusiva del Legislador.

En virtud de lo anterior, las excepciones propuestas por el Apoderado del Sindicato de Trabajadores Públicos de la Alcaldía de Valledupar **SINSERPUAL** no tienen vocación de prosperidad, y en consecuencia, esta Corporación decretará la nulidad del Acuerdo Municipal No. 13 de 1983." (Sic para lo transcrito)

En ese orden de ideas, no existe duda que la prima de antigüedad cancelada a la demandante, fue creada a través de un acuerdo municipal, por lo que claramente, el Concejo Municipal no estaba facultado para fijar el régimen salarial ni prestacional a los empleados municipales, circunstancia que conlleva a que la misma no sea tenida en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional del demandante, pese a que dicho factor hubiese sido devengado en el último año de servicios y se hubiese efectuado aportes.

Lo anterior, ha sido tema reiterativo del Consejo de Estado, quienes han determinado que si el factor devengado en el último año de servicio, fue creado por fuera del marco de competencias, éste no puede ser incluido en la base de liquidación pensional:

"Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional.

La Sección Segunda - Subsección B, con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), en sentencia de 4 de julio de 2013, Expediente: 050012331000200102924 01 (0033-2013), actor: Marco Fidel Suárez Mesa, consideró que no era posible incluir factores salariales. Tratándose de la pensión de jubilación cuando estos provienen de disposiciones municipales tales como Acuerdos o Decretos, de la siguiente manera:

"Ahora bien, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República le corresponde fijar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar los

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 29 de octubre de 2009. Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), Magistrado Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos, por lo que es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a esto tópico. En ese sentido, los demás factores salariales que percibió el demandante, tales como, las primas de vida cara y aguinaldo, los cuales fueron creados por el Acuerdo Nos. 29 de 1.978 y el Decreto Municipal No. 120 de 1983, razón por la cual es posible tenerlos en cuenta dentro de la liquidación pensional, por cuanto fueron concebidos con total desconocimiento de las normas superiores, situación que hace imposible su reconocimiento, pues no le es dable al Juez prohiar derechos cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal”⁶ (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

En consecuencia, atendiendo el precedente jurisprudencial de unificación reciente 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 incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Finalmente 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 a la 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 Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se negó las pretensiones incoadas, merece ser CONFIRMADA.

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

Como no se observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en el proceso de la referencia, no procede la condena en costas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 22 de mayo de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia de fecha 13 de febrero de 2014, radicado: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), M.P Alfonso Vargas Rincón.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

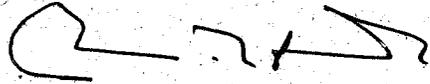
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 009, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
PRESIDENTE



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO