



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Rad: 54-001-23-33-000-2017-00246-00
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOM OPERATOR S.A.S. NIVEL 2
Demandado: U.A.E. – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)

En atención al informe secretarial que antecede, procede el Tribunal, con fundamento en lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPACA-, a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, con fundamento en los siguientes:

I.- ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.

El representante legal de la AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOM OPERATOR S.A.S. NIVEL 2, a través de apoderado, presentó demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), a fin de que se acceda a la siguiente pretensión principal¹:

“PRIMERA.- Que en Primera Instancia, en ejercicio de la competencia de que trata el numeral 4 del artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, se declare la NULIDAD de los siguientes actos administrativos.

1. Resolución No. 0669-1302 del 27 de junio de 2016, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Cúcuta, por medio de la cual se impuso a la sociedad que represento sanción en cuantía de trescientos treinta y cinco millones cuarenta y seis mil novecientos treinta y seis pesos (\$335.046.936.00)

2. Resolución No. 008203 del 25 de octubre de 2016, proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas – DIAN, por la cual se confirmó el acto administrativo anterior”.

Como restablecimiento del derecho se solicita se ordene a la entidad accionada proceda a:

1º.- Suspender toda actuación administrativa derivada de este proceso.

2º.- Se restituyan las sumas indebidamente cobradas, a valor presente, junto con sus respectivos intereses moratorios a la misma tasa de mora que cobra la DIAN, adicionando el lucro cesante respectivo.

¹ Ver folios 3 y 4 del expediente.

3º.- Se condene en costas y se decreten las agencias en derecho a cargo de la entidad accionada

2.- Hechos relevantes:

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones son los siguientes:

1º.- Mediante la Resolución No. 1191 del 06 de noviembre de 2015, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Buenaventura, decomisó mercancía al importador IMPORTMED S.A.S., cuyas declaraciones fueron presentadas por la ahora demandante.

2º.- Que el decomiso se produjo, para unos productos por error en la marca declarada; y para otros, por no estar amparados en ninguno de los documentos soporte presentados.

3º.- Por consiguiente, la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta, mediante requerimiento especial aduanero 00093 del 29 de abril de 2016, propuso a la División de Gestión de Liquidación de esa misma Seccional, que impusiera la sanción establecida en el numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999, sustentando la propuesta en la tesis de la Dirección Seccional de Aduanas de Buenaventura.

4º.- El día 27 de junio de 2016, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta avaló la propuesta y expidió la Resolución No. 1302 por medio de la cual impuso la sanción establecida en el numeral 2.6. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

5º.- El día 18 de julio de 2016, la parte actora presentó el recurso de reconsideración en contra de la sanción establecida a la parte demandante.

6º.- Finalmente, que el día 25 de octubre de 2016, la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica del Nivel Central, con sede en Bogotá D.C. profirió la Resolución No. 008203, mediante la cual se confirmó el acto que impuso la sanción.

3.- Normas violadas y concepto de violación.

La parte actora plantea la violación de los artículos 6, 29 y 83 de la Constitución Política, artículo 4 parágrafo 4 de la Ley 1609 del 2013, artículos 471 y 482 numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999, artículo 538 del Decreto 390 de 2016, Ley 1437 de 2011 y las demás normas citadas en la demanda.

Expone el concepto de violación, indicando que los actos administrativos demandados adolecen de nulidad por falsa motivación, conforme a la causal prevista en el artículo 137 de CPACA.

Lo anterior, al asegurar que la entidad demandada valoró erradamente la aplicación de la norma al caso concreto, incurriendo de tal modo en un error de hecho y de derecho.

Seguidamente afirma que el acto sancionatorio se profirió con violación al debido proceso, dado que el mismo revela una transgresión al ejercicio legítimo del poder Administrativo al despreciar la oportunidad de valorar las normas con sentido crítico y desde la perspectiva de la buena fe, asignándoles, por el contrario, una consecuencia que no encuentra soporte legal o reglamentario en ningún principio jurídico.

Informa que el régimen sancionatorio señalado en el artículo 483 del Decreto 2685 de 1999 quedó subrogado en el nuevo régimen, y que por una errada interpretación de la DIAN o del legislador aduanero, este omitió su aplicación bajo el argumento de que al momento de imponer la sanción no había entrado en vigencia el actual, debido a la ausencia de reglamentación.

En consecuencia, refiere que el artículo 538 del nuevo régimen sancionatorio enuncia conductas distintas y que, una vez verificado el texto de este último, no existe disposición expresa que consagre una sanción por la conducta “hacer incurrir”.

Arguye que la ley 1609 de 2013 en su artículo 4, parágrafo 4, establece la aplicación oficiosa de las normas mas favorables al interesado. Así mismo, que los decretos reglamentarios del régimen aduanero consagran como regla primordial la aplicación de sus normas una vez expedido, sin que permita el aplazamiento de su entrada en vigencia.

Por lo anterior, resalta que no es admisible predicar que el principio de favorabilidad se encuentre suspendido en razón a que las nuevas normas requieren de un reglamento para ser aplicadas por el operador jurídico, toda vez que en materia sancionatoria las disposiciones que establecen conductas nuevas, sustituyen, derogan o subrogan las previas y por tanto son de aplicación inmediata salvo que se haya condicionado la entrada en vigencia a una fecha determinada.

4.- Posición de la entidad demandada.

La apoderada de la DIAN frente a los hechos, indicó que son ciertos, pero que se opone a las pretensiones formuladas por la parte demandante, argumentando que carecen de fundamento jurídico y soporte fáctico, dado que no cuentan con los requisitos sustanciales que ameriten la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados.

Afirmó que la normatividad aplicada a la investigación administrativa aduanera inmersa en el expediente AA-2015-2016-01777 se encuentra vigente y por tanto, su defendida no incurrió en la indebida aplicación y violación del principio de legalidad ni en la falsa motivación del acto.

Arguye que en la Resolución No. 1302 del 27 de junio de 2016, se expusieron los motivos de hecho y de derecho que dieron lugar a la imposición de una sanción equivalente a \$335.046.936,00 pesos, en contra de la empresa demandante, por incurrir en la infracción consagrada en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 39 del Decreto 1232 de 2001 y el artículo 6 del Decreto 2883 de 2008.

Añade que, una vez notificado el acto administrativo antes mencionado, la Agencia de Aduanas Global Operator S.A.S. Nivel 2, interpuso recurso de reconsideración y que mediante Resolución 008203 del 25 de octubre de 2016, su representada resolvió confirmar dicha sanción, haciendo una clara exposición de los hechos, pruebas, motivos de inconformidad del recurrente y de las normas sustanciales y procesales aplicables.

Por lo anterior, manifiesta que en el proceso sancionatorio adelantado en contra de la parte demandante, se surtieron todas las etapas correspondientes y que durante las mismas, se dio la oportunidad al interesado de controvertir y aportar pruebas, garantizándose de tal forma el debido proceso y el derecho de defensa,

sin que ello implique una violación a las normas constitucionales o legales alegadas en la demanda.

De otra parte, señala que la Agencia de Aduanas Global Operator S.A.S. Nivel 2 actuó como declarante autorizado del importador IPORTMED S.A.S. en la declaración de importación con autoadhesivo No. 13198013145897 del 15 de septiembre de 2015 y por tanto, es el llamado a responder por la exactitud y veracidad de la información que se consigne en dichas declaraciones.

Finalmente, solicita se desestimen las pretensiones de la demanda, dado que los actos administrativos fueron expedidos dentro de las competencias y atribuciones propias de la DIAN y conforme al ordenamiento jurídico aplicable, sin trasgredir alguna norma de carácter constitucional o legal.

5.- Audiencia Inicial.

El día 03 de septiembre de 2018, folio 110 y ss, se llevó a cabo la audiencia inicial en la que se realizó la fijación del litigio, se incorporaron las pruebas aportadas en la demanda y la contestación a la misma, se resolvió sobre la prueba pedida por la parte actora, y se decretaron pruebas de oficio por parte de Despacho.

6.- Audiencia de Pruebas.

El día 5 de febrero de 2019, se celebró la audiencia de pruebas consagrada en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, incorporándose las pruebas documentales solicitadas de oficio (ver folios 182 y 183).

Al finalizar la audiencia se ordenó a las partes presentar alegatos de conclusión por escrito.

7.- Alegatos de Conclusión.

7.1.- Parte actora

El apoderado de la parte actora presentó sus alegatos de conclusión en término, en donde luego de hacer un recuento normativo, manifiesta que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por falsa y errónea motivación por indebida apreciación de lo supuesto fácticos y jurídicos del caso sub examine.

Reitera que la DIAN interpretó equívocamente la vigencia del régimen sancionatorio, lo cual condujo al desconocimiento del principio de favorabilidad y a su vez, inaplicó la ritualidad especial para sancionar, dado que no se estableció la responsabilidad de su representada en la conducta de “hacer incurrir” al importador en el pago de mayores valores.

7.2.- U.A.E. Dirección Administrativa de Impuestos y Adunas Nacionales - DIAN

El apoderado de la entidad demandada presentó en término sus alegatos de conclusión, manifestando que reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda e insiste que en el proceso administrativo sancionatorio se dio cumplimiento al debido proceso y que se garantizó el derecho de defensa.

Lo anterior, al indicar que se surtieron todas las etapas de la investigación administrativa y que el interesado tuvo la oportunidad de controvertir los actos

administrativos resultantes, dado que dicho proceso culminó con la Resolución que resolvió el recurso de reconsideración presentado por el demandante.

Arguye que los actos administrativos enjuiciados fueron expedidos de acuerdo con las competencias y atribuciones propias de la DIAN, en cumplimiento de las etapas procedimentales y sustanciales, por tanto, los mismos gozan de legalidad no siendo procedente declarar su nulidad dentro del proceso de la referencia.

7.3.- Concepto del Ministerio Público.

No presentó concepto de fondo.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Este Tribunal es competente para decidir el presente asunto en primera instancia, según lo previsto en el numeral 2º del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Problema jurídico:

Conforme lo narrado anteriormente, debe el Tribunal resolver el siguiente problema jurídico, que tiene dos componentes:

¿Hay lugar a declarar la nulidad de las Resoluciones números 0669-1302 del 27 de junio de 2016, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la DIAN, por medio de la cual se impuso una sanción de \$335.046.936.00 a la Agencia de Aduanas Global Custom Operator S.A.S. Nivel 2, y No. 008203 del 25 de octubre de 2016, expedida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, por la cual se resuelve el recurso de reconsideración en contra de la resolución anterior, conforme a los cargos de ilegalidad expuestos en la demanda, y teniéndose en cuenta que la DIAN se opone a las pretensiones de la demanda?

¿En el evento en que se declaren nulos los actos acusados, deberá el Tribunal decidir si hay lugar a ordenar el restablecimiento del derecho pedido en la demanda?

2.3. Tesis que resuelven el problema jurídico

2.3.1. Parte actora

La parte actora afirma que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, toda vez que la DIAN al expedir los actos demandados incurrió en una de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, específicamente, en la de falsa motivación, dado que interpretó equivocadamente las normas que regulan el régimen sancionatorio aplicable al caso concreto.

Menciona que la ley 1609 de 2013 en su artículo 4, párrafo 4, establece la aplicación oficiosa de las normas más favorables al interesado. Igualmente, que los decretos reglamentarios del régimen aduanero consagran como regla primordial la aplicación de sus normas una vez expedido, sin que permita el aplazamiento de su entrada en vigor.

Sostiene también que los actos cuestionados fueron expedidos con violación al debido proceso, ya que la conducta imputada a la empresa de Aduanas Global Operator S.A.S. Nivel 2 no es sancionable, pues el nuevo régimen no tipifica una sanción por la conducta de “hacer incurrir”.

2.3.2. Parte accionada

Se opone a las pretensiones de la demanda, al considerar que la normatividad aplicada a la investigación administrativa aduanera inmersa en el expediente AA-2015-2016-01777 se encuentra vigente y, por tanto, su defendida no incurrió en la indebida aplicación y violación del principio de legalidad. Que tampoco se configura la causal de falsa motivación, pues los actos administrativos fueron expedidos dentro sus competencias y atribuciones conforme al ordenamiento jurídico pertinente.

Asegura que, en el proceso sancionatorio adelantado en contra de la parte demandante, se surtieron todas las etapas correspondientes y que, durante las mismas, se dio la oportunidad al interesado de controvertir y aportar pruebas, garantizándose de tal forma el debido proceso y el derecho de defensa, sin que ello implicara a una violación a las normas constitucionales o legales alegadas en la demanda.

Resalta que la Agencia de Aduanas Global Operator S.A.S. Nivel 2 actuó como declarante autorizado del importador IPORTMED S.A.S. en la declaración de importación con autoadhesivo No. 13198013145897 del 15 de septiembre de 2015 y, por tanto, es el llamado a responder por la exactitud y veracidad de la información que se consigne en dichas declaraciones.

2.3.3. Ministerio Público

El señor Procurador no presentó concepto de fondo.

2.3.4. Tesis y Decisión del Tribunal.

Esta Corporación considera, teniendo en cuenta la posición jurídica de las partes, el acervo probatorio recaudado y el ordenamiento jurídico pertinente, que en el presente asunto debe accederse a declarar la nulidad las Resoluciones No. 0699-1302 del 27 de junio de 2016, mediante la cual la DIAN impone sanción pecuniaria a la parte actora por la suma de \$335.046.936 y No. 08203 del 25 de octubre de la misma anualidad, que resuelve el recurso de reconsideración en contra del acto administrativo sancionatorio, decidiendo confirmar el mismo.

Lo anterior en razón a que la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos acusados, puesto que con su expedición se vulneró por falta de aplicación lo previsto en el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, y se desconoció la aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 4º de la Ley 1609 de 2013.

Además de lo anterior, los actos acusados quedaron viciados de nulidad por aplicación indebida de lo reglado en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, ya que este precepto no se encontraba vigente para la fecha de firmeza del acto que impuso la sanción de multa a la sociedad ahora demandante.

2.4.- La decisión que se toma por el Tribunal se funda en los siguientes argumentos.

1. De la presunción de legalidad de los actos administrativos y de las causales de anulación de estos.

Importa recordar que, conforme lo señalado en el ordenamiento jurídico, los actos administrativos gozan de los siguientes atributos: (i) La presunción de legalidad, por la cual se presume que el acto fue expedido conforme al ordenamiento jurídico vigente, correspondiéndole al interesado desvirtuar dicha presunción, y (ii) La ejecutoriedad, en virtud de la cual una vez en firme los actos administrativos son obligatorios y se cumplen directamente por la Administración, salvo que sean suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso administrativa, o por el juez constitucional dentro de una acción de tutela, como ocurrió en el presente caso.

En el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) se consagran las causales de nulidad de los actos administrativos, a saber: 1º.- infracción de las normas en que debería fundarse, denominada como violación de normas superiores. 2º.- Falta de competencia del funcionario que expide el acto. 3º.-. Expedición Irregular. 4º.- Con desconocimiento del derecho de audiencias y de defensa. 5º. Falsa Motivación y 6º. Desviación de Poder.

Estas causales son las mismas establecidas anteriormente en el artículo 84 del derogado Código Contencioso Administrativo (C.C.A.).

Es totalmente claro que conforme a dicho ordenamiento legal, le corresponde al interesado en obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, la carga de probar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la existencia de alguna de las citadas causales de anulación, indicando en la demanda cuales fueron las normas superiores violadas y explicando el respectivo concepto de violación, tal como se regula en el numeral 4 del art. 162 del CPACA, norma que resulta similar a la prevista en el art. 137, numeral 4 del C.C.A.,

En el evento en que se plantee la causal de desviación de poder, deberá el accionante probar que la intención del autor del acto se alejó del ordenamiento jurídico para buscar un interés personal, caprichoso o subjetivo. Y cuando se trate de la causal de falsa motivación, deberá probar el actor que los hechos expuestos en el acto administrativo como causa de este, no corresponden con la realidad.

Es de recordar que así se prevé en el inciso final del artículo 103 del CPACA, cuando se señala que quien acuda ante esta jurisdicción está en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en dicho código.

Las causales de anulación deben haberse presentado antes de la expedición del acto o coetáneamente con su expedición, y solo así podría desvirtuarse la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos.

2.- Actos demandados en el presente asunto:

La parte actora solicita al Tribunal se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a.-) .- Resolución No. 0699-1302 del 27 de junio de 2016, expedida por el Jefe de Gestión y Liquidación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante la cual decidió sancionar a la Agencia de Aduanas Global Operator Custom S.A.S Nivel 2, al pago de una multa equivalente a \$335.046.936.00 por incurrir en la infracción contenida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2688 de 1999.

Copia de dicho Acto obra de folio 49 a 52, aportado por la parte actora con la demanda.

b.-) La Resolución No. 008203 del 25 de octubre de 2016, que resuelve el recurso de reconsideración en contra de la Resolución 0699-1302, suscrita por la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de la DIAN.

Copia de dicho Acto obra a folios 43 y 47, aportado por la parte actora con la demanda.

3.- En el presente caso hay lugar a declarar la nulidad de los actos demandados, puesto que con su expedición se vulneró por falta de aplicación lo previsto en el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, y se desconoció la aplicación del principio de favorabilidad previsto en el artículo 4º de la Ley 1609 de 2013. Además de lo anterior, los actos quedaron viciados de nulidad al expedirse con fundamento en una norma no vigente, como lo era el artículo 486 del Decreto 2685 de 1999.

Tal como se precisó en el acápite de Antecedentes, la parte actora demanda la declaratoria de nulidad de los actos proferidos por la DIAN, por medio de los cuales se le impuso una sanción pecuniaria consistente en una multa equivalente a la suma de \$335. 046.936.00, por haber hecho incurrir al importador en una infracción administrativa que dio lugar al decomiso de las mercancías.

La parte demandante considera que los actos acusados están viciados de nulidad por haberse expedido con (i) falsa motivación por interpretación y aplicación errónea de las normas referidas en la demanda, (ii) vulneración del derecho al debido proceso y (iii) omisión en aplicación del principio de favorabilidad.

Precisa que se presentó la causal de falsa motivación ya que la DIAN al expedir los actos acusados aplicó equivocadamente la norma al caso concreto, en razón a que el fundamento normativo de la sanción, esto es, el artículo 486, numeral 2.1., del Decreto 2685 de 1999, no se encontraba vigente, por lo que había sido subrogado con la expedición del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, por el cual se establece la nueva regulación aduanera. Que la DIAN omitió aplicar el principio de favorabilidad ya que en el artículo 538 del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 no se consagró la conducta que la DIAN tuvo como causa suficiente para imponer la sanción a la Agencia de Aduanas ahora demandante.

La DIAN se ha opuesto a las pretensiones por estimar, concretamente, que los actos fueron proferidos ajustados a derecho y que el artículo 538 del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 no se encontraba vigente para la fecha de la imposición de la sanción, ya que requería de reglamentación por parte de dicha entidad.

A efectos de la decisión que se toma por esta Instancia, se hace necesario verificar cuáles son los hechos relevantes que se encuentran probados en el presente asunto.

3.1.- Hechos relevantes probados

1º.- La División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Buenaventura, decidió declarar en decomiso una mercancía por valor de \$1.675.234.678.00, al importador IMPORTMED S.A.S., cuyas declaraciones fueron presentadas por la sociedad ahora demandante Agencia de Aduanas Global Customs Operator SAS.

Este hecho se acredita con la copia de la Resolución No. 1191 del 06 de noviembre de 2015. vista a folios 60 al 62, aportada por la parte actora con la demanda.

Igualmente, obra copia de dicho acto en el expediente administrativo radicado 01777 que fue remitido al proceso por la parte accionada y que conforma el cuaderno de pruebas No. 01.

2º.- La División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta, profirió el requerimiento especial aduanero 00093 del 29 de abril de 2016, mediante el cual propuso a la División de Gestión de Liquidación de esa misma Seccional, que impusiera a la Agencia de Aduanas Global Customs la sanción establecida en el numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999, esto es, una multa por valor de \$335.049.936.oo.

Este hecho se acredita con la copia del requerimiento especial aduanero 00093, vista a folios 53 al 59, aportada por la parte actora con la demanda.

Igualmente, obra copia de dicho acto en el expediente administrativo radicado 01777 que fue remitido al proceso por la parte accionada y que conforma el cuaderno de pruebas No. 01.

4º.- El día 27 de junio de 2016, la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta expidió la Resolución No. 1302 por medio de la cual impuso a la Agencia de Aduanas Global Customs, la sanción establecida en el numeral 2.6. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, esto es, una multa por valor de \$335.049.936.oo, por hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior, en infracciones administrativas aduaneras.

Este hecho se acredita con la copia la Resolución No. 1302, vista a folios 49 al 52, aportada por la parte actora con la demanda.

Igualmente, obra copia de dicho acto en el expediente administrativo radicado 01777 que fue remitido al proceso por la parte accionada y que conforma el cuaderno de pruebas No. 01.

5º.- El día 18 de julio de 2016, la parte actora presentó el recurso de reconsideración en contra de la sanción establecida a la parte demandante, en la citada Resolución No. 1302.

Este hecho se acredita con la copia del recurso de reconsideración que obra del folio 85 a 90 del expediente administrativo radicado 01777, que fue remitido al proceso por la parte accionada y que conforma el cuaderno de pruebas No. 01.

6º.- El día 25 de octubre de 2016, la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica del Nivel Central, con sede en Bogotá D.C. profirió la Resolución No. 008203, mediante la cual se confirmó el acto que impuso la sanción de multa a la parte actora.

Este hecho se acredita con la copia la Resolución No. 008203, vista a folios 44 al 47, aportada por la parte actora con la demanda.

Igualmente, obra copia de dicho acto en el expediente administrativo radicado 01777 que fue remitido al proceso por la parte accionada y que conforma el cuaderno de pruebas No. 01.

7º.- El expediente administrativo radicado 01777 cuenta de 195 folios, tal como fue certificado por la DIAN, mediante el oficio del 6 de septiembre de 2018, suscrito por la Jefe de División Gestión Jurídica de la DIAN, obrante al folio 161.

8º.- La DIAN ha reglamentado el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, mediante las resoluciones 41 del 11 de mayo, 42 del 13 de mayo, 64 del 28 de septiembre y 72 del 29 de noviembre, todas de 2016.

Este hecho se acredita con la copia de las citadas resoluciones que obran del folio 123 al 156 del expediente, y del 165 al 181.

9º.- La DIAN ha proferido conceptos interpretativos sobre la fecha de vigencia del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016.

Este hecho se acredita con los conceptos que obran a folios 162 y 163 del Expediente.

4.- Decisión del presente caso.

Con base en el ordenamiento jurídico citado y en los hechos relevantes antes destacados, la Sala a concluido que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, ya que efectivamente los mismos se expidieron con vulneración de las normas superiores citadas en la demanda, tal como pasa a verificarse al resolverse los cargos de ilegalidad expuestos en la demanda.

Primer Cargo: Falsa motivación de los actos administrativos demandados, debido a que la DIAN valoró erradamente la aplicación de la norma al caso concreto, incurriendo de tal modo en un error de hecho y de derecho.

Inicialmente, cabe recordar que la jurisprudencia administrativa en forma pacífica ha considerado desde antaño que la causal de anulación conocida como de falsa motivación se presenta cuando la Administración consigna en los motivos de los mismos hechos o apreciaciones que resultan contrarios a la realidad.

Al efecto, basta con traer a colación lo dicho por la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado², en providencia del 26 de julio de 2017:

"La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.

Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que inspiraron la producción de los mismos.

En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en

² Sección Cuarta del H. Consejo de Estado, Sentencia del veintiséis (26) de julio de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), C.P MILTON CHAVES GARCÍA

vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo.

En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción".

Ahora bien, la parte actora ha planteado en la demanda que la DIAN valoró erradamente la aplicación de la norma al caso concreto, incurriendo de tal modo en un error de hecho y de derecho, en cuanto le dio aplicación al numeral 2.6. del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999 siendo esta norma inaplicable para imponer la sanción a la sociedad actora, y por el contrario omitió aplicar el principio de favorabilidad en virtud del cual la norma a aplicar era el artículo 538 del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016.

Explica, entonces, que la DIAN omitió darle aplicación al principio de favorabilidad previsto en el artículo 4 de la Ley 1609 de 2013, en virtud del cual la norma aplicar era el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, el cual no trae como causal de infracción administrativa el hacer incurrir al importador en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, como el decomiso de las mercancías, que fue precisamente la situación que la DIAN tuvo en cuenta para imponer la sanción a la sociedad ahora demandante.

Debe recordarse que en el presente caso la DIAN profirió la Resolución No. 1302 el 27 de junio de 2016, decidiendo imponer a la sociedad Agencia de Aduanas Global Customs Operator SAS, con una multa equivalente a \$335.046.936.00, por incurrir en la infracción consagrada en el numeral 2.6. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, por haber hecho incurrir a su mandante (IMPORTMED SAS) en infracciones administrativas aduaneras, como lo fue el decomiso de las mercancías importadas.

Contra dicha Resolución la sociedad interpuso el recurso de reconsideración, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución No. 08203 del 25 de octubre de 2016.

En este punto es importante resaltar que mucho antes de la expedición de la Resolución No. 1302 el 27 de junio de 2016, el Gobierno Nacional había proferido el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, mediante el cual se expidió la nueva regulación aduanera del país.

Efectivamente, tal como lo plantea la parte actora, en el artículo 538³ se consagran las infracciones de las agencias de aduanas, que dan lugar a la

³ **Artículo 538. Infracciones de las agencias de aduana.** Sin perjuicio de la responsabilidad derivada de otra calidad de operador de comercio exterior que se le hubiere otorgado, al agente de aduanas que incurra en una de las siguientes infracciones se le impondrá la sanción que en cada caso se indica:

1. Permitir que terceros no autorizados o no vinculados con la agencia de aduanas actúen como agentes de aduanas o auxiliares. La sanción a imponer será de multa equivalente a cuatrocientas (400 UVT) Unidades de Valor Tributario.
2. No cancelar, o no hacerlo oportunamente, los derechos e impuestos, multas o valor del rescate, no obstante haber recibido el dinero para ello. La sanción a imponer será de multa equivalente al doscientos por ciento (200%) de los derechos, impuestos y/o sanciones no pagados o no cancelados oportunamente"

3. Incurrir en inexactitud o error en los datos consignados en la declaración aduanera, no obstante haber recibido la información correcta y completa por parte del declarante, cuando tales inexactitudes o errores conlleven un menor pago de los derechos e impuestos a la importación, o a la violación de una restricción legal o administrativa. La sanción a imponer será de multa equivalente trescientas Unidades de Valor Tributario (300 UVT).
4. No adelantar las actuaciones a su cargo para impedir el abandono y/o decomiso de las mercancías. La sanción a imponer será de multa equivalente a doscientas Unidades de Valor Tributario (200 UVT).
5. Realizar labores de consolidación o desconsolidación de carga, transporte de carga o depósito de mercancías, salvo las excepciones previstas en este decreto. La sanción será de multa equivalente trescientas Unidades de Valor Tributario (300 UVT).
6. Incurrir en inexactitudes en la declaración de valor, que impidan la correcta aplicación de la técnica de la valoración aduanera, en el evento en que asuma la responsabilidad de su firma y diligenciamiento. La sanción a imponer será de multa equivalente cincuenta Unidades de Valor Tributario (50 UVT).
7. Determinar una base gravable inferior al valor en aduana que corresponda, cuando elabore y firme la declaración de valor. La sanción a imponer será de multa equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la diferencia que resulte entre el valor declarado como base gravable para las mercancías importadas y el valor en aduana que corresponda de conformidad con las normas aplicables.
8. *Cuando en control posterior se establezca que no se contó, al momento de la presentación y aceptación de la declaración aduanera de importación, con los documentos soporte requeridos respecto de las mercancías que obtuvieron levante automático, o que tales documentos no se encontraban vigentes, o no fueron expedidos por la autoridad correspondiente. La sanción será de multa equivalente a trescientas unidades de valor tributario (300 UVT)*
9. Prestar sus servicios o desarrollar actividades de operador de comercio exterior con personas inexistentes. La sanción a imponer será de cancelación.
10. No informar la desvinculación o retiro de sus agentes de aduana o auxiliares, conforme lo establecido en el presente decreto. La sanción a imponer será de multa equivalente a doscientas Unidades de Valor Tributario (200 UVT).
11. No eliminar de la razón o denominación social la expresión “agencia de aduanas”, dentro del mes siguiente a la fecha de firmeza de la resolución por medio de la cual se cancela la autorización o se deja sin efecto la misma. La sanción a imponer será de multa equivalente a doscientas Unidades de Valor Tributario (200 UVT).
12. No conservar durante el término establecido los documentos que conforme a este Decreto deben permanecer en su poder. La sanción será de multa equivalente a doscientas Unidades de Valor Tributario (200 UVT).
13. *No presentar la declaración anticipada en las condiciones y términos previstos en este decreto, cuando ello fuere obligatorio. La sanción a imponer será de multa equivalente a trescientas unidades de valor tributario (300 UVT), que deberá liquidarse en la declaración de importación correspondiente. No habrá lugar a la sanción cuando el transportador anticipa su llegada, sin informar sobre tal circunstancia”*
14. No presentar la declaración del régimen de importación por redes, ductos o tuberías, dentro del término establecido en el presente decreto, o no cancelar en la oportunidad y forma prevista en el presente decreto los derechos e impuestos a la importación o sanciones a que hubiere lugar. La sanción a imponer será de multa equivalente a cincuenta (50 UVT) Unidades de Valor Tributario, por cada día de retraso, sin que supere las mil (1.000 UVT) Unidades de Valor Tributario.
15. No presentar la declaración del valor o presentar una que no corresponda a la mercancía declarada o a la declaración aduanera de importación de que se trate, cuando haya lugar a ella y hubiere sido autorizado expresamente para ello por el declarante. La sanción será de multa equivalente a cien Unidades de Valor Tributario (100 UVT).
16. *No gestionar el traslado al depósito aduanero de las mercancías sometidas al régimen de depósito. La sanción a imponer será del setenta por ciento (70%) del valor FOB de la mercancía. Si no fuere posible establecer dicho valor, la multa equivaldrá a quinientas*

imposición de sanciones, y dentro de las mismas no está prevista la infracción que se regulaba en el numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999: “2.6 Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros”.

Ahora bien, mediante la ley 1609 del 2 de enero de 2013, se dictaron normas generales a las cuales debía sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas. En el artículo 4 se señala que los decretos que expida el Gobierno Nacional para desarrollar la Ley Marco de Aduanas, deberán sujetarse a los principios constitucionales y a los previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y demás normas que lo modifiquen o sustituyan, incluyéndose dentro de ellos el principio de favorabilidad.

Importa resaltar que en el párrafo 4º se establece que las autoridades aduaneras deberán de oficio aplicar las normas que favorezcan al interesado, aun cuando no haya sido solicitada o alegada.

*“**PARÁGRAFO 4o.** Para efectos del Principio de Favorabilidad la Autoridad Aduanera en el proceso sancionatorio y de decomiso de mercancías, aplicará oficiosamente las normas que favorezcan al interesado aun cuando no haya sido solicitada o alegada. Se exceptiona de este tratamiento lo relativo a los aranceles y tributos aduaneros.”*

Por su parte en el artículo 2º del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 se reitera la norma citada, al consagrarse los principios generales aplicables por las autoridades aduaneras, insertándose el principio de favorabilidad en los siguientes términos:

*“**Principios generales.** Sin perjuicio de los principios constitucionales y los previstos en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de la Ley 1609 de 2013 y del Código General del Proceso, las disposiciones contenidas en este decreto se aplicarán e interpretarán teniendo en cuenta los siguientes:*

*a) **Principio de eficiencia.** En las actuaciones administrativas relativas a la función aduanera siempre prevalecerá el servicio ágil y oportuno para facilitar y dinamizar el comercio exterior, sin perjuicio de que la autoridad aduanera ejerza su control;*

*b) **Principio de favorabilidad.** Si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción o el decomiso entra a regir una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera la aplicará oficiosamente. Si la nueva norma es desfavorable al interesado, será la norma anterior la aplicable a todas las infracciones que se cometieron durante su vigencia.”*

unidades de valor tributario (500 UVT). Cuando la entrega de la mercancía sea extemporánea la sanción será del veinte por ciento (20%) del valor antes previsto. Por extemporaneidad se entiende la que no supere los tres (3) días siguientes al vencimiento del término previsto en el artículo 382 de este decreto”.

17. Incumplir con las obligaciones previstas en el párrafo transitorio del artículo 669 del presente decreto. La sanción a imponer será de multa equivalente a doscientas Unidades de Valor Tributario (200 UVT);
18. No firmar la declaración de exportación dentro del término previsto en el presente decreto. La sanción será de multa equivalente a doscientas Unidades de Valor Tributario (200 UVT).

En estas circunstancias la Sala encuentra acertada la tesis de la parte accionante, por cuanto efectivamente, la DIAN al expedir los actos demandados omitió dar aplicación al principio de favorabilidad en virtud del cual al momento de imponer la sanción a la sociedad actora debió haber verificado que en el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, no se consagraba la infracción administrativa que dio lugar a la multa impuesta.

Esta violación de las normas referidas, por falta de aplicación, constituye una causal de anulación de los actos acusados, sin que sea óbice para ello que la parte actora lo haya planteado como una falsa motivación, puesto que evidentemente se trató fue de una vulneración de las normas superiores por falta de aplicación.

Ahora bien, la DIAN ha sostenido en el proceso como argumento central de la defensa, que la normatividad aplicada a la investigación administrativa aduanera inmersa en el expediente AA-2015-2016-01777, esto es, el artículo 486, numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999, se encontraba vigente y, por tanto, su defendida no incurrió en la indebida aplicación y violación del principio de legalidad. Además, por cuanto para la fecha de imposición de la sanción no se encontraba vigente el artículo 583 del Decreto 390 de 2106, ya que requería de reglamentación por parte de la DIAN, conforme lo previsto en el artículo 674 del mismo Decreto 390.

A este respecto, la Sala considera que, aun cuando fuera totalmente cierto que para la fecha en que quedó en firme la sanción, esto es, el 25 de octubre de 2016, todavía se encontraba vigente el artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, y específicamente el numeral 2.6., igualmente se presenta la causal de vulneración de las normas citadas por falta de aplicación, por cuanto para esa fecha también estaba vigente el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, y ante la existencia de dos normas vigentes el deber de la autoridad aduanera era darle aplicación a la norma más favorable para el contribuyente, tal como se previó en el artículo 4 de la ley 1609 de 2013 y en el artículo 2º del Decreto 390 de 2016.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala estima que el artículo 538 del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, sí estaba plenamente vigente para el momento de la imposición de la sanción, -27 de junio de 2016-, y a fortiori para el día de la firmeza de la misma, esto es, para el 25 de octubre de 2016, cuando fue resuelto el recurso de reconsideración por parte la Oficina Jurídica de la Seccional Bogotá de la DIAN.

Ello es así por cuanto, pese a que en el numeral 2 del art. 674⁴ del Decreto 390 se condicionó la vigencia de varias normas a que fueran reglamentadas por la DIAN,

⁴ **Artículo 674. Aplicación escalonada.** La vigencia del presente decreto iniciará quince (15) días comunes después de su publicación, conforme a las siguientes reglas:

1. En la misma fecha en que entre en vigencia, entrarán a regir los artículos 1 a 4; 7; 9 a 34; numeral 2.1. del artículo 35; 36 a 41; 43, 44; 111 a 113; 155 a 166; 486 a 503; 505 a 510; 550 a 561; 611 a 673.
2. Los demás artículos entrarán a regir una vez sean reglamentados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual tendrá un término de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación del presente decreto. No obstante, la entidad podrá señalar que reglamentación actual se mantiene vigente, en la medida en que no contraría las nuevas disposiciones contenidas en este decreto.
3. *Los artículos del presente decreto que no han entrado a regir de conformidad con las reglas establecidas en los numerales 1 y 2 de este artículo, regirán a partir del día hábil siguiente a aquel en que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) ponga en funcionamiento integralmente un nuevo modelo de*

entre ellas el artículo 538, tal condicionamiento normativo resulta contrario al principio de legalidad aplicable en materia sancionatoria, por cuanto no es posible diferir la vigencia de una norma que hace parte del régimen sancionatorio, a la actuación de la autoridad administrativa encargada de aplicarlo consistente en la reglamentación.

La vigencia de las conductas de las agencias aduaneras que serán objeto de sanción administrativa, es de reserva de ley y excepcionalmente del Gobierno Nacional, empero, ello no puede ser asignado a la autoridad administrativa encargada de imponer las sanciones administrativas.

Empero y aun que se aceptara la legalidad de la anotada situación, se tiene que en el presente proceso se recaudó como prueba la copia de las Resoluciones proferidas por la DIAN mediante las cuales reglamentó el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, esto es, las resoluciones 41 del 11 de mayo, 42 del 13 de mayo, 64 del 28 de septiembre y 72 del 29 de noviembre, todas de 2016.

Al revisarse el texto de tales resoluciones se observa que en ninguna de ellas se reglamentó el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, por lo cual mal podría concluirse que dicho artículo nunca entró en vigor ante la omisión de la DIAN en su reglamentación. Desde luego que el tema previsto en el artículo 538 del Decreto 390 no era objeto de reglamentación por parte de la DIAN para que pudiera entrar a regir, por lo cual la vigencia de este se dio pasados los 15 días siguientes a la publicación del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016.

Por lo anterior, es palmario que para la fecha de expedición de la sanción de multa a la sociedad actora (27 de junio de 2016), el artículo 538 del Decreto 390 de 2016 se encontraba vigente y debió aplicarse de oficio por la DIAN, como un desarrollo del deber de aplicación del principio de favorabilidad.

Amén de lo anterior, y contando aún los 180 días comunes que tenía la DIAN para reglamentar el Decreto 390, dicho plazo se venció el 8 de septiembre de 2016, por lo cual para la fecha en que quedó en firme la sanción impuesta a la actora (25 de octubre de 2016), ya se encontraba vigente el artículo 538 y resultaba un deber para la autoridad aduanera que resolvió el recurso de reconsideración darle plena aplicación, por todo lo cual los actos acusados quedaron viciados de ilegalidad por imponer una sanción dejándose de aplicar la norma más favorable al actor que ya no consagra la falta como una infracción administrativa.

Además de la anterior situación, se tiene que tampoco es cierto el argumento expuesto por la DIAN, en el sentido que para el momento de la imposición de la sanción el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 se encontraba vigente.

En efecto, la Sala encuentra que para la fecha de la imposición de la sanción tampoco se encontraba vigente el artículo 485 del Decreto 2685 de 1999. Ello es

sistematización informático electrónico aduanero, desarrollado e implementado en los términos previstos por el párrafo de este artículo.

Parágrafo. *Para los efectos previstos en el numeral 3 de este artículo, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) deberá desarrollar, implementar y poner en funcionamiento, a más tardar el treinta (30) de noviembre de 2019, el nuevo modelo de sistematización informático electrónico aduanero con el que se garantice la prestación de un servicio informático ágil, robusto y confiable que soporte cabalmente la operación aduanera.*

así conforme lo previsto en el artículo 675⁵ del Decreto 390 de 2016, señala que continúan vigentes unos artículos del Decreto número 2685 de 1999, con sus modificaciones y adiciones, sin que expresamente se haya incluido el artículo 485.

De tal suerte que, para la fecha de imposición de la sanción por parte de la DIAN, se dio aplicación al numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 que no se encontraba vigente para el día 27 de junio de 2106, lo cual también torna en ilegal los actos acusados por aplicación de una norma no vigente.

Como corolario de lo expuesto, la Sala concluye que en el presente asunto se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de las Resoluciones demandadas, por lo cual procede declarar su nulidad, sin que sea necesario entrar a estudiar los otros cargos de ilegalidad expuestos por la parte actora en el concepto de violación, los cuales, en esencia, coinciden con el argumento central de ilegalidad que la Sala encuentra acreditado.

Ahora bien, la parte actora solicitó como restablecimiento de derecho, en la medida en que se accediera a anularse los actos administrativo, lo siguiente:

1º.- Suspender toda actuación administrativa derivada de este proceso.

2º.- Se restituyan las sumas indebidamente cobradas, a valor presente, junto con sus respectivos intereses moratorios a la misma tasa de mora que cobra la DIAN, adicionando el lucro cesante respectivo.

⁵ **Artículo 675. Vigencias.** Continúan vigentes las siguientes disposiciones: artículo 7º del Decreto número 1538 de 1986; Decretos números 1742 y 2148 de 1991; Decreto número 379 de 1993; artículos 2, 5, 6 y 7 del Decreto número 1572 de 1993; Decreto número 3568 de 2011; y Decretos números 1567, 1894 y 2025 de 2015.

Igualmente, continúan vigentes los siguientes artículos del Decreto número 2685 de 1999, con sus modificaciones y adiciones:

1. Para los Altex y los UAP, por el término de cuatro (4) años más, contados a partir de la vigencia de este Decreto: en lo que fuere pertinente, los numerales 1 y 2 del artículo 11; artículo 28, con la modificación efectuada por el artículo 1º del Decreto número 3555 de 2008; artículos 31 y 32; artículo 33, con la adición efectuada por el artículo 3º del Decreto número 4434 de 2004; artículo 34, con las modificaciones efectuadas por el artículo 3º del Decreto número 4136 de 2004 y el artículo 3 del Decreto número 2557 de 2007; artículo 35; párrafo 2º del artículo 37, con la modificación efectuada por el artículo 8º del Decreto número 1232 de 2001; artículos 38, 39 y 40; artículo 55, con la modificación efectuada por el artículo 10 del Decreto número 1232 de 2001; artículo 71, literales: b) último inciso, e), f) y g) inciso 2º; artículo 184; artículo 184-1, con la modificación efectuada por el artículo 19 del Decreto número 2557 de 2007; artículos 185 a 187; artículo 188, con las modificaciones efectuadas por el artículo 20 del Decreto número 2557 de 2007 y, último inciso del artículo 354.
2. *Mientras entra a regir la nueva regulación sobre zonas francas, sistemas especiales de importación - exportación, sociedades de comercialización internacional y zonas especiales económicas de exportación, continúan vigentes los siguientes artículos del Decreto 2685 de 1999, con sus modificaciones y adiciones: artículos 40-1 al 40-10; 168 al 183; 392-4; 393; 394 a 408; literales a) a l), n, w, y, z, dd, del artículo 409; literales a, b, c, d, f, g, h, i, k, l, m, n, o, p, q, t del artículo 409-1; 409-2; 409-3; 410; numerales 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.13, 1.15, los incisos 1 y 2 del numeral 1; numerales 2, 3 y párrafo del artículo 488; numerales 1.1, 1.2, 1.3 inciso final del numeral 1, 2.2 al 2.5 y 3 del artículo 489 y el artículo 489-1. También continúan vigentes las definiciones contenidas en el artículo 1º del Decreto 380 de 2012 mientras entra a regir una nueva regulación sobre Sociedades de Comercialización Internacional.*
3. Los que regulan los programas especiales de exportación (PEX), contenidos en los artículos 329 al 334-1 del Decreto número 2685 de 1999, con sus respectivas modificaciones.

3º.- Que se condene en costas a la entidad demandada, debido a su temeridad de no accederse a conciliar prejudicialmente.

En este sentido la Sala recuerda que, tal como se tiene establecido en el ordenamiento jurídico, la anulación de los actos administrativos particulares, conlleva la supresión de los efectos jurídicos que producían ex tunc, es decir, desde la fecha de su expedición.

Por lo tanto, las actuaciones administrativas iniciadas por la autoridad para el cumplimiento de sus efectos, quedan sin fundamento jurídico alguno por disposición normativa.

Como consecuencia de ello resulta procedente ordenar a la DIAN que proceda a hacer devolución a la parte actora de las sumas de dinero, debidamente indexadas, que la parte actora haya cancelado con ocasión de los actos administrativos que ahora se anulan por esta jurisdicción.

En cuanto a la solicitud de condena en costas a la entidad vencida, la Sala no encuentra procedente acceder a ello, dado que conforme a reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, la regla establecida en el artículo 188 del CPACA, no puede entenderse en el sentido que las costas se aplican de manera objetiva a la parte vencida, sino que debe valorarse la actuación de la misma en términos de haberse actuado con temeridad o mala fe, y además de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso la Sala no encuentra que se den los presupuestos anteriormente advertidos por la conducta procesal expuesta por la DIAN en el presente proceso, ya que se tiene que en ejercicio del derecho de defensa actuó en el proceso sosteniendo criterios jurídicos razonables en defensa de los actos demandados, sin que pueda predicarse una actuación temeraria o de mala fe.

El hecho de que en sede prejudicial la entidad haya decidido no conciliar, es una conducta que está prevista dentro del ordenamiento legal que regula la figura de la conciliación prejudicial, y la misma no es causal válida para la imposición de costas como quiera que estas proceden es por la conducta temeraria mostrada dentro del trámite del proceso judicial respectivo.

Por todo lo anterior, no hay lugar a la imposición de costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Oral No. 004 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declárese la nulidad de los siguientes actos administrativos: a.-) Resolución No. **0669-1302 del 27 de junio de 2016**, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Cúcuta, mediante la cual decidió sancionar a la Agencia de Aduanas Global Operator Custom S.A.S Nivel 2, al pago de una multa equivalente a \$335.046.936.oo. b.-) Resolución No. **008203 del 25 de octubre de 2016**, proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas – DIAN, mediante la cual se confirmó la Resolución No. 0669-1302.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho ordénese a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, que proceda a hacer devolución a la Agencia de Aduanas Global Operator Custom S.A.S Nivel 2, de las sumas de dinero, debidamente indexadas, que dicha parte haya efectivamente cancelado en cumplimiento de los actos administrativos que se anulan en el anterior numeral.

TERCERO: Abstenerse de efectuar condena en costas a la parte vencida.

CUARTO: La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá darle cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **archívese** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor y **devuélvase a** la parte actora los valores consignados para gastos del proceso, excepto los ya causados.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobada en Sala Virtual de Oralidad No. 04 de la fecha).

ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado

HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado

EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-002-2017-00428-01
Accionante: Luis Evelio Archila Chuzcano
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (FIs 147-155) en contra de la sentencia proferida en trámite de audiencia inicial el veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

El demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo **Resolución N° 0146 del 05 de febrero de 2015**, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a su favor, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes de adquirir el estatus de pensionado, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante providencia proferida el veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para

¹ Folios 123 al 135 del Cuaderno Principal

los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.”*

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación del señor Luis Evelio Archila Chuzcano al servicio docente, esto es el 07 de noviembre de 1985, el régimen aplicable al mismo es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar la misma teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que el accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que el accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los

² Folios 147 al 155 del Cuaderno Principal

derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así 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 nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso.

Con auto del dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019) (fl.160) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta el veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019) (fl. 164) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 23 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante³

Expone la apoderada de la parte accionante que es claro que en el ingreso base de liquidación por regla general, se deben tener en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales se concretan a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Aunado a lo anterior, expone que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales

³ Folios 167 al 184 del Cuaderno Principal

consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La parte accionada no presentó alegatos de conclusión.

1.5.3 Del concepto del ministerio público⁴.

El Procurador Judicial para asuntos administrativos, solicita a la Sala de Decisión confirmar la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expresado en la sentencia de unificación fecha 25 de abril de 2019 proferida el Honorable Consejo de Estado, bajo el argumento de que debe concluirse que los factores salariales que se debe incluir en el IBL para la pensión de jubilación del accionante, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, siguiendo la nueva regla jurisprudencia.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, adiada veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada?, o, por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por la apoderada del accionante?

2.3. Decisión del Tribunal

Se revocará la sentencia apelada, en el sentido de incluir únicamente como factor salarial además de los ya reconocidos en la liquidación de la pensión de jubilación del actor, la bonificación mensual, comoquiera que la misma corresponde a los factores que fueron enunciados por el legislador para ser tenidos en cuenta en la cuantificación del ingreso base de liquidación de la pensión de docentes,

⁴ Folios 186 al 187 del Cuaderno Principal.

contemplados expresamente en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 (modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985). En esta decisión la Sala, al igual que el Juzgado de instancia acoge el cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia de unificación SUJ-014–C.E. –S2-2019 proferida en fecha 25 de abril de los corrientes.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

De acuerdo con el párrafo 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.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

“A. 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. (Subrayado por la Sala)

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 nacionalizados⁵, 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 1985⁶.

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.

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"⁷.

En criterio de la Sala, 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.

Luego entonces, 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.** (Subrayado por la Sala).

⁵ 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.

⁶ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

⁷ 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".

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente.
(...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes**.

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

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

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

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

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

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.

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.

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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". 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.

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 periodo 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.**

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se

unificó para hombres y mujeres en 57 años⁸. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos 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.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que el señor Luis Evelio Archila Chuzcano:

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor de 20 años desde el 07 de noviembre de 1985 hasta el 30 de septiembre de 2014⁹ fecha en la cual adquirió el estatus de pensionado.

(ii) Ostenta la calidad de pensionado, a través de la Resolución N° 0146 del 05 de febrero de 2015, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio de San José de Cúcuta.

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación de la pensión de jubilación del actor fueron los siguientes:

- Promedio asignación mensual último año
- 1/12 prima de vacaciones.
- 1/12 prima de navidad

⁸ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

⁹ Folio 18 del Cuaderno Principal.

- Los factores salariales devengados durante el último año de servicio como docente antes de adquirir el estatus de pensionado, según consta a folio 23 del expediente fueron:
 - Asignación básica
 - Pago sueldo vacaciones y/o receso escolar doc
 - Bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15
 - Prima de navidad
 - Prima de servicios
 - Prima de vacaciones docentes.

El demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del estatus de pensionado. Como se observa, los factores devengados por el demandante en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionado que no se tuvieron en cuenta en la base de liquidación en el acto de reconocimiento, fueron: la bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15, la prima de servicios y el pago sueldo vacaciones y/o receso escolar doc.

2.6. Conclusiones

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable al demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que el demandante estaba vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El señor Luis Evelio Archila Chuzcano en su condición de docente vinculado al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario

- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho el prenombrado en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

Por lo tanto, en la base de liquidación de su pensión no se podían tomar en cuenta los factores devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del estatus de pensionado, como la prima de vacaciones y la prima de navidad, pues estos factores no constituyen base de liquidación de los aportes, y por tanto, no se pueden incluir en la base de liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Factores salariales que sirvieron de base para la reliquidación – Resolución 0146 del 05 de febrero de 2015.	Factores Salariales que hacen parte de la base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes
Asignación mensual	Asignación básica
1/12 prima de vacaciones	Gastos de representación
1/12 prima de navidad	Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
	Dominicales y feriados
	Horas extras
	Bonificación por servicios prestados
	Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Como se evidencia en el cuadro anterior, de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985, en el caso particular el demandante, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica y la Bonificación mensual del Decreto 1566/14, que conforme se desprende de la integralidad de esta última norma es una bonificación por servicios prestados, que sí está incluida dentro de los factores a tener en cuenta por la citada Ley 62 de 1985 y como se observa también en su texto, además de disponer que tenía carácter salarial para todos los efectos, sobre la citada bonificación se estableció que los aportes eran obligatorios¹⁰.

¹⁰ Decreto 1566/14: "Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan

Lo anterior, en correspondencia con lo señalado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la acción de tutela identificada con el radicado No. 11001-03-15-000-2019-04192-00 en la que amparó el derecho fundamental al debido proceso del actor, pues concluyó que a pesar de que el mismo adquirió el status pensional en el año 2014, se pudo evidenciar dentro del plenario que el accionante continuó trabajando hasta el año 2015, razón por la cual debieron tenerse en cuenta los factores salariales de dicho año para su reliquidación pensional; ahora bien frente al caso en concreto se observa que en la Resolución 0146 del 05 de febrero de 2015 no le fue incluido en la liquidación pensional al señor Luis Evelio Archila Chuzcano el factor correspondiente a la bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15, a pesar que la misma hace parte de los factores salariales incorporados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y que fuera devengada en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionado, razón por la cual se revocará la sentencia apelada, la cual negó la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del estatus de pensionado, para especificar que sólo se reliquidará la pensión del actor en cuanto a la inclusión de la bonificación mensual.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera:

El demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del estatus de pensionado, incluyendo aquel sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como se solicitó en la demanda.

Por lo tanto, la Sala acogiendo a la interpretación realizada en la SUJ-014- CE S2 2019, observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación, la prima de vacaciones y la prima de navidad, factores que no estaban incluidos en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven como base para calcular los aportes y por tanto conformar la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

con cargo al Sistema General de Participaciones, y se dictan otras disposiciones.”

ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Como consecuencia de lo expuesto, se revocará la sentencia de primera instancia de fecha veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada de fecha veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, respecto del proceso radicado 54-001-33-33-002-2017-00428-01, promovido por el señor Luis Evelio Archila Chuzcano.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución **No. 0146 del 05 febrero de 2015** proferida por la Secretaria de Educación del Municipio de San José de Cúcuta y en consecuencia de lo anterior ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del actor por un monto equivalente al setenta y cinco por ciento (75%), del salario promedio devengado en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionado, tomando en cuenta como factores salariales además de los ya reconocidos, la bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15 devengada por el mismo y que no le fuera incluida en la liquidación de su pensión de jubilación.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que como resultado de la reliquidación anterior, pague a favor del demandante las sumas de dinero resultantes de la diferencia entre lo pagado y lo que resulte luego de efectuada la reliquidación, sumas que serán actualizadas en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y para la cual deberán realizarse los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

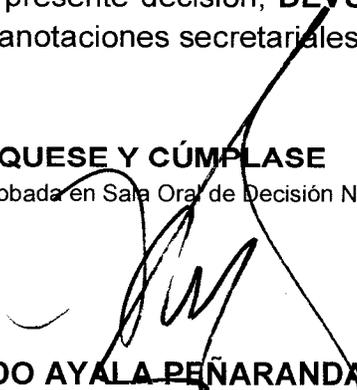
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

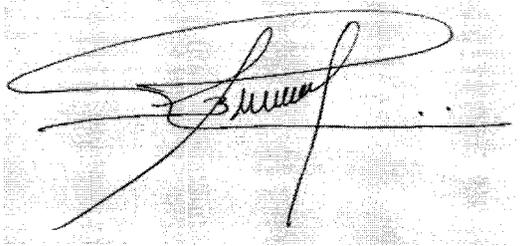
SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR E. BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-002-2018-00153-01
Accionante: Fátima Inés Capacho
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (Fls 107-116) en contra de la sentencia proferida en trámite de audiencia inicial el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo **Resolución N° 04154 del 20 de noviembre de 2017**, mediante la cual se le reconoció la liquidación de su pensión de jubilación, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionada, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante providencia proferida el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril

¹ Folios 88 al 98 del Cuaderno Principal

de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.”*

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la señora Fátima Inés Capacho al servicio docente, esto es el 27 de marzo de 1995, el régimen que le es aplicable es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar la misma teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que la accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a los que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los

² Folios 107 al 116 del Cuaderno Principal

derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así 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 nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso

Con auto del diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019) (fl. 122) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020) (fl. 127) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 24 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día veintidós (22) de enero de dos mil veinte (2020).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante³

Expone la apoderada de la parte accionante que es claro que en el ingreso base de liquidación por regla general, se deben tener en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales se concretan a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Aunado a lo anterior, informa que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales

³ Folios 129 al 146 del Cuaderno Principal

consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, adiada el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada? o por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por la apoderada de la accionante?

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, el día once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), debe ser confirmada, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante se ajustó al cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

Para tomar la decisión, se tendrá en cuenta la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia aplicable y los enunciados fácticos que se encuentran probados en el presente caso.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

De acuerdo con el párrafo 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.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

"A. 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. (Subrayado por la Sala)

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 nacionalizados⁴, 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 1985⁵.

De acuerdo con el artículo 1° 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

⁴ 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.

⁵ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

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.

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”⁶.

En criterio de la Sala, 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.

Luego entonces, 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.** (Subrayado por la Sala).

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.
(...)

⁶ 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”.

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

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

(...)

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

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

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

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.

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.

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.

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.**

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁷. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se

⁷ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

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.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos 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.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que la señora Fátima Inés Capacho:

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor de 20 años desde el 27 de marzo de 1995 hasta el 12 de mayo de 2017⁸, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada.

(ii) Ostenta la calidad de pensionada, a través de la Resolución N° 04154 del 20 de noviembre de 2017, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Norte de Santander.

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación de la pensión de jubilación fueron los siguientes:

- Promedio asignación mensual (2016-2017)
- Bonificación mensual (2016-2017)
- 1/12 prima de vacaciones

- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente antes del cumplimiento del estatus de pensionada, según consta a folio 24 del expediente son:

- Asignación básica

⁸ Folio 18 del Cuaderno Principal.

- Bonificación mensual docentes
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones docentes
- Prima de servicios.

La demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del estatus de pensionada. Como se observa, los factores devengados por la demandante en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionada que no se tuvieron en cuenta en la base de liquidación, fueron: la prima de navidad y la prima de servicios.

2.6. Conclusiones

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La señora Fátima Inés Capacho en su condición de docente vinculada al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la prenombrada en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera: La demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, en virtud de lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, así como tampoco existe prueba alguna de que se haya efectuado el pago de aportes al sistema por dichos factores.

Por lo tanto, la Sala acogiendo a la interpretación realizada en la SUJ-014- CE S2 2019, observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación, la prima de vacaciones, factor que no estaba incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven como base para calcular los aportes y por tanto conformar la base de liquidación. Sin embargo, 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.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

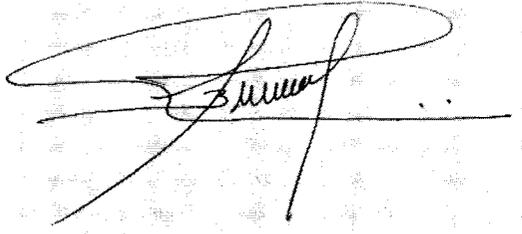
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR E. BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-002-2018-00163-01
Accionante: Ludy del Socorro Callejas Trujillo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (Fls 105-114) en contra de la sentencia proferida en trámite de audiencia inicial el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo **Resolución N° 001015 del 06 de febrero de 2018**, mediante la cual se le reconoció la liquidación de su pensión de jubilación, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionada, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante providencia proferida el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes

¹ Folios 85 al 95 del Cuaderno Principal

pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.”*

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la señora Ludy del Socorro Callejas Trujillo al servicio docente, esto es el 12 de septiembre de 1990, el régimen que le es aplicable es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar la misma teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que la accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a los que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los

² Folios 105 al 114 del Cuaderno Principal

derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así 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 nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso.

Con auto del seis (06) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) (fl. 120) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) (fl. 124) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 23 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante³

Expone la apoderada de la parte accionante que es claro que en el ingreso base de liquidación por regla general, se deben tener en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales se concretan a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Aunado a lo anterior, informa que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales

³ Folios 126 al 143 del Cuaderno Principal

consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴

Expone el apoderado de la parte accionada que como bien se estableció en la sentencia recurrida el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, es el aplicado a todos los empleos públicos regidos por la Ley 33 de 1985, mediante la cual se igualó entre hombres y mujeres el presupuesto para la obtención de pensión de jubilación respecto a los empleados oficiales en 55 años de edad y prestación del servicio por periodo de 20 años continuos o discontinuos y definió el monto de la pensión de jubilación en el 75% del promedio que sirvió de base para los aportes en el último año de servicio.

Aduce que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferido por el Consejo de Estado, sala plena de lo Contencioso Administrativo, sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, teniendo en cuenta cada uno de los regímenes aplicables, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

1.5.3 Del concepto del ministerio público⁵.

El Procurador Judicial para asuntos administrativos, solicita a la Sala de Decisión confirmar la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expresado en la sentencia de unificación fecha 25 de abril de 2019 proferida el Honorable Consejo de Estado, bajo el argumento de que debe concluirse que los factores salariales que se debe incluir en el IBL para la pensión de jubilación de la accionante, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, siguiendo la nueva regla jurisprudencia.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

⁴ Folios 145 al 149 del Cuaderno Principal

⁵ Folios 152 al 153 del Cuaderno Principal.

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, adiada el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada? o, por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por la apoderada de la accionante?

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, el día once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), debe ser confirmada, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante se ajustó al cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

Para tomar la decisión, se tendrá en cuenta la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia aplicable y los enunciados fácticos que se encuentran probados en el presente caso.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

De acuerdo con el párrafo 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.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

"A. 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. (Subrayado por la Sala)

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 nacionalizados⁶, 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 1985⁷.

De acuerdo con el artículo 1° 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 1° de la Ley 33 de 1985.

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

*El artículo 1° 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"⁸.*

⁶ 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.

⁷ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

⁸ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

"ARTÍCULO 1°. 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

En criterio de la Sala, 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 1° de la Ley 62 de 1985.

Luego entonces, 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.** (Subrayado por la Sala).

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8° un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8°, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente. (...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

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

1. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los

docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

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

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

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 1° de la Ley 62 de 1985.

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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. 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.

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.***

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

(Subrayado por la Sala).

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁹. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.*

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos 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.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que la señora Ludy del Socorro Callejas Trujillo:

⁹ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor de 20 años desde el 12 de septiembre de 1990 hasta el 05 de octubre de 2017¹⁰, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada.

(ii) Ostenta la calidad de pensionada, a través de la Resolución N° 001015 del 06 de febrero de 2018, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Norte de Santander.

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación de la pensión de jubilación fueron los siguientes:

- Promedio asignación mensual (2016-2017)
- Promedio Bonificación mensual (2016-2017)
- 1/12 prima de vacaciones

Como bien lo indicó el Juzgado de origen, sería el caso entrar a analizar los factores salariales devengados por la accionante, no obstante una vez verificado el expediente se tiene que no reposa el certificado de salarios, razón por la cual no es posible evidenciar los factores salariales que devengó la misma en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada, así como tampoco los que la entidad demandada hubiere dejado de incluir en el acto administrativo demandado.

Es de advertir que el artículo 167 del Código General del Proceso señala que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sección Tercera, al realizar una valoración sobre la carga de la prueba ha dispuesto:

“El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado

¹⁰ Folio 18 del Cuaderno Principal.

hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.”¹¹

2.6. Conclusiones

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La señora Ludy del Socorro Callejas Trujillo en su condición de docente vinculada al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados

¹¹ NOTA DE RELATORIA: Sobre carga de la prueba, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 28 de octubre de 1976, MP. Jorge Valencia Arango; del 30 de junio de 1990, rad. 3510, MP. Antonio J. Irisarri Restrepo y del 16 de 2007, MP. Ruth Stella Correa Palacio; rad. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG).

- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la prenombrada en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera: La demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, en virtud de lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, así como tampoco existe prueba alguna de que se haya efectuado el pago de aportes al sistema por dichos factores.

Finalmente frente a la sustitución de poder realizada por la Dra. Jeimmy Alejandra Oviedo Cristancho al Dr. Luis Alfredo Prieto Alvarado vista a folio 150 del expediente se acepta la misma.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

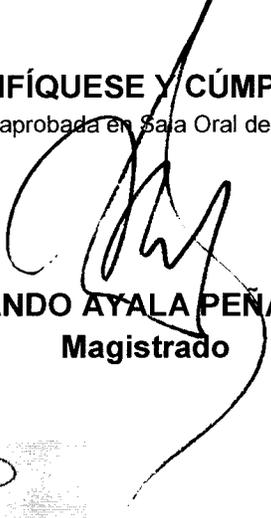
SEGUNDO: ACEPTAR la sustitución de poder vista a folio 150 del expediente.

TERCERO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

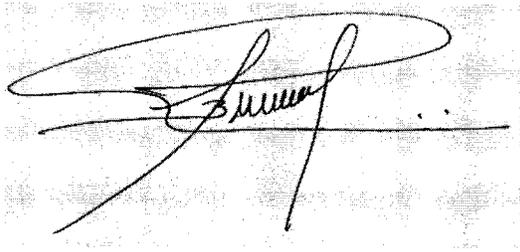
CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-002-2018-00203-01
Accionante: Luddy Beatriz Contreras Prieto
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (Fls 64-73) en contra de la sentencia proferida en trámite de audiencia inicial el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo **Resolución N° 1969 del 30 de junio de 2017**, mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionada, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante providencia proferida el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril

¹ Folios 44 al 54 del Cuaderno Principal

de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.”*

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la señora Luddy Beatriz Contreras Prieto al servicio docente, esto es el 21 de marzo de 1995, el régimen que le es aplicable es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar la misma teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que la accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a los que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

² Folios 64 al 73 del Cuaderno Principal

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así 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 nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso.

Con auto del seis (06) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) (fl. 79) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) (fl. 83) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 24 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante³

Expone la apoderada de la parte accionante que es claro que en el ingreso base de liquidación por regla general, se deben tener en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales se concretan a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

³ Folios 85 al 102 del Cuaderno Principal

Aunado a lo anterior, informa que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴

Expone la apoderada de la parte accionada que como bien se estableció en la sentencia recurrida el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, es el aplicado a todos los empleos públicos regidos por la Ley 33 de 1985, mediante la cual se igualó entre hombres y mujeres el presupuesto para la obtención de pensión de jubilación respecto a los empleados oficiales en 55 años de edad y prestación del servicio por periodo de 20 años continuos o discontinuos y definió el monto de la pensión de jubilación en el 75% del promedio que sirvió de base para los aportes en el último año de servicio.

Aduce que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferido por el Consejo de Estado, sala plena de lo Contencioso Administrativo, sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, teniendo en cuenta cada uno de los regímenes aplicables, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, adiada el once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada? o por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por la apoderada de la accionante?

⁴ Folios 105 del Cuaderno Principal

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, el día once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), debe ser confirmada, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante se ajustó al cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

Para tomar la decisión, se tendrá en cuenta la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia aplicable y los enunciados fácticos que se encuentran probados en el presente caso.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

De acuerdo con el párrafo 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.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

“A. 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. (Subrayado por la Sala)

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 nacionalizados⁵, 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 1985⁶.

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.

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”⁷.*

En criterio de la Sala, 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.

⁵ 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.

⁶ “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

⁷ 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”.

Luego entonces, 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.** (Subrayado por la Sala).

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente. (...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

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

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

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de**

la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

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

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.

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.

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 hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". 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.

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.**

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁸. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.*

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos 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.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que la señora Luddy Beatriz Contreras Prieto:

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor de 20 años desde el 21 de marzo de 1995 hasta el 27 de octubre de 2016⁹, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada.

(ii) Ostenta la calidad de pensionada, a través de la Resolución N° 1969 del 30 de junio de 2017, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Norte de Santander.

⁸ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

⁹ Folio 18 del Cuaderno Principal.

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación de la pensión de jubilación fueron los siguientes:

- Promedio asignación mensual (2015-2016)
 - Promedio bonificación mensual (2015-2016)
 - 1/12 prima de vacaciones
- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente antes del cumplimiento del estatus de pensionada, según consta a folio 20 del expediente son:
- Asignación básica
 - Bonificación mensual 1junio/14-31 diciembre/15
 - Prima de navidad
 - Prima de servicios
 - Prima de vacaciones docentes

La demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del estatus de pensionada. Como se observa, los factores devengados por la demandante en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionada que no se tuvieron en cuenta en la base de liquidación, fueron: la prima de navidad y la prima de servicios.

2.6. Conclusiones

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2º de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La señora Luddy Beatriz Contreras Prieto en su condición de docente vinculada al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la prenombrada en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera: La demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, en virtud de lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, así como tampoco existe prueba alguna de que se haya efectuado el pago de aportes al sistema por dichos factores.

Por lo tanto, la Sala acogiendo a la interpretación realizada en la SUJ-014- CE S2 2019, observa que en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factor salarial en la base de liquidación, la prima de vacaciones, factor que no estaba incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven como base para calcular los aportes y por tanto conformar la base de liquidación. Sin embargo, 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.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

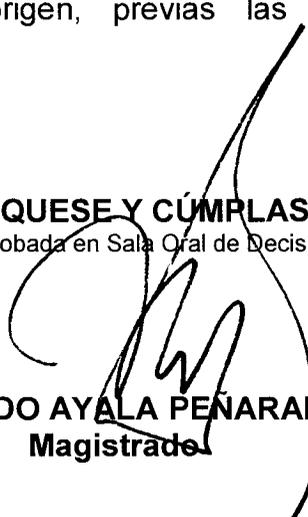
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

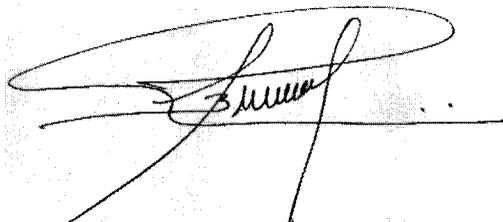
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)



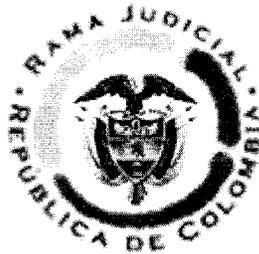
HERNANDO AYALA PENARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: Hernando Ayala Peñaranda

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicado N°: 54-001-33-33-002-2018-00254-01
Accionante: Isabel Páez Espinosa
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante (Fls 69-78) en contra de la sentencia proferida en trámite de audiencia inicial el veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demandante de la referencia pretende obtener la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo **Resolución N° 00666 del 28 de agosto de 2007**, mediante la cual se le reconoció la liquidación de su pensión de jubilación, sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionada, por lo que solicita le sean incluidos en la base de liquidación.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante providencia proferida el veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019), negó las pretensiones de la demanda.

1.2. La sentencia apelada¹

Como sustento de la decisión adoptada el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, expuso que aunque se venía ordenando la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, se acató la tesis jurisprudencial del precedente vertical proferida en sentencia de fecha 25 de abril de 2019, teniendo en cuenta que la misma aduce que son dos regímenes pensionales los que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para

¹ Folios 48 al 57 del Cuaderno Principal

los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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.”*

Indica que teniendo en cuenta la fecha de vinculación de la señora Isabel Páez Espinosa al servicio docente, el régimen que le es aplicable es el de la pensión ordinaria de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985, razón por la cual se debe liquidar la misma teniendo en cuenta el último año anterior a la adquisición de su status pensional, sin embargo para su ingreso base de liquidación, los factores que debían tenerse en cuenta eran aquellos sobre los cuales se hubiera efectuado los correspondientes aportes pensionales y que se encuentran enunciados taxativamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, por lo que concluyó que la accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados, por lo que fueron negadas las súplicas de la demanda.

1.3. Del Recurso de Apelación Presentado por la parte actora².

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la apoderada de la parte demandante, la recurre en apelación y en la sustentación de la misma, centra su inconformidad, en que la decisión del Juzgado de instancia se encuentra basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente, sin embargo aduce que la accionante una vez proferida la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado, emitida el 26 de agosto de 2010, interpuso la demanda ejerciendo su derecho a reclamar, así como lo hicieron muchos docentes a los que el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconocía la pensión de jubilación sin incluir los factores salariales a los que tenía derecho, a lo que la jurisprudencia llama confianza legítima en la administración de justicia.

Agrega que no cabe duda que existe inseguridad jurídica frente al caso en concreto, pues según la misma, no es claro el Consejo de Estado frente a los derechos que le atañen al personal docente, pues asegura que su posición ha cambiado en distintas formas.

² Folios 69 al 78 del Cuaderno Principal

Indica que el desconocimiento de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Aduce que el juez de instancia debe analizar como regula la Ley 91 de 1989 los aportes al fondo prestacional del magisterio, pues así 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 nomina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la Ley.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia:

1.4.1. Admisión del recurso.

Con auto del veintisiete (27) de enero de dos mil veinte (2020) (fl. 83) se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta el veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019). La anterior providencia fue notificada por estado.

1.4.2. Traslado para alegar de Conclusión

Mediante auto del once (11) de febrero de dos mil veinte (2020) (fl. 87) se consideró innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 247 del CPACA, disponiéndose correr traslado por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión a las partes y al Procurador 24 Judicial II para Asuntos Administrativos. La anterior providencia fue notificada por estado el día catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020).

1.5. Alegatos de conclusión

1.5.1. De la parte accionante³

Expone la apoderada de la parte accionante que es claro que en el ingreso base de liquidación por regla general, se deben tener en cuenta los factores constitutivos de salario, los cuales se concretan a todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Aunado a lo anterior, informa que resulta procedente aplicar lo indicado en la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, la cual señala que el listado de factores salariales consagrado en la Ley 33 de 1985 no se indican de forma taxativa, sino son simplemente enunciativos, por lo cual no impiden la inclusión de otros conceptos

³ Folios 90 al 107 del Cuaderno Principal

devengados por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

1.5.2 Del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴

Expone la apoderada de la parte accionada que como bien se estableció en la sentencia recurrida el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, es el aplicado a todos los empleos públicos regidos por la Ley 33 de 1985, mediante la cual se igualó entre hombres y mujeres el presupuesto para la obtención de pensión de jubilación respecto a los empleados oficiales en 55 años de edad y prestación del servicio por periodo de 20 años continuos o discontinuos y definió el monto de la pensión de jubilación en el 75% del promedio que sirvió de base para los aportes en el último año de servicio.

Aduce que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, proferido por el Consejo de Estado, sala plena de lo Contencioso Administrativo, sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, teniendo en cuenta cada uno de los regímenes aplicables, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

1.5.3 Del concepto del ministerio público⁵.

El Procurador Judicial para asuntos administrativos, solicita a la Sala de Decisión confirmar la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expresado en la sentencia de unificación fecha 25 de abril de 2019 proferida el Honorable Consejo de Estado, bajo el argumento de que debe concluirse que los factores salariales que se debe incluir en el IBL para la pensión de jubilación de la accionante, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, siguiendo la nueva regla jurisprudencia.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos por la apelante, a la Sala le corresponde determinar, lo siguiente:

⁴ Folios 109 al 110 del Cuaderno Principal

⁵ Folios 111 al 113 del Cuaderno Principal.

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, adiada el veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y por lo tanto la misma debe ser confirmada? o por el contrario, ¿son procedentes los reparos hechos por la apoderada de la accionante?

2.3. Decisión del Tribunal

Para esta Sala, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, el día veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019), debe ser confirmada, toda vez que la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante se ajustó al cambio jurisprudencial realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante la sentencia de unificación SUJ -014 – C.E. – S2 -2019 proferida el 25 de abril de 2019.

Para tomar la decisión, se tendrá en cuenta la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia aplicable y los enunciados fácticos que se encuentran probados en el presente caso.

2.4 Algunas precisiones normativas sobre el régimen pensional de los docentes.

De acuerdo con el párrafo 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.

2.4.1. Lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso identificado con el radicado No. 68-001-23-33-000-2015-00569-01.

En esta sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado definió, si a los beneficiarios del régimen de

transición debía aplicárseles el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el régimen integral de la Ley 33 de 1985, y si debían incluirse todos los factores salariales o solamente aquellos sobre los que se realizó aportes, por lo que al respecto precisó:

"A. 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. (Subrayado por la Sala)

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 nacionalizados⁶, 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 1985⁷.

De acuerdo con el artículo 1° 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 1° de la Ley 33 de 1985.

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

*El artículo 1° 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"⁸.*

⁶ 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.

⁷ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

⁸ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3° de la Ley 33 del 29 de enero de 1985"

"ARTÍCULO 1°. 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".

En criterio de la Sala, 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.

Luego entonces, 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.** (Subrayado por la Sala).

La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre "los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes", respectivamente.
(...)

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la **base de liquidación del aporte del 8% de la Nación**, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

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

(...)

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

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

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

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.

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.

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.

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.

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.
(Subrayado por la Sala).

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años⁹. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.*

A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venia ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambiará la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos 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.

2.5. Caso en concreto.

Revisado el expediente, para la Sala no hay duda de que la señora Isabel Páez Espinosa:

(i) Se desempeñó como docente oficial por un término mayor de 20 años hasta el 20 de enero de 2007¹⁰, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada.

⁹ La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

¹⁰ Folio 19 del Cuaderno Principal.

(ii) Ostenta la calidad de pensionada, a través de la Resolución N° 00666 del 28 de agosto de 2007, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Norte de Santander.

(iii) - Los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación de la pensión de jubilación fueron los siguientes:

- Promedio asignación mensual.
- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente antes del cumplimiento del estatus de pensionada, según consta a folio 25 del expediente son:
 - Asignación básica
 - Prima de navidad
 - Prima de vacaciones docentes

La demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes del cumplimiento del estatus de pensionada. Como se observa, los factores devengados por la demandante en el último año de servicio antes del cumplimiento del estatus de pensionada que no se tuvieron en cuenta en la base de liquidación, fueron: la prima de navidad y la prima de vacaciones.

2.6. Conclusiones

Sea lo primero indicar que como la vinculación se produjo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la demandante es el previsto en la Ley 91 de 1989 de la siguiente manera:

De conformidad con el artículo 2° de la citada Ley, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la promulgación de la Ley 91 de 1989 serán atendidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, serán automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de la Ley. Lo que quiere decir que la demandante estaba vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La señora Isabel Páez Espinosa en su condición de docente vinculada al FOMAG, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Lo que quiere decir, que para el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado fecha 25 de abril de 2019, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, solo son aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

La pensión ordinaria de jubilación a la que tiene derecho la prenombrada en su condición de docente, es la prevista en el régimen general para los servidores públicos de la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación el problema jurídico planteado en esta instancia se resuelve de la siguiente manera: La demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, en virtud de lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Honorable Consejo de Estado, así como tampoco existe prueba alguna de que se haya efectuado el pago de aportes al sistema por dichos factores.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia de fecha veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta.

2.7. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

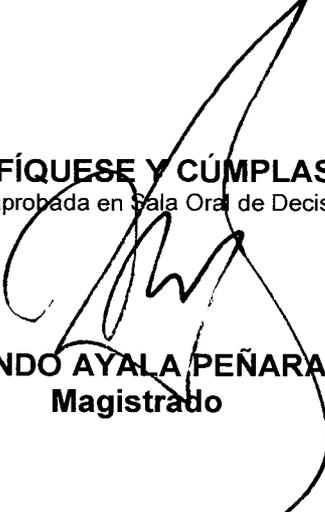
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

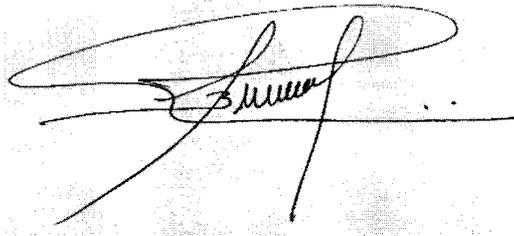
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Oral de Decisión No. 001 de la fecha)



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JAUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Radicación número: 54-001-33-33-005-2017-00013-01

Demandante: Astrid Martínez Quintero

Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra de la sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

La señora **ASTRID MARTÍNEZ QUINTERO**, actuando mediante apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentó demanda a fin de obtener la declaratoria de nulidad del Acto Administrativo a través del cual el ente territorial demandado reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial en favor de la parte demandante en su condición de docente, y como consecuencia de dicha declaratoria, se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de la cesantía parcial en forma retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales.

1.2. Hechos

Se sintetizan por la Sala de la siguiente manera:

1. Se indica en la demanda que la señora **ASTRID MARTÍNEZ QUINTERO**, ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Municipio de San José de Cúcuta, desde su nombramiento el **07 de marzo de 1995** hasta la fecha de la presentación de la solicitud la cual fue realizada el **01 de julio de 2016**.
2. Afirma que la Secretaría de Educación del Municipio de San José de Cúcuta – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 0697 del 28 de octubre de 2016, la cual fue notificada el 08 de noviembre de 2016, le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial, en cuantía de \$34.869.144.

1.3. La sentencia apelada

El Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cúcuta profirió sentencia el veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), mediante audiencia inicial, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

- ✚ Que el régimen de cesantías aplicable para el caso de la señora Astrid Martínez Quintero, es el sistema anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, por cuanto su vinculación se realizó con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- ✚ Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.
- ✚ Que respecto a las cesantías a las que hace referencia el numeral 3º del artículo 15 el cual señala, que para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.
- ✚ Que la ley 91 de 1989, en su artículo 15 numeral 1º, regula los efectos prestacionales económicos y sociales, señalando que a partir de su vigencia, el personal docente nacionalizado vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrá el régimen prestacional que ha venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, se regirán por las normas vigentes aplicables, a los empleados públicos del orden nacional.
- ✚ Concluyó que el régimen de cesantías que cubre a la demandante es el sistema anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, por cuanto su vinculación se realizó con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no según el régimen de retroactividad, tal como lo sostuvo la entidad accionada en el acto acusado.
- ✚ Finalmente consideró que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado y por tanto negó las súplicas de la demanda.

1.4. El Recurso de Apelación.

La apoderada de la parte actora interpone recurso de alzada, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta el veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), conforme a los argumentos que a continuación se plantean ¹:

- ✚ Que la ley 91 de 1989, en ninguna de sus partes hizo alusión respecto de las cesantías de los docentes territoriales, lo que significa que de ninguna manera modificó el sistema de liquidación de cesantías vigentes hasta ese entonces para los docentes (Departamentales, Distritales y Municipales) como de manera equivocada lo ha venido interpretando el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad fiduciaria que administra sus recursos.

¹ Recurso de apelación interpuesto por la parte actora obrante a folios 75 a 78 del expediente.

- ✚ Indica que con esa misma ley se estableció un régimen de transición y de garantías de derechos adquiridos, destacándose que los docentes nacionalizados y territoriales, tenían a dicha fecha derecho a la liquidación de cesantías de manera retroactiva.
- ✚ Agrega que tan solo en el año de 1995 a los docentes territoriales se les permitió la afiliación al FNPSM, con la condición de respetar en todo caso, el régimen prestacional vigente al momento de efectuar la misma. En efecto el decreto 196 del 25 de enero de 1995, proferido por el gobierno nacional, por el cual se reglamentó parcialmente el artículo 6º de la ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la ley 115 de 1994 que permitió la incorporación o afiliación de los docentes territoriales al FNPSM.
- ✚ En virtud del anterior decreto fue que las entidades territoriales, a través de sendos convenios interadministrativos, afiliaron a sus docentes al FNPSM; asumiendo desde entonces este fondo nacional la obligación de reconocer y pagar todas las prestaciones de los docentes territoriales.
- ✚ Manifiesta que desconociendo que los docentes territoriales estaban excluidos de la aplicación, el FNPSM, los ha venido equiparando a los docentes nacionales y nacionales nombrados después de 1º de enero de 1990, en cuanto a sistema de liquidación de cesantías.
- ✚ Señala que, sobre el régimen de cesantías de todos los funcionarios públicos, con excepción de los docentes nacionales y nacionalizados, es pertinente precisar que fue la ley 344 del 27 de diciembre de 1996, la que cambió el sistema de liquidación con retroactividad por el de acumulados anuales con pago de intereses.
- ✚ Afirma que las cesantías de los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, deben liquidarse bajo la normatividad que gobierna esta prestación y que se encuentra contenida en el artículo 17 de la ley 6º de 1945; el artículo 1º y 2º del decreto 1160 de 1947 y los decretos 2755 de 1966 y 899 de 1991 que determinan que a los funcionarios vinculados a las administraciones territoriales antes del 31 de diciembre de 1996 y que no se hayan trasladado al nuevo régimen previsto en la ley 50 de 1990, se les aplica el régimen de retroactividad en la liquidación de auxilio de cesantías.
- ✚ Finalmente, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar declaren favorablemente las pretensiones de la demanda e igualmente se ordene el reconocimiento y pago de las cesantías de la señora Astrid Martínez Quintero, de forma retroactiva.

1.5. Alegatos de conclusión en Segunda Instancia

1.5.1. Parte Actora

La apoderada de la parte actora presentó sus alegatos de conclusión², ratificando lo expuesto en la demanda, afirmando a su vez, que de acuerdo al recuento normativo y jurisprudencial, la actora es una docente que se rige por el sistema de liquidación con retroactividad en la medida que su vinculación al ramo docente fue antes de la vigencia de la ley 344 de 1996 en el orden territorial.

1.5.2 Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

² Ver folio 92 a 103 del expediente.

Guardó silencio.

1.5.3 Ministerio Público

El Ministerio Público no presentó concepto de fondo dentro del presente proceso.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia:

Dado que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral de Cúcuta, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia conforme lo dispone el artículo 153 del C.P.A.C.A.

2.2. Planteamiento del problema jurídico.

Conforme lo explicado existe un problema jurídico a resolver en esta Segunda Instancia a saber:

¿Hay lugar a revocar la sentencia proferida en audiencia inicial, celebrada el veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), por la Jueza Quinta Administrativa Oral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, tal como lo solicita la parte actora en el recurso de apelación por considerar que no resulta aplicable para el presente caso la Ley 91 de 1989, por lo que debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado y en consecuencia reliquidar las cesantías parciales de manera retroactiva?

2.3. Tesis y decisión de la Segunda Instancia.

La Sala considera, luego de revisar los argumentos del recurso de apelación, la sentencia de primera instancia y el ordenamiento jurídico aplicable, que la respuesta al problema jurídico se contrae a confirmar la sentencia apelada, dado que el acto administrativo enjuiciado no está viciado de nulidad, al encontrarse probado que el mismo se ajustó a los postulados establecidos en la normatividad vigente que rige la materia.

En consecuencia, la decisión en esta Instancia no puede ser otra que la de confirmar la sentencia apelada, de acuerdo con las razones que se exponen a continuación:

2.4. Argumentos que soportan la decisión de Segunda Instancia

La decisión que se toma en esta Instancia, tiene como soporte los siguientes argumentos.

1.- Docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Aplicación de la Ley 91 de 1989:

La Ley 91 de 1989, por la cual se creó el FOMAG, definió en su artículo 1 que el personal nacional, son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; el 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; y el 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.

El artículo 4 de la Ley 91 de 1989 precisa que el FOMAG, deberá atender las prestaciones sociales de: a) los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley, siempre con observancia del artículo 2º, los cuales quedan eximidos de requisito económico de afiliación; y b) los que se vinculen con posterioridad a ella, los que deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

Para dar cumplimiento a lo anterior, en especial en lo relación a cesantías, el artículo 15 ídem, dispuso lo siguiente:

“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 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. (...)

3. Cesantías:

A.- Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a 1 mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

De otra parte, la Ley 60 de 1993 al disponer la forma de organización de las plantas de personal docente, aclaró que el régimen de prestaciones sociales a favor de los nuevos docentes, entre otros, será el establecido en la Ley 91 de 1989.

Las categorías de docentes también se encuentran definidas en el artículo 2 del Decreto 196 de 1995, por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, así:

“Docentes nacionales y nacionalizados: Son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.

Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:

- a) *Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;*
- b) *Son Igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.”*

En virtud de lo anterior considera la Sala que la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al FOMAG, sin distinción alguna, la cual, en materia de cesantías, establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En cuanto al régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, la Corte Constitucional en sentencia C-928 del 08 de noviembre de 2006, M.P Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, precisó lo siguiente:

“(..) Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.

(...)

*Así las cosas, **en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.(...)**”* (Resaltado por la Sala).

De lo anterior se concluye que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados **a partir del 1º de enero de 1990** con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Al respecto considera la Sala necesario resaltar que dicho criterio fue reiterado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de fecha 22 de febrero de 2018, M. P. William Hernández Gómez, Rad. 17001-23-33-000-2015-00825-01, en la que se precisó:

(...) De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional

previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses. (...)

(...) De lo anterior se colige, que tal como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares³, de que a pesar de que la demandante fue nombrada por el alcalde del Municipio de Pensilvania (Caldas) como docente del mismo ente territorial en el año de 1993, este nombramiento se realizó:

i). Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975 el cual inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980 y en esa medida se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales.

ii). Con las facultades legales otorgadas por el artículo 9.º de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados y cuyo nombramiento contaba con el aval del Ministerio de Educación Nacional.

De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su carácter.

Finalmente, no le asiste razón a la parte demandante al señalar que por ser una docente vinculada con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, porque el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, es decir, a partir del 1º de enero de 1990. (...).”

2º.- Hechos relevantes probados

Para la Sala se encuentran probados los hechos que se señalan a continuación:

En cuanto a la fecha de ingreso como docente de la señora Astrid Martínez Quintero:

Acto de nombramiento	Fecha de posesión	Folios
Decreto 0199 de 07 de marzo de 1995	17 de marzo de 1995	30 al 32 y 29 respectivamente

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 19 de octubre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 5010-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 27 de noviembre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 0472-2016.

En cuanto a la fecha de solicitud de reconocimiento de cesantías y el acto administrativo que decide sobre la misma:

Fecha de radicación de la petición	Acto administrativo demandado	Folios
01 de julio de 2016	Resolución No. 0697 del 28 de octubre de 2016	25 a 27

3.- Decisión de los cargos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora⁴.

Inicialmente, es de recordar que el Juzgado de instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que el régimen de cesantías que cobija al demandante es el sistema anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, por cuanto su vinculación se realizó con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no según el régimen de retroactividad, tal como lo decidió la entidad accionada en el acto acusado.

En el presente asunto considera la Sala luego del examen del acervo probatorio, que la docente ASTRID MARTÍNEZ QUINTERO, labora al servicio educativo desde el 17 de marzo de 1995, como docente territorial financiado o cofinanciado por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, toda vez que desde su vinculación ha estado adscrita a plaza territorial, así que, tal y como lo establece el Decreto 196 de 1995, el régimen de afiliación al FOMAG que la cobija es el de la Ley 91 de 1989.

De la normatividad anteriormente expuesta, resulta claro para la Sala que a los docentes Nacionales y Nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, les es aplicable la Ley 91 de 1989, la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En virtud de lo anterior el régimen aplicable a la demandante es el consagrado en la Ley 91 de 1989, pues inició labores como docente Municipal en el año 1995, esto es con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), por lo que el pago de sus cesantías debe hacerse con un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad.

En virtud de lo expuesto, es claro que no tienen vocación de prosperidad los cargos expuestos en el recurso de apelación presentado por la parte actora, ya que por el contrario es dable concluir que el acto administrativo demandado, al haber liquidado las cesantías aplicándole el sistema anualizado, se ajustó a los preceptos normativos que rigen la materia.

Así las cosas, como quiera que la Resolución No. 0697 del 28 de octubre de 2016, mediante la cual se reconoció y ordenó pagar en favor de la parte demandante las cesantías parciales, se fundamentó en la normatividad aplicable, y goza de la presunción de legalidad por cuanto esta no logró desvirtuarse por la parte actora, debiendo por tanto esta Sala, confirmar la sentencia apelada.

⁴ Ver acápite No. 1.4 de la presente providencia. kk

Finalmente, en atención al memorial obrante a folio 106 del expediente, encuentra la Sala procedente reconocerle personería a la doctora Jeimmy Alejandra Oviedo Cristancho, como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del proceso, conforme y para los efectos de la sustitución de poder otorgado a ella, por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos.

4.- Decisión de la Sala.

Conforme a todo lo expuesto, la Sala encuentra que lo pertinente será confirmar la sentencia apelada, dado que los cargos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, no tienen la entidad jurídica suficiente para entrar a revocar o modificar la sentencia objeto de recurso.

De otra parte, se aceptará la sustitución de poder presentada por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del presente proceso, dado que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 75 del Código General del Proceso.

Resta señalar que, al confirmar íntegramente la sentencia apelada, conforme lo previsto en el numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del C.G.P., lo procedente sería condenar en costas, no obstante, no hay lugar a imponer dicha condena en esta Instancia, al no haberse causado las mismas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Confírmese la sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta Instancia.

TERCERO: Reconózcase personería a la doctora Jeimmy Alejandra Oviedo Cristancho, como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme y para los efectos del poder de sustitución conferido a ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Código General del Proceso.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutida y aprobada en Sala de Decisión Oral No. 04 de la fecha)



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente. **Dr. Carlos Mario Peña Díaz**

RADICADO : 54-001-33-40-009-2016-00725-02
DEMANDANTE : ROSA ELENA ROJAS CASADIEGO
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Nación –Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia proferida el día catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 04480 de fecha 30 de octubre de 2015, a través de la cual la Secretaría de Educación del Departamento, dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la demandante, sin incluir la totalidad de los factores salariales, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada, reliquidar la pensión de jubilación a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sentencia de primera instancia

La juez de instancia, consideró que la pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse teniendo como base todos los factores devengados durante el último año de prestación de servicios, según la interpretación que hiciera el Consejo de Estado respecto a los factores salariales incluidos en la Ley 33 de 1985, en sentencia de

unificación del 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en donde se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa sino enunciativa.

Como corolario de lo anterior, el A-quo declaró parcialmente nula la resolución demandada, en relación con la forma en que se dispuso la liquidación de dicha prestación social, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

1.3. Del recurso de apelación

El apoderado sustenta como razones de inconformidad, las que a continuación se resumen:

Argumenta que según el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realizar aportes del docente. El parágrafo 2° del Artículo 1° de Ley 33 de 1985, estableció que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. La citada norma establece una excepción en relación con los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a los cuales se les continuaría aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada norma.

Precisa que para ser beneficiario de la excepción y en consecuencia quedar sujeto a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, era necesario en esa fecha tener cumplidos 15 años de servicio y de otra parte la excepción solo comprendería lo relacionado con la edad de jubilación, pero lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido dentro de la excepción. Por lo anterior se indica que no le asiste derecho a la demandante en relación con la normatividad que invoca, como quiera que ha sido objeto de varias modificaciones hasta llegar a la Ley 33 de 1985, la cual establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores salariales que hayan servido de base para liquidación de aportes durante el último año de servicio.

Según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando y para el caso de los nacionales, indica que se les aplicará el mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional. De acuerdo con lo expuesto debe entenderse que el régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989, incluía las modificaciones de la ley 33 de 1985 por lo cual es clara que en relación con los factores salariales debe aplicarse lo atinente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes a la seguridad social.

Alude también a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto el acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación territorial y no la de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido mediante auto de fecha 07 de mayo de 2019, y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, mediante auto adiado 16 de agosto de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

1.4.2. De los alegatos de conclusión

1.4.2.1. De la parte demandante

Señala que al momento de reconocer el derecho, la demandada no incluyó en su totalidad los factores salariales devengados en el último año de servicio en la resolución pensional, configurándose una clara violación a los derechos que le asisten a mi mandante, protegidos por la Constitución Política y la Ley, más aún cuando la demandante es docente, enmarcada su labor dentro de un régimen especial, lo cual significó una disminución en su ingreso salario base de la liquidación de su pensión de jubilación conforme a lo esbozado en la demanda, situación jurídica que la demandada se abstuvo de normalizar, a pesar de haberse tramitado petición administrativa con el fin de que no se le vulneren a la demandante el derecho de igualdad, el debido proceso, entre otros.

Precisa que al momento de proferirse el fallo de Segunda instancia, se debe tener en cuenta además de lo expuesto en la demanda, el acervo probatorio existente en el proceso, la actuación surtida, la jurisprudencia aplicable, conforme a los nuevos lineamientos procesales y la jurisprudenciales, que han creado aplicaciones jurídicas con aplicabilidad procesal, conforme lo ha venido regulando la ley, la jurisprudencia de unificación (sentencias del Consejo De Estado y Corte Constitucional), la progresividad de las normas y de la aplicación de las fuentes de derecho, accediendo por consiguiente a las pretensiones de la demanda.

1.4.2.2. Del Ministerio Público

Teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales y legales, considerando el precedente jurisprudencial, que para este caso tiene el carácter vinculante por tratarse de una sentencia de unificación, debe concluirse que los factores salariales que se deben incluir en el IBL de la pensión de jubilación de la accionante, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones y que se encuentran enlistados en la Ley, dentro de los cuales no se incluye las primas que en la demanda se dice no fueron incluidas, de lo cual se desprende que no aparece desvirtuada la presunción de legalidad que

cobija el acto administrativo demandado. En consecuencia, se solicita revocar la sentencia apelada.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta de fecha 14 de diciembre de 2018, mediante la cual se decidió reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, o por el contrario, son procedentes los reparos hechos por el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

2.2. De la decisión

La Sala de decisión, resolverá el problema jurídico planteado, desarrollando los siguientes temas, a saber:

3.1.1. Régimen legal aplicable en materia de pensión de jubilación a la docente demandante.

3.1.2. De los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

3.1.3. Conclusiones respecto al caso concreto.

3.1.1. Del régimen legal aplicable en materia de pensión de jubilación a las docentes demandantes.

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso que la Sala determine el régimen pensional aplicable a la señora Rosa Elena Rojas, para efectos de lo cual se tiene que la docente certificó la vinculación a la Secretaría de Educación Departamental a partir del 21 de marzo de 1995. (FI 17).

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, Estatuto Docente, indudablemente comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, establece:

“Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una

pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (...)”.

La Ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

De su aplicación se exceptúan tres casos:

i) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

ii) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.

iii) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema pensional dispuso lo siguiente:

“(…)

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

A su turno, la Ley 60 de 1993, dispuso en su artículo 6 que:

“…

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. ...”

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

“Así mismo, se exceptúan 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...”.

Posteriormente, se expide la Ley 812 de 2003, la cual en materia prestacional respecto del magisterio oficial consagró en su artículo 81 que los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, mantendrían el régimen dispuesto con anterioridad. Quiere decir lo anterior, que los docentes nacionalizados vinculados antes **del 27 de junio de 2003**, fecha en que entra en vigencia la Ley 812 de 2003, se rigen por las normas vigentes hasta antes de ese momento, y por lo tanto su pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse teniendo en cuenta la normatividad especial que los regía.

En esas condiciones, como quiera, que inicialmente el régimen de seguridad social general en materia de pensión de jubilación no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal contenido en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, dispuso para el ingreso base de liquidación, que debía acudir a los factores salariales enlistados en el artículo 1º de la ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la ley 33 de 1985.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, dicha normatividad previó en su artículo 3:

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

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

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

La Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, agregó a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidar la pensión de pensión, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

“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 la 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.

(...).¹”

3.1.2. De los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

Partirá diciendo la Sala, que el honorable Consejo de Estado, según tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, había considerado que para adoptar el ingreso base de liquidación, debían tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el reclamante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Pese a ello, a propósito de la controversia que se suscitó a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2015 y posteriores, relacionada con la aplicación del Ingreso Base de liquidación IBL a los servidores beneficiarios del **régimen de transición**, es decir, el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, el Consejo de Estado, fijó varias subreglas en la sentencia de Importancia Jurídica de fecha 28 de agosto de 2018, en la cual se hicieron algunas precisiones atinentes a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985, y se recogió

¹ Ley 62 de 1985.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

la postura interpretativa acogida por la Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, indicando:

“(...)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, 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 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. (...)

(...) 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. (...)”.

Del análisis de la sentencia en cita, advierte esta Colegiatura, que el Consejo de Estado varió el criterio interpretativo que inicialmente había planteado la Sala Plena en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, en donde se aludía a la no taxatividad de los factores salariales, para en su lugar, considerar que los factores salariales que conforman la base de liquidación, son aquellos enlistados en la Ley. Así mismo, consideró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]”.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Nótese, que en la sentencia de importancia jurídica traída a colación, se señaló, que la regla establecida en dicha providencia, así como la primera subregla, no cobijaba 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.

Sin embargo, dada la incertidumbre generada entorno a los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base para liquidar la pensión de los docentes, el Consejo de Estado, profirió la **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, exp. 680012333000201500569-01**, en la que analizó: (i) el régimen pensional de los docentes a los cuales se le aplica la Ley 33 de 1985, es decir, los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y (ii) el régimen aplicable a aquellos cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Como en el caso que nos interesa, se trata de docentes vinculados antes de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se hará alusión a las precisas reglas fijadas dentro de éste supuesto por el Consejo de Estado, así:

(i) Sobre los docentes a los que se le aplica la Ley 33 de 1985

(...)

*51. En criterio de la Sala, 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.*

*52. Luego entonces, 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.***

(...)

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

59. En la sentencia del 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad la Sala Plena sentó

jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

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

(...)

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

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

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

(...)

65. 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. (...)

67. 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. (...)**”

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, esta Colegiatura cambió la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos 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.

3.1.3. De las conclusiones sobre el caso concreto

La parte actora solicitó en la demanda, que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución No. 04480 del 30 de octubre de 2015 se procediera a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionado.

El A-quo mediante sentencia adoptada en sentencia del 14 de diciembre de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Una de las razones de inconformidad planteadas por el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio giraron en torno a que la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985, consagra un listado taxativo como factores para liquidar la pensión de jubilación, de tal suerte, que la inclusión de otros factores salariales extralegales no se apega a la normatividad aplicable, así mismo, indica que el acto administrativo acusado no fue expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual, no estaban llamados a responder.

Tal y como ya se estudió en acápite anterior, para resolver el caso concreto, resultan aplicables las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el honorable Consejo de Estado, en la cual se indicó que solo deben conformar la base de liquidación pensional los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985.

De la revisión de las pruebas obrantes en el expediente, se denota lo siguiente:

- Mediante la resolución No. 04480 del 30 de octubre de 2015, se ordenó el pago de una pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores base de la liquidación: (i) Asignación mensual; (ii) bonificación mensual y (iii) 1/12 Prima de vacaciones.

- Que conforme al Certificado de salarios Consecutivos No. 48212 (fl. 24), la demandante devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicio: (i) Asignación Básica; (ii) Bonificación Mensual; (iii) Prima de Navidad; (iv) Prima de servicios y (v) prima de vacaciones docentes.

Al realizar la comparativa entre el acto demandado de ilegalidad, la certificación expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicios y los factores enlistados en La ley 33 de 1985, con sus modificaciones, encontró la Sala que ninguno de los factores excluidos de la base de liquidación pensional – *para este caso prima de navidad y prima de servicios*- se encuentran enlistados en la normatividad aplicable, razón por la cual, corresponde revocar la sentencia proferida por la Juez Noveno Administrativo Oral de Cúcuta que accedió a las pretensiones de la demanda, y en su lugar, denegar las pretensiones de la misma.

4. De la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar a la parte vencida en el proceso en segunda instancia, puesto que fue a partir del criterio jurisprudencial fijado por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que el Consejo de Estado rectificó la interpretación jurisprudencial aplicable a los presentes casos, lo que indudable conlleva a que esta Colegiatura se abstenga de dar aplicación a lo normado en el 4 del artículo 365 del CGP, máxime cuando se advierte una actitud desprovista de actuaciones abusivas y que adicionalmente no se comprobaron la causación de las costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

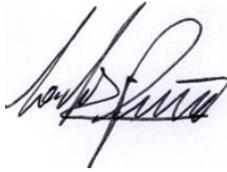
PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En su lugar, deniéguense las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 003 del 30 de enero de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ

Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA

Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente. **Dr. Carlos Mario Peña Díaz**

RADICADO : 54-001-33-40-009-2016-00762-02
DEMANDANTE : LUIS HERNANDO CABALLERO VALENCIA
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Nación –Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia proferida el día catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 0333 de fecha 03 de agosto de 2015, a través de la cual la Secretaría de Educación del Municipio, dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al demandante, sin incluir la totalidad de los factores salariales, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada, reliquidar la pensión de jubilación a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sentencia de primera instancia

La juez de instancia, consideró que la pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse teniendo como base todos los factores devengados durante el último año de prestación de servicios, según la interpretación que hiciera el Consejo de Estado respecto a los factores salariales incluidos en la Ley 33 de 1985, en sentencia de

unificación del 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en donde se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa sino enunciativa.

Como corolario de lo anterior, el A-quo declaró parcialmente nula la resolución demandada, en relación con la forma en que se dispuso la liquidación de dicha prestación social, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

1.3. Del recurso de apelación

El apoderado sustenta como razones de inconformidad, las que a continuación se resumen:

Argumenta que según el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realizar aportes del docente. El parágrafo 2° del Artículo 1° de Ley 33 de 1985, estableció que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. La citada norma establece una excepción en relación con los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a los cuales se les continuaría aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada norma.

Aduce, que para ser beneficiario de la excepción y en consecuencia quedar sujeto a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, era necesario en esa fecha tener cumplidos 15 años de servicio y de otra parte la excepción solo comprendería lo relacionado con la edad de jubilación, pero lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido dentro de la excepción.

Por lo anterior se indica que no le asiste derecho al demandante en relación con la normatividad que invoca, como quiera que ha sido objeto de varias modificaciones hasta llegar a la Ley 33 de 1985, la cual establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores salariales que hayan servido de base para liquidación de aportes durante el último año de servicio. Según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando y para el caso de los nacionales, indica que se les aplicará el mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional. De acuerdo con lo expuesto debe entenderse que el régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989, incluía las modificaciones de la ley 33 de 1985 por lo cual es clara que en relación con los factores salariales debe aplicarse lo atinente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes a la seguridad social.

Alude también a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que la entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto el acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación territorial y no la de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido mediante auto de fecha 16 de julio de 2019, y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, mediante auto adiado 30 de agosto de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

1.4.2. De los alegatos de conclusión

1.4.2.1. De la parte demandante

Señala que al momento de reconocer el derecho, la demandada no incluyó en su totalidad los factores salariales devengados en el último año de servicio en la resolución pensional, configurándose una clara violación a los derechos que le asisten a mi mandante, protegidos por la Constitución Política y la Ley, más aún cuando la demandante es docente, enmarcada su labor dentro de un régimen especial, lo cual significó una disminución en su ingreso salario base de la liquidación de su pensión de jubilación conforme a lo esbozado en la demanda, situación jurídica que la demandada se abstuvo de normalizar, a pesar de haberse tramitado petición administrativa con el fin de que no se le vulneren a la demandante el derecho de igualdad, el debido proceso, entre otros.

Precisa que al momento de proferirse el fallo de Segunda instancia, se debe tener en cuenta además de lo expuesto en la demanda, el acervo probatorio existente en el proceso, la actuación surtida, la jurisprudencia aplicable, conforme a los nuevos lineamientos procesales y la jurisprudenciales, que han creado aplicaciones jurídicos con aplicabilidad procesal, conforme lo ha venido regulando la ley, la jurisprudencia de unificación (sentencias del Consejo De Estado y Corte Constitucional), la progresividad de las normas y de la aplicación de las fuentes de derecho, accediendo por consiguiente a las pretensiones de la demanda.

1.4.2.2. De la entidad demandada

Adicionalmente a lo planteado en el recurso de apelación, manifiesta que mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado sentó jurisprudencia sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación para los docentes afiliados al FOMAG, teniendo en cuenta cada uno de los regímenes especiales, los cuales están condicionados a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial.

Dicha sentencia señaló como regla, que el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes prevista en la Ley 33 e 1985, está determinada por el

periodo de un año y los factores que expresamente se encuentren consagrados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta de fecha 14 de diciembre de 2018, mediante la cual se decidió reliquidar la pensión de jubilación del demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, o por el contrario, son procedentes los reparos hechos por el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

2.2. De la decisión

La Sala de decisión, resolverá el problema jurídico planteado, desarrollando los siguientes temas, a saber:

3.1.1. Régimen legal aplicable en materia de pensión de jubilación a la docente demandante.

3.1.2. De los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

3.1.3. Conclusiones respecto al caso concreto.

3.1.1. Del régimen legal aplicable en materia de pensión de jubilación a las docentes demandantes.

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso que la Sala determine el régimen pensional aplicable al señor Luis Hernando Caballero Valencia, para efectos de lo cual se tiene que la docente certificó la calidad de docente nacional, con vinculación a la Secretaría de Educación Municipal a partir del 10 de abril de 1995. (Fls 86 a 87).

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, Estatuto Docente, indudablemente comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, establece:

“Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años

tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. (...)”.

La Ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

De su aplicación se exceptúan tres casos:

- i) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- ii) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.
- iii) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema pensional dispuso lo siguiente:

“(…)

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

A su turno, la Ley 60 de 1993, dispuso en su artículo 6 que:

“…

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. ...”

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

“Así mismo, se exceptúan 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...”

Posteriormente, se expide la Ley 812 de 2003, la cual en materia prestacional respecto del magisterio oficial consagró en su artículo 81 que los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, mantendrían el régimen dispuesto con anterioridad. Quiere decir lo anterior, que los docentes nacionalizados vinculados antes **del 27 de junio de 2003**, fecha en que entra en vigencia la Ley 812 de 2003, se rigen por las normas vigentes hasta antes de ese momento, y por lo tanto su pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse teniendo en cuenta la normatividad especial que los regía.

En esas condiciones, como quiera, que inicialmente el régimen de seguridad social general en materia de pensión de jubilación no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal contenido en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, dispuso para el ingreso base de liquidación, que debía acudir a los factores salariales enlistados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la ley 33 de 1985.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, dicha normatividad previó en su artículo 3:

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

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

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

La Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, agregó a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

“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 la 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, ascensorial 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.

(...).¹”

3.1.2. De los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

Partirá diciendo la Sala, que el honorable Consejo de Estado, según tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, había considerado que para adoptar el ingreso base de liquidación, debían tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el reclamante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Pese a ello, a propósito de la controversia que se suscitó a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2015 y posteriores, relacionada con la aplicación del Ingreso Base de liquidación IBL a los servidores beneficiarios del **régimen de transición**, es decir, el periodo que se toma en cuenta al promediar

¹ Ley 62 de 1985.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

el ingreso base para fijar el monto pensional, el Consejo de Estado, fijó varias subreglas en la sentencia de Importancia Jurídica de fecha 28 de agosto de 2018, en la cual se hicieron algunas precisiones atinentes a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985, y se recogió la postura interpretativa acogida por la Subsección B del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, indicando:

“(…)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. (...)

(...) 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. (...)”.

Del análisis de la sentencia en cita, advierte esta Colegiatura, que el Consejo de Estado varió el criterio interpretativo que inicialmente había planteado la Sala Plena en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]”.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

Ardila, en donde se aludía a la no taxatividad de los factores salariales, para en su lugar, considerar que los factores salariales que conforman la base de liquidación, son aquellos enlistados en la Ley. Así mismo, consideró 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.

Nótese, que en la sentencia de importancia jurídica traída a colación, se señaló, que la regla establecida en dicha providencia, así como la primera subregla, no cobijaba 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.

Sin embargo, dada la incertidumbre generada entorno a los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base para liquidar la pensión de los docentes, el Consejo de Estado, profirió la **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, exp. 680012333000201500569-01**, en la que analizó: (i) el régimen pensional de los docentes a los cuales se le aplica la Ley 33 de 1985, es decir, los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y (ii) el régimen aplicable a aquellos cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Como en el caso que nos interesa, se trata de docentes vinculados antes de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se hará alusión a las precisas reglas fijadas dentro de éste supuesto por el Consejo de Estado, así:

(i) Sobre los docentes a los que se le aplica la Ley 33 de 1985

(...)

*51. En criterio de la Sala, 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.*

*52. Luego entonces, 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.***

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

65. 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. (...)

67. 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. (...)**”

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, está Colegiatura cambió la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos 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.

3.1.3. De las conclusiones sobre el caso concreto

La parte actora solicitó en la demanda, que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución No. 0333 del 03 de agosto de 2015 se procediera a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionado.

El A-quo mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, incluyendo los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Una de las razones de inconformidad planteadas por el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio giraron en torno a que la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985, consagra un listado taxativo como factores para liquidar la pensión de jubilación, de tal suerte, que la inclusión de otros factores salariales extralegales no se apega a la normatividad aplicable, así mismo, indica que el acto administrativo acusado no fue

expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual, no estaban llamados a responder.

Tal y como ya se estudió en acápite anterior, para resolver el caso concreto, resultan aplicables las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el honorable Consejo de Estado, en la cual se indicó que solo deben conformar la base de liquidación pensional los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985.

De la revisión de las pruebas obrantes en el expediente, se denota lo siguiente:

- Mediante la resolución No. 0333 del 03 de agosto de 2015, se ordenó el pago de una pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores base de la liquidación: (i) Asignación mensual; (ii) bonificación mensual y (iii) 1/12 Prima de vacaciones.

- Que conforme al Certificado de salarios Consecutivos No. 1030, el demandante devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicio: (i) Asignación Básica; (ii) Bonificación Mensual; (iii) Prima de Navidad; (iv) Prima de servicios; (v) prima de vacaciones y (vi) pago de sueldo de vacaciones.

Al realizar la comparativa entre el acto demandado de ilegalidad, la certificación expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicios y los factores enlistados en La ley 33 de 1985, con sus modificaciones, encontró la Sala que ninguno de los factores excluidos de la base de liquidación pensional – *para este caso prima de navidad, prima de servicios y pago de sueldo de vacaciones*-, se encuentran enlistados en la normatividad aplicable, razón por la cual, corresponde revocar la sentencia proferida por la Juez Noveno Administrativo Oral de Cúcuta que accedió a las pretensiones de la demanda, y en su lugar, denegar las pretensiones de la misma.

4. De la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar a la parte vencida en el proceso en segunda instancia, puesto que fue a partir del criterio jurisprudencial fijado por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que el Consejo de Estado rectificó la interpretación jurisprudencial aplicable a los presentes casos, lo que indudable conlleva a que esta Colegiatura se abstenga de dar aplicación a lo normado en el 4 del artículo 365 del CGP, máxime cuando se advierte una actitud desprovista de actuaciones abusivas y que adicionalmente no se comprobaron la causación de las costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En su lugar, deniéguense las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 003 del 30 de enero de 2020)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 003 del 05 de marzo de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ
Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)
Magistrado Ponente. **Dr. Carlos Mario Peña Díaz**

RADICADO : 54-001-33-40-009-2016-01053-01
DEMANDANTE : MERCEDES CORREDOR DE BUITRAGO
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede a conocer el Tribunal Administrativo de Norte de Santander del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Nación –Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia proferida el día catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad parcial de la resolución No. 05199 de fecha 07 de diciembre de 2015, a través de la cual la Secretaría de Educación del Departamento, dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la demandante, sin incluir la totalidad de los factores salariales, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada, reliquidar la pensión de jubilación a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

1.2. Sentencia de primera instancia

La juez de instancia, consideró que la pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse teniendo como base todos los factores devengados durante el último año de prestación de servicios, según la interpretación que hiciera el Consejo de Estado respecto a los factores salariales incluidos en la Ley 33 de 1985, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en donde se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa sino enunciativa.

Como corolario de lo anterior, el A-quo declaró parcialmente nula la resolución demandada, en relación con la forma en que se dispuso la liquidación de dicha

prestación social, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

1.3. Del recurso de apelación

El apoderado sustenta como razones de inconformidad, las que a continuación se resumen:

Argumenta que según el artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realizar aportes del docente. El parágrafo 2° del Artículo 1° de Ley 33 de 1985, estableció que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. La citada norma establece una excepción en relación con los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a los cuales se les continuaría aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada norma.

Indica, que para ser beneficiario de la excepción y en consecuencia quedar sujeto a la normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, era necesario en esa fecha tener cumplidos 15 años de servicio y de otra parte la excepción solo comprendería lo relacionado con la edad de jubilación, pero lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido dentro de la excepción. Por lo anterior se precisa que no le asiste derecho al demandante en relación con la normatividad que invoca, como quiera que ha sido objeto de varias modificaciones hasta llegar a la Ley 33 de 1985, la cual establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores salariales que hayan servido de base para liquidación de aportes durante el último año de servicio.

Según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando y para el caso de los nacionales, indica que se les aplicará el mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional. De acuerdo con lo expuesto debe entenderse que el régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989, incluía las modificaciones de la ley 33 de 1985 por lo cual es clara que en relación con los factores salariales debe aplicarse lo atinente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado aportes a la seguridad social.

Alude también a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tienen el propósito de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto el acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con la misma, contiene la voluntad de la Secretaría de Educación territorial y no la de la entidad contra la cual se dirige la presente demanda.

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido mediante auto de fecha 05 de julio de 2019, y por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, mediante auto adiado 21 de agosto de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

1.4.2. De los alegatos de conclusión

1.4.2.1. De la parte demandante

Señala que al momento de reconocer el derecho, la demandada no incluyó en su totalidad los factores salariales devengados en el último año de servicio en la resolución pensional, configurándose una clara violación a los derechos que le asisten a mi mandante, protegidos por la Constitución Política y la Ley, más aún cuando la demandante es docente, enmarcada su labor dentro de un régimen especial, lo cual significó una disminución en su ingreso salario base de la liquidación de su pensión de jubilación conforme a lo esbozado en la demanda, situación jurídica que la demandada se abstuvo de normalizar, a pesar de haberse tramitado petición administrativa con el fin de que no se le vulneren a la demandante el derecho de igualdad, el debido proceso, entre otros.

Precisa que al momento de proferirse el fallo de Segunda instancia, se debe tener en cuenta además de lo expuesto en la demanda, el acervo probatorio existente en el proceso, la actuación surtida, la jurisprudencia aplicable, conforme a los nuevos lineamientos procesales y la jurisprudenciales, que han creado aplicaciones jurídicos con aplicabilidad procesal, conforme lo ha venido regulando la ley, la jurisprudencia de unificación (sentencias del Consejo De Estado y Corte Constitucional), la progresividad de las normas y de la aplicación de las fuentes de derecho, accediendo por consiguiente a las pretensiones de la demanda.

1.4.2.2. De Los demás sujetos procesales

Guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar, lo siguiente:

¿Se ajusta a la legalidad la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta de fecha 14 de diciembre de 2018, mediante la cual se decidió reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, o por el contrario, son procedentes los reparos hechos por el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

2.2. De la decisión

La Sala de decisión, resolverá el problema jurídico planteado, desarrollando los siguientes temas, a saber:

3.1.1. Régimen legal aplicable en materia de pensión de jubilación a la docente demandante.

3.1.2. De los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

3.1.3. Conclusiones respecto al caso concreto.

3.1.1. Del régimen legal aplicable en materia de pensión de jubilación a las docentes demandantes.

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso que la Sala determine el régimen pensional aplicable a la señora Mercedes Corredor de Buitrago, para efectos de lo cual se tiene que la docente certificó la calidad de docente nacional, con vinculación a la Secretaría de Educación Departamental a partir del 18 de abril de 1995. (Fls 45 a 46).

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, Estatuto Docente, indudablemente comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, establece:

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

La Ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

De su aplicación se exceptúan tres casos:

- i) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- ii) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.
- iii) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema pensional dispuso lo siguiente:

“(...)”

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

A su turno, la Ley 60 de 1993, dispuso en su artículo 6 que:

“...”

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. ...”

Por su parte, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

“Así mismo, se exceptúan 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...”

Posteriormente, se expide la Ley 812 de 2003, la cual en materia prestacional respecto del magisterio oficial consagró en su artículo 81 que los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial, mantendrían el régimen dispuesto con anterioridad. Quiere decir lo anterior, que los docentes nacionalizados vinculados antes **del 27 de junio de 2003**, fecha en que entra en vigencia la Ley 812 de 2003, se rigen por las normas vigentes hasta antes de ese momento, y por lo tanto su pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse teniendo en cuenta la normatividad especial que los regía.

En esas condiciones, como quiera, que inicialmente el régimen de seguridad social general en materia de pensión de jubilación no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal contenido en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, dispuso para el ingreso base de liquidación, que debía acudir a los factores salariales enlistados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la ley 33 de 1985.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación, dicha normatividad previó en su artículo 3:

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

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

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

La Ley 62 de 1985, por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, agregó a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidar la pensión de pensión, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación.

“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 la 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, ascensorial 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.

(...).¹”

3.1.2. De los efectos de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Exp. 680012333000201500569-01.

Partirá diciendo la Sala, que el honorable Consejo de Estado, según tesis mayoritaria de la Sala Plena de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, había considerado que para adoptar el ingreso base de liquidación, debían tenerse en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el reclamante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Pese a ello, a propósito de la controversia que se suscitó a raíz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-253 de 2015 y posteriores, relacionada con la aplicación del Ingreso Base de liquidación IBL a los servidores beneficiarios del **régimen de transición**, es decir, el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, el Consejo de Estado, fijó varias subreglas en la sentencia de Importancia Jurídica de fecha 28 de agosto de 2018, en la cual se hicieron algunas precisiones atinentes a la forma de liquidar el ingreso base de liquidación de las pensiones cobijadas por la Ley 33 de 1985, y se recogió la postura interpretativa acogida por la Subsección B del Consejo de Estado, en

¹ Ley 62 de 1985.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “*igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “*será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”.

sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, indicando:

“(…)

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, 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 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. (...)

(...) 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. (...)”.

Del análisis de la sentencia en cita, advierte esta Colegiatura, que el Consejo de Estado varió el criterio interpretativo que inicialmente había planteado la Sala Plena en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, en donde se aludía a la no taxatividad de los factores salariales, para en su lugar, considerar que los factores salariales que conforman la base de liquidación, son aquellos enlistados en la Ley. Así mismo, consideró 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.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez *“será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*.

² Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]”.

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez *“será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*.

Nótese, que en la sentencia de importancia jurídica traída a colación, se señaló, que la regla establecida en dicha providencia, así como la primera subregla, no cobijaba 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.

Sin embargo, dada la incertidumbre generada entorno a los factores salariales que debían incluirse en el ingreso base para liquidar la pensión de los docentes, el Consejo de Estado, profirió la **sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, exp. 680012333000201500569-01**, en la que analizó: (i) el régimen pensional de los docentes a los cuales se le aplica la Ley 33 de 1985, es decir, los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y (ii) el régimen aplicable a aquellos cobijados por el régimen de prima media con prestación definida, vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Como en el caso que nos interesa, se trata de docentes vinculados antes de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se hará alusión a las precisas reglas fijadas dentro de éste supuesto por el Consejo de Estado, así:

(i) Sobre los docentes a los que se le aplica la Ley 33 de 1985

(...)

*51. En criterio de la Sala, 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.*

*52. Luego entonces, 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.***

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

(...)

65. 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. (...)

67. 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. (...)**”

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación, tenemos, que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes cobijados por la Ley 33 de 1985, debe reconocerse y liquidarse con el cumplimiento de los requisitos de la edad (55 años) y tiempo (20 años de servicio). Mientras que el ingreso base de liquidación, se obtiene de la liquidación de los factores que hayan servido para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, durante el último año de servicio docente.

Así las cosas y pese a que esta Sala de decisión venía ordenado la reliquidación pensional de los docentes en aplicación de la sentencia de fecha 04 de agosto de 2010, esta Colegiatura cambió la tesis jurisprudencial, acatando el precedente vertical de fecha 25 de abril de 2019, en el sentido de adoptar como factores salariales base para liquidar la prestación pensional, aquellos 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.

3.1.3. De las conclusiones sobre el caso concreto

La parte actora solicitó en la demanda, que como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución No. 05199 del 07 de diciembre de 2015 se procediera a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a adquirir el estatus de pensionado.

El A-quo mediante sentencia del 14 de diciembre de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Una de las razones de inconformidad planteadas por el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio giraron en torno a que la Ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985, consagra un listado taxativo como factores para liquidar la pensión de jubilación, de tal suerte, que la inclusión de otros factores salariales extralegales no se apega a la normatividad aplicable, así mismo, indica que el acto administrativo acusado no fue expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual, no estaban llamados a responder.

Tal y como ya se estudió en acápite anterior, para resolver el caso concreto, resultan aplicables las directrices jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el honorable Consejo de Estado, en la cual se indicó que solo deben conformar la base de liquidación pensional los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985.

De la revisión de las pruebas obrantes en el expediente, se denota lo siguiente:

- Mediante la resolución No. 05199 del 07 de diciembre de 2015, se ordenó el pago de una pensión de jubilación con la inclusión de los siguientes factores base de la liquidación: (i) Asignación mensual; (ii) bonificación mensual y (iii) 1/12 Prima de vacaciones.

- Que conforme al Certificado de salarios Consecutivos No. 38040 (fl. 48), la demandante devengó los siguientes emolumentos en el último año de servicio: (i) Asignación Básica; (ii) Bonificación Mensual; (iii) Prima de Navidad; (iv) Prima de servicios y (v) prima de vacaciones docentes.

Al realizar la comparativa entre el acto demandado de ilegalidad, la certificación expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sobre los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicios y los factores enlistados en La ley 33 de 1985, con sus modificaciones, encontró la Sala que ninguno de los factores excluidos de la base de liquidación pensional –

para este caso prima de navidad y prima de servicios- se encuentran enlistados en la normatividad aplicable, razón por la cual, corresponde revocar la sentencia proferida por la Juez Noveno Administrativo Oral de Cúcuta que accedió a las pretensiones de la demanda, y en su lugar, denegar las pretensiones de la misma.

4. De la condena en costas

La Sala se abstendrá de condenar a la parte vencida en el proceso en segunda instancia, puesto que fue a partir del criterio jurisprudencial fijado por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, que el Consejo de Estado rectificó la interpretación jurisprudencial aplicable a los presentes casos, lo que indudable conlleva a que esta Colegiatura se abstenga de dar aplicación a lo normado en el 4 del artículo 365 del CGP, máxime cuando se advierte una actitud desprovista de actuaciones abusivas y que adicionalmente no se comprobaron la causación de las costas procesales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, Sala de Decisión N° 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Mixto del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. En su lugar, deniéguense las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión N° 003 del 30 de enero de 2020)



CARLOS MARIO PEÑA DÍAZ

Magistrado.-



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Magistrado.-



HERNANDO AYALA PEÑARANDA

Magistrado.-



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Ref.: Rad: 54-518-33-31-001-2015-00359-01
Demandante: Yesica Paola Sánchez Capacho y otros
Demandado: E.S.E. Hospital Regional Sur Oriental
Medio de control: Reparación Directa

Procede el Tribunal Administrativo de Norte de Santander a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Empresa Social del Estado Hospital Regional Sur Oriental, contra la sentencia del treinta (30) de abril del dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral de Pamplona, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. Pretensiones

El señor **JUAN BAUTISTA SÁNCHEZ FLÓREZ Y OTROS**, actuando en nombre propio mediante apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de reparación directa presentaron demanda a fin de que se hagan las siguientes o similares declaraciones y condenas¹:

*“1. Que se declare a la **ESE HOSPITAL REGIONAL SUR ORIENTAL**, es administrativa y patrimonialmente responsable de la muerte de la señora **LUZ ELENA CAPACHO CAPACHO**, como consecuencia de la negligencia, impericia y descuido en la atención médica asistencial que se le brindó a la señora el día **12 de diciembre de 2013** en las instalaciones de dicho Centro Asistencial.*

*2. Que como consecuencia de lo anterior, condénese a la **ESE HOSPITAL REGIONAL SUR ORIENTAL**, y la **IPS HOSPITAL PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR** a pagar:*

*2.1. A **JUAN BAUTISTA SÁNCHEZ FLÓREZ**, en calidad de cónyuge de víctima el valor de los perjuicios morales equivalentes a **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES** a la fecha de ejecutoria de la sentencia o del auto que llegare a aprobar la conciliación.*

*2.2. A **YESICA PAOLA SÁNCHEZ CAPACHO**, en calidad de hija de la víctima el valor de los perjuicios morales equivalentes a **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES** a la fecha de ejecutoria de la sentencia o del auto que llegare a aprobar la conciliación.*

*2.3. A **JESÚS ALBERTO SÁNCHEZ CAPACHO CAPACHO**, en calidad de hijo de la víctima el valor de los perjuicios morales equivalentes a **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES** a la fecha de ejecutoria de la sentencia o del auto que llegare a aprobar la conciliación.(...)”*

¹ Se transcriben las pretensiones principales las demás obran a folios 5 a 7 del expediente.

1.2.- Hechos.

Los hechos fueron expuestos en la demanda de la siguiente manera²:

1.- Se indica en la demanda que para el mes de diciembre de 2013 la señora Luz Elena Capacho Capacho vivía con su esposo el señor Juan Bautista Sánchez Flórez y sus dos menores hijos Yesica Paola y Jesús Alberto Sánchez Capacho, en el municipio de Labateca, Norte de Santander.

2.- Afirma que el día 12 de diciembre de 2013 a las 3:30 a.m. la señora Luz Elena acudió al Centro de Salud de Labateca, por sentir mucha debilidad muscular, dolor en las piernas, decaimiento, náuseas y mareos, en donde al llegar fue atendida por el Dr. Jeison Vidal G.

3.- Que en la historia clínica se anotó lo siguiente como el motivo de la consulta: *“Tengo mucho dolor en las piernas y decaimiento”, igualmente “paciente femenina traída por familiar quien refiere cuadro clínico de 45 min de evolución por malestar general nauseas mareos, pte refiere debilidad muscular adinamia y astenia motivo por el cual consulta”, “ANTECEDENTES RELEVANTES – HIPERTENSIÓN ARTERIAL EN TRATAMIENTO”.*

4.- Explica que una vez controlada la crisis esa misma madrugada a las 4:00 a.m. fue dada de alta la señora Luz Elena Capacho Capacho, tal como se anotó en su historia clínica *“Diagnóstico al egreso: Crisis hipertensiva controlada”.*

5.- Relata que una hora después a las 5:00 a.m. de ese mismo día ante el empeoramiento del estado de salud de la señora Luz Elena Capacho Capacho, su esposo la condujo nuevamente al Centro de Salud del municipio de Labateca conforme se registró en el reingreso:

“se atiende llamado al alojamiento medico por familiar quien refiere que su mujer esta mal procedo a bajar al centro de salud y valorar a paciente quien se encuentra en vehículo. Se pregunta a familiar que paso después del egreso y familiar alterado response de forma grosera y agresiva que no permite examinar la paciente y no la bajan del automotor refiere esposo de forma imponente que se va a llevar a la paciente a Toledo”.

6.- Señala que a las 5:30 a.m. ingresó la señora Luz Elena Capacho Capacho al Hospital Pedro Antonio Villamizar del municipio de Toledo, así se registró su llegada:

“Ingresa pte a sala de urgencias en camilla que la llevan para bajarla del carro, familiar refiere que está desmayada, se procede a tomar signos vitales la cual no tiene, se avisó de inmediato a la doctora quien valora No encuentran (sic) signos vitales se hace reanimación cardiopulmonar –RCP- sin respuesta se comunica a la familia que pte no tiene SV y que ha fallecido. (...) 6 a.m. se explica a la familia que debe hacer las vueltas con la funeraria”. “7. Se entrega pte en camilla de urgencias muerta en espera que llegue la funeraria para llevarla”.

7.- Alega que de acuerdo a la historia clínica del Centro de Salud de Labateca el día 12 de diciembre de 2013, la señora Luz Elena Capacho Capacho no fue hospitalizada sino dada de alta hacia las 4:00 a.m.

²Fls. Ver folios 8 a 11 del Cuaderno Principal Nº 1.

2.- La sentencia apelada:

El Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral de Pamplona, profirió sentencia el treinta (30) de abril del dos mil dieciocho (2018), mediante la accedió a las pretensiones de la demanda de la siguiente manera:

ACTOR	MONTO A INDEMNIZAR	CALIDAD – RELACIÓN - PARENTESCO	MEDIO DE PRUEBA
Juan Bautista Sánchez Flórez	Cien (100) smlmv	Cónyuge	Registro Civil de Matrimonio (folio 43)
Yesica Paola Sánchez Capacho	Cien (100) smlmv	Hija	Registro Civil de nacimiento (folio 31)
Jesús Alberto Sánchez Capacho	Cien (100) smlmv	Hijo	Registro Civil de nacimiento (folio 32)
Martha Esperanza Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermana	Registro Civil de nacimiento (folio 33)
Alvaro Arturo Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermano	Registro Civil de nacimiento (folio 34)
Carmen Yolanda Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermana	Registro Civil de nacimiento (folio 35)
Germán Eladio Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermano	Registro Civil de nacimiento (folio 36)
Blanca Mery Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermana	Registro Civil de nacimiento (folio 37)
Francelina Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermana	Registro Civil de nacimiento (folio 38)
Hugo Alberto Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermano	Registro Civil de nacimiento (folio 39)
Sonya Marlene Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermana	Registro Civil de nacimiento (folio 40)
Nelson Enrique Capacho Capacho	Cincuenta (50) smlmv	Hermano	Registro Civil de nacimiento (folio 41)

Igualmente por perjuicios materiales (lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro) condenó a la ESE Hospital Regional Suroriental, al pago de ciento sesenta y nueve millones cuatrocientos dieciocho mil ochocientos ochenta y un pesos (\$169'418.881).

Lo anterior, luego de realizar un análisis de las circunstancias de hecho que dieron origen al proceso y las pruebas allegadas al expediente, con base en las siguientes consideraciones:

- ✚ Que en el presente caso se encuentra probado el daño consistente en la muerte de la señora Luz Elena Capacho Capacho tal como se muestra en el Registro Civil de Defunción que obra a folio 42 del expediente.
- ✚ Concluyó que contrario a lo expuesto por el perito de Medicina Legal en el dictamen pericial y en la ampliación al mismo, el diagnóstico y procedimiento dado a la señora Luz Elena Capacho Capacho (q.e.p.d.) en la IPS Labateca no fue concordante con lo que exige la ciencia médica.

Lo anterior al considerar que las particularidades de la paciente alertaban de un manejo diferente al prestado por el galeno de la entidad demandada, ya que la señora Luz Elena Capacho Capacho era catalogada como una paciente no confiable, *“se revisan exámenes que trae familiar que le indica los medicamentos según tratamiento instaurado por especialista y que la paciente refiere no haberlos tomado”*, y la ciencia médica sabiamente advierte que cuando se trate de pacientes no confiables, el manejo si y solo si, debe ser el de la hospitalización, y no ambulatorio como equivocadamente se dio.

- ✚ Igualmente refiere que el tiempo dado a la reacción del medicamento suministrado a la paciente Luz Elena Capacho Capacho constituye también otro hecho importante, por cuanto las guías para manejo de urgencias, advierten que el pico máximo de reacción del medicamento de Captopril se produce pasados 60 minutos luego de su aplicación y conforme las anotaciones de la historia clínica 3:30 a.m. se aplica medicamento / 4:00 a.m. se produce el egreso de la IPS.

Por lo anterior estima que en el caso de la señora Luz Elena solo se dio como tiempo de espera 30 minutos luego de aplicado, es decir, un periodo mucho menor al recomendado por la ciencia médica.

- ✚ Consideró que el daño antijurídico causado a la parte accionante era totalmente imputable a la ESE Hospital Regional Suroriental, al encontrarse demostrado que la muerte de la señora Luz Elena Capacho Capacho se causó por no haberse prestado la asistencia médica adecuada y diligente.

3.- Del recurso de apelación:

La apoderada de la Empresa Social del Estado Hospital Regional Sur Oriental, presentó en término el recurso de apelación (folios 465- 471) en contra de la sentencia del 30 de abril de 2018 (folios 449-457), en donde expone como motivos de inconformidad los siguientes:

1. Manifiesta que la administración sanitaria pública de la ESE Hospital Regional Sur Oriental especialmente el profesional que atendió a la señora Luz Elena Capacho Capacho estuvieron de acuerdo al principio de la Lex Artis Ad Hoc, conforme a los artículos 1 al 12 de la Ley 23 de 1981, es decir que la actuación de los médicos se ciñó al profesionalismo ético, diligencia y prudencia.
2. Que los actos médicos practicados por el personal médico y paramédico estuvieron ajustados a las guías de manejo médico y en ningún momento se apartaron de sus lineamientos, igualmente estima que la clasificación que el galeno dio a la paciente fue acertada y se encontraba ajustada a la mencionada guía.

Que la conducta medicamentosa y de manejo ambulatorio era la acorde para este tipo de “urgencia hipertensiva” que presentaba la paciente al momento de demandar los servicios médicos asistenciales.

3. Que al realizar los respectivos controles de tensión arterial y glucometría, se encuentra una paciente estable hemodinámicamente sin ningún tipo de alteración neurológica o cardíaca, además con modulación de cifras tensionales y mejora significativa de los niveles de glucosa en sangre, dándose egreso de la IPS de atención para continuar su manejo de tipo ambulatorio, pues acorde a los lineamientos médicos este tipo de “urgencias hipertensivas” pueden ser manejadas en el ámbito extra hospitalario dando cumplimiento así al manejo de estos pacientes.
4. Que al egreso de la entidad la paciente se encontraba consciente, orientada y en buenas condiciones de salud, con modulación de la cifra tensional con respecto a su ingreso, así: 140/60mmhg, lo que indicaba que el manejo del medicamento ordenado había surtido el efecto esperado, tal como era el descenso progresivo en las cifras tensionales en una paciente con hipertensión crónica.
5. Que frente al medicamento captopril, la dosis y la elección del mismo fue acorde a las guías de manejo de médico instauradas a nivel, y que la elección de este tipo de medicamento no guarda relación con las “particularidades de la paciente” como lo refiere el fallador de primera instancia.
6. Que resulta contrario lo expuesto por el A quo cuando afirma: *“que cuando se trate de pacientes no confiables, el manejo si y solo si, debe ser el de la hospitalización, y no ambulatorio (...)”*, puesto que de ser cierto este planteamiento, el sistema de salud colapsaría ya que todas las instituciones de salud estarían superadas en su capacidad instalada por pacientes hipertensos sin repercusiones hemodinámicas y literalmente estarían hospitalizados solo para enseñarles a tomar los antihipertensivos orales cada 8 y 12 horas de intervalo, resultando a su criterio este planteamiento absurdo y fuera de contexto médico.

4.- Actuación en Segunda Instancia.

4.1.- De la parte actora

La señora apoderada de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión (folios 491 a 497), en el cual señala que el recurso de apelación de la demandada utiliza como fundamento la “guía para manejo de urgencias” de manera sesgada ignorando de manera abrupta el sentido completo de la información consignada en la misma y para ello realiza un extenso recuento de lo expuesto en el citado recurso y en laguía.

Reitera que está demostrada la responsabilidad de la ESE Hospital Sur Oriental, al prestar una inadecuada atención médica a la señora Luz Elena Capacho Capacho, mediante unas omisiones que generaron el fatal desenlace conocido.

Finalmente, solicita desestimar los argumentos del recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

4.2.- De la parte demandada

La señora apoderada de la ESE Hospital Regional Sur Oriental en su escrito de alegatos de conclusión hace un recuento de los antecedentes del presente proceso, así como de las partes que lo conforman concluye que la dosis del medicamento e intervalos de suministro fueron basados en el conocimiento del galeno y dados los resultados del examen físico de la paciente.

Refiere que del material probatorio obrante se puede determinar que los profesionales que atendieron a la señora Luz Elena Capacho Capacho para la época de los hechos, le prestaron un servicio con calidad y oportunidad.

Afirma que no se incurrió en falla del servicio ni mucho menos en mala praxis y que por el contrario a la paciente se le dio un trato positivo, tal y como lo ordena el protocolo médico y por la ética profesional de quienes tuvieron el cuidado, es decir, fue atendida de manera oportuna cuando demandó los servicios médicos de la IPS de salud, de donde el actuar médico fue acorde a las guías de manejo establecidas, no existiendo por ende nexo causal entre el deceso de la paciente y la atención médica asistencial brindada.

Por lo expuesto solicita se revoque la sentencia del 30 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Único de Pamplona y en consecuencia se absuelva a su representada.

4.3.- Del Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público no presentó concepto de fondo.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia:

Dado que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado Primero (1°) Administrativo Oral de Pamplona, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia conforme lo dispone el artículo 153 del C.P.A.C.A., en concordancia con lo establecido en el art. 328 del C.G.P.

2.1.1. Asunto previo: Impedimento del Magistrado Edgar Enrique Bernal Jáuregui.

El señor Magistrado Edgar Enrique Bernal Jáuregui plantea el impedimento para participar en el presente proceso, en razón a que su compañera permanente Liliana Giraldo en su calidad de abogada tiene suscrito un contrato de asesoría legal con la E.S.E. Hospital Regional Sur Oriente, citando como soporte lo previsto en el artículo 130, numeral 4° del CPACA.

La Sala, con fundamento en lo previsto en el numeral 3 del art. 131 del CPACA, encuentra fundado el impedimento, ya que se materializa la situación prevista en el citado numeral 4 del art. 130, al tener la compañera permanente del citado Magistrado la calidad de contratista de la parte demandada en el presente asunto, esto es, la E.S.E.Hospital Regional Sur Oriente.

Por lo tanto lo procedente será aceptar el impedimento propuesto y separar del conocimiento del presente asunto al Magistrado Benal Jáuregui, por lo cual la sala de decisión quedará conformada con el Magistrado Ponente y con el Magistrado Hernando Ayala Peñaranda.

2.1.2.- De la competencia en Segunda Instancia

De acuerdo a lo previsto en el artículo 153 del CPACA y en concordancia con el artículo 320 del Código General del Proceso debe la Sala recordar que la competencia de la segunda Instancia está limitada a resolver los reparos concretos que formule el apelante en su recurso, con el fin de revocarse o reformarse la decisión.

En el presente caso la parte demandada presentó recurso de apelación, en contra de la sentencia de primera instancia, por lo tanto la Sala procederá a estudiar y decidir los cargos expuestos en el recurso de apelación propuesto por la E.S.E. Hospital Regional Sur Oriental.

2.2. Asunto a Resolver en esta Instancia

Debe la Sala decidir en esta Instancia si hay lugar a revocar la sentencia del treinta (30) de abril del dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral de Pamplona, mediante la cual se accedió a las pretensiones, tal como lo solicita la apoderada de la entidad demandada en el recurso de apelación, visto a folios 465 a 471 del expediente, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

El Juzgado de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda al estimar que en el caso bajo examen estaba demostrado el daño, esto es, la muerte de la señora Luz Elena Capacho Capacho y que, contrario a lo manifestado por el perito en el dictamen pericial y en la ampliación al mismo, el diagnóstico y procedimiento dado a la paciente (q.e.p.d.) en la IPS Labateca no fue concordante con lo que exige la ciencia médica.

Lo anterior al considerar que las particularidades de la paciente alertaban de un manejo diferente al prestado por el galeno de la entidad demandada, ya que la señora Luz Elena Capacho Capacho era catalogada como una paciente no confiable y que frente al tiempo dado a la reacción del medicamento suministrado a la paciente las guías para manejo de urgencias, advierten que el pico máximo de reacción del medicamento de Captopril se produce pasados 60 minutos luego de su aplicación y de acuerdo a la historia clínica 3:30 a.m. se aplicó dicho medicamento y a las 4:00 a.m. se produce el egreso de la paciente de la IPS.

Concluyó que el daño antijurídico causado a la parte accionante era imputable a la ESE Hospital Regional Suroriental, al encontrarse demostrado que la muerte de la señora Luz Elena Capacho Capacho se causó por no haberse prestado la asistencia médica adecuada y diligente.

Por su parte, la apoderada de la demandada, en el recurso de apelación plantea los cargos que fueron expuestos en el numeral tercero (3º) del acápite de antecedentes de la presente providencia.

El Ministerio Público en esta Instancia no rindió concepto de fondo.

2.3.- Problema Jurídico.

Del anterior recuento se tiene que existe un problema jurídico para resolver por esta Segunda Instancia a saber:

¿Si hay lugar a revocar la sentencia del 30 de abril de 2018 proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral de Pamplona, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda de reparación directa, tal como lo solicita la apoderada de la entidad demandada en el recurso de apelación con base en los cargos reseñados en el numeral 3º del acápite de antecedentes de la presente providencia, y en caso positivo negar las pretensiones de la demanda?

2.4. -Tesis y Decisión del Tribunal en Segunda Instancia:

La Sala estima que en el presente asunto la respuesta al problema jurídico es que sí hay lugar a revocar la sentencia apelada y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Lo anterior dado que, aunque se presentó un daño a la parte actora generado por la muerte de la señora Luz Helena Capacho y que el mismo pueda calificarse de antijurídico, la Sala advierte que tal daño no puede ser imputado a la entidad demandada, ya que no se encuentran las pruebas técnicas suficientes para concluir con certeza que la muerte de la referida señora tuvo como causa directa y adecuada una falla en la prestación del servicio de salud por parte de la entidad demandada.

La Sala estima que, ante la falta de la prueba de la necropsia, en el proceso no quedó probado cual fue la causa real y directa de la muerte de la referida señora, sin que pueda concluirse como lo hizo el A quo, que lo fue la falta de habersele prestado la atención médica adecuada y diligente frente a la crisis hipertensiva que presentó la paciente cuando acudió por primera vez a la prestación de los servicios de salud el 12 de diciembre de 2013, sobre las 3:30 a.m.

2.6.- Argumentos de la decisión en Segunda Instancia.

2.6.1. De los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial del Estado:

Como es sabido, la jurisprudencia administrativa nacional desde tiempo atrás ha sostenido que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado son aplicables dos regímenes, a saber: Uno el denominado de falla probada del servicio y el otro el de la responsabilidad objetiva. Igualmente, se ha precisado que a partir de la expedición del artículo 90 de la Constitución de 1991 no se eliminaron dichos regímenes para manejar todos los casos por la vía de la responsabilidad objetiva, sino que, por el contrario se les dio un soporte normativo directo de rango constitucional, aclarándose que la prosperidad de las demandas de reparación directa está condicionada a que la parte actora acredite la existencia de los elementos que configuran la responsabilidad, como son la ocurrencia de un daño antijurídico y la imputación del mismo a la entidad pública demandada.

Por lo tanto se ha reiterado que en los eventos en que se planteen los casos por el régimen de la falla del servicio probada es necesario que el demandante pruebe la existencia de los 3 elementos que la configuran, esto es: que se

presentó un **daño antijurídico**, que **no se prestó un servicio** o que hubo un **mal funcionamiento del servicio**, y que existe el **nexo causal** entre los dos anteriores elementos, esto es, que el daño antijurídico sea consecuencia directa de la falla del servicio³.

Igualmente, la H. Corte Constitucional ha compartido la referida construcción jurisprudencial del H. Consejo de Estado sobre el régimen de responsabilidad a efectos de declarar judicialmente la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas, resaltando que, a la luz de lo previsto en el artículo 90 constitucional, el mismo está edificado sobre los dos conceptos relativos a la existencia al daño antijurídico y a la imputabilidad. Así se puede observar, por ejemplo, de lo expuesto en la sentencia C-038 de 2006⁴, en la cual se precisó lo siguiente:

“Los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente son la noción de daño antijurídico y su imputación al Estado, razón por la cual la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de delimitarlos conceptualmente. Sobre el daño antijurídico se pronunció extensamente en la sentencia C-333 de 1996, donde luego de estudiar los debates de la Asamblea nacional Constituyente concluyó que la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 estuvo inspirada en la doctrina española, la cual ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, postura acogida por la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana.

... El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta ‘última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño “es menester que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión: vale decir, la “imputatiojuris”, además de la imputatiofacti”.

Por su parte la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido abundante en explicar los conceptos de daño antijurídico e imputabilidad como elementos esenciales de la responsabilidad del Estado. Así se ha señalado reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un*

³ A este respecto se puede consultar, entre otras, la sentencia del 27 de noviembre de 2006, dictada por la Sección Tercera C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, expediente radicado 25000232600019950126201.

⁴ Sentencia proferida por la Corte con ponencia del Magistrado doctor Humberto Antonio Sierra Porto, en la cual se declaró exequible el inciso primero del artículo 86 del C.C.A.

*sujeto solidario*⁵. Y también se ha precisado que *“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”*⁶.

2.6.2.- Responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado desde mucho tiempo atrás que la responsabilidad del Estado por falla médica involucra tanto el acto médico (diagnóstico, tratamiento, intervenciones quirúrgicas, etc), como todas las actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico y del personal paramédico y administrativo, que se surten desde el momento en que la persona acude a la entidad que presta el servicio de salud. Además de lo anterior, la jurisprudencia reciente ha considerado que el título de imputación es la falla del servicio probada, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que surja de las demás pruebas obrantes, cuando no se cuenta con la prueba directa de la falla del servicio.

Al respecto resulta pertinente recordar lo dicho por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia del diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018)⁷, en la cual se hizo un preciso y profundo recuento del tema, por lo cual se hace necesario transcribir los siguientes apartes de dicha sentencia:

“Respecto del régimen de responsabilidad aplicable en casos en que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados como consecuencia de las actividades médico-sanitarias, la Subsección ha afirmado que⁸, en casos en los cuales se ventila la acción imperfecta de la Administración o su omisión, como causa del daño reclamado, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños provenientes de la atención médica defectuosa, se ha retornado, como se verá, a la teoría clásica de la falla probada; esta Corporación ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro; en este sentido, se ha sostenido que:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

⁷ Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Radicación número: 76001-23-31-000-2003-03719-01(44222) acumulado con el 76001-23-000-2004-01899-01, Actor: Didier Delgado Meneses y Otros, Demandado: Hospital Benjamín Barney Gasca E.S.E. y Otro.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.

(...)

“2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

“La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como ‘anormalmente deficiente’⁹.

En este punto conviene recordar que, por un tiempo, aceptó la jurisprudencia Contencioso Administrativa que el título de imputación jurídica en torno a los eventos en los que se debatía la responsabilidad médica fuese el de la “falla presunta”, como lo entendiera el Tribunal de primera instancia, según la cual la nuda constatación de la intervención causal de la actuación médica en el resultado nocivo por el que se reclamaba era suficiente para atribuir el daño a la Administración. Pese a lo anterior, se retomó la senda clásica de la responsabilidad subjetiva o falla probada¹⁰, por lo que en la actualidad, según esta sub-regla jurisprudencial, deben ser acreditados en este punto tres elementos inexcusables por parte del actor, a saber: i) el daño; ii) la falla en el acto médico y iii) el nexo causal, sin los cuales improcedente se hace la condena del Estado por esta vía, tal y como lo ha entendido esta Corporación, cuando consideró que:

*“Al margen de las discusiones que se presentan en la jurisprudencia y en la doctrina en relación con el régimen probatorio de los elementos de la responsabilidad patrimonial por los daños que se deriven de la actuación médica del Estado, **lo cierto es que existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que***

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del marzo 8 de 2007, exp. 27.434, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 15.725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño.¹¹ (Énfasis añadido).

Bajo el anterior el ordenamiento jurídico, procede la Sala a decidir los cargos del recurso de apelación.

2.6.3.- Decisión de los cargos del recurso de apelación.

Antes de decidir los cargos del recurso de apelación planteado por la apoderada de la ESE Hospital Regional Sur Oriental, considera la Sala necesario recordar que en la sentencia de primera instancia se concedieron las pretensiones de la demanda al estimar que se tenía probado el daño, esto es, la muerte de la señora Luz Elena Capacho Capacho, que el mismo fue antijurídico y que es imputable a la demandada.

Lo anterior al considerar que la atención médica recibida por la señora Luz Elena Capacho Capacho no resultó concordante con los parámetros establecidos en las guías para la atención de urgencias previstas por el Ministerio de Salud, y al encontrarse demostrado que la muerte de la señora Luz Elena Capacho Capacho se causó por no haberse prestado la asistencia médica adecuada y diligente.

Procede la Sala entonces a resolver los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Pamplona, los cuales se pueden resumir en un cargo central relacionado con la inexistencia de la falla del servicio médico.

2.6.3.1.- Decisión de los cargos del recurso de apelación de la ESE Hospital Regional Sur Oriental:

Cargo central: La ESE Hospital Regional Sur Oriental considera que no se presentó la falla del servicio médico, ya que el servicio médico prestado a la paciente Luz Helena Capacho se hizo (i) conforme a la lex artis, (ii) que el manejo ambulatorio de la crisis hipertensiva estuvo ajustado a las guías médicas, (iii) que la dosis del medicamento captopril fue el adecuado y (iv) que considerar como lo hizo el A quo que por ser la víctima una paciente no confiable por su historia de hipertensión, obligaba a un manejo intrahospitalario, implicaría que en todos los casos los pacientes debían ser internados generando un colpaso de todas las clínicas.

La Sala ha concluido, luego del análisis de la sentencia apelada, del recurso de apelación y de la particular situación cómo ocurrieron los hechos, que no es posible imputarle el daño a la entidad demandada, ya que en el proceso no se encuentra probada la causa directa y eficiente de la muerte de la señora Capacho, por lo cual no se puede presumir que lo fue por una inadecuada atención frente a la crisis hipertensiva que sufrió la señora Luz Helena Capacho sobre las 3 a.m. del día 12 de diciembre de 2013.

Aunado a lo anterior, del dictamen médico legal recaudado en el proceso, se infiere que no se presentó la falla del servicio médico en la prestación de los servicios médicos por parte de la entidad demandada a la referida señora.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 19.101 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En efecto, inicialmente, debe la Sala recordar cómo ocurrieron los hechos en los cuales falleció la señora Luz Helena Capacho el día 12 de diciembre de 2013.

1º.- La paciente ingresó sobre las 3 y 30 a.m. al Centro de Salud de Labateca, siendo atendida por el médico cirujano Dr. Jeyson Xavier Vidal G. consignándose en la historia clínica que se realizó la toma de signos vitales una TA de 160 y una TA d de 680. Igualmente en el procedimiento terapéutico se indicó lo siguiente:

“PROCEDIMIENTO TERAPÉUTICO

3:30 A.M. SE VALORA PACIENTE Y SE LLAMA ENFERMERIA PARA CANALIZACION DE PACIENTE CON SOLUCIÓN SALINA NORMAL 0,9% 1000 CC.

SE TOMA GLUCOMETRIA 208MG/DL SE INDICA LA ADMINISTRACIÓN DE CAPTOPRIL 50 MG SUB LINGUAL Y CIANOCOBALAMINA 3 CCINSTRAS MUSCULAR.

3:45 A.M. SE REVISAN EXAMENES QUE TRAE FAMILIAR QUE LE INDICA LOS MEDICAMENTOS SEGÚN TRATAMIENTO INSTAURADO POR ESPECIALISTA Y QUE LA PACIENTE REFIERE NO HABERLO TOMADO.

2º.- Sobre las 4: 00 a.m., fue revalorada la paciente mostrándose una mejoría y se da el diagnóstico de egreso de crisis hipertensiva y de glicemia, en los siguientes términos:

“4:00 A.M. SE REVALORA PACIENTE CON MEJORIA DE SU CUADRO CLINICO, CON SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA. SE ENTREGAN ORDENES DE EXAMENES Y SE DAN INDICACIONES (SIC)Y SIGNOS DE ALARMA. SE INDICA ALTA MEDICA PACIENTE HEMODINAMICAMENTE ESTABLES AL MOMENTO DE SU EGRESO CON SU TENSION ARTERIAL 140/60 FC 86 FR 19 GLUCOMETRIA 150MG/DL.

DIAGNOSTICO EGRESO

1. *CRISIS HIPERTENSIVA*
2. *HIPERGLICEMIA*

*ESTADO DE EGRESO: CONSCIENTE
AM”*

HORA: 4:00

3º.- Sobre las 5: 00 a.m. del mismo día, regresa al Centro de Salud la señora Luz Helena Capacho en el vehículo conducido por su esposo, debido a un nuevo malestar de su estado de salud, pero el esposo de la precitada señora no permite su valoración ya que no la deja bajar del vehículo y decide partir hacia el Hospital de Toledo.

4º.- La señora Luz Helena Capacho llega al citado hospital sin signos vitales y sobre las 6: 00 a.m. es declarada su muerte.

En estas condiciones la Sala encuentra que, dada la forma cómo sucedieron los hechos, en el presente proceso no se cuenta con las pruebas técnicas directas, ni

con indicios, para poder imputar la muerte de la referida señora a la negligencia en la prestación de los servicios de salud en el Centro de Salud de Labateca.

En efecto, la Sala encuentra que en primera instancia se recaudó el dictamen pericial rendido por el médico forense, folio 314 y ss, en el cual se concluyó que el manejo dado a la paciente Luz Helena Capacho fue el adecuado y que no se requería de una hospitalización. Ello por cuanto al ingresar la paciente al Centro de Salud las quejas que manifestaba no orientaban a un diagnóstico concreto que ameritara un manejo de hospitalización.

También señala que el medicamento formulado y la dosis dada resultaban acordes para la crisis hipertensiva que mostraba.

La Sala no encuentra en el proceso una prueba técnica que permita concluir con certeza que dada la crisis hipertensiva que presentaba la señora Capacho, se requería exclusivamente de manejo intrahospitalario. Ello es así por cuanto de las guías de atención de urgencias especialmente por crisis hipertensivas, cuyo documento obra al folio 378, se advierte lo siguiente:

“De este modo, la urgencia hipertensiva, en la cual no hay evidencia de daño a órgano blanco, puede ser seguramente tratada con terapia antihipertensiva oral. El lugar de tratamiento, ambulatorio u hospital, depende de la confiabilidad del paciente y su red de apoyo. En pacientes con familias comprometidas, que entiendan cabalmente el problema y que sea confiable en la toma de los medicamentos, es seguro y costo efectivo iniciar un manejo antihipertensivo oral en casa con cita de control obligatoria a las 24 horas.”

De tal suerte que el servicio prestado sobre las 3:30 a.m., se encuentra dentro de lo previsto en las citadas guías, esto es, manejo ambulatorio, tal como se señala por el dictamen médico recaudado en la primera instancia.

Ahora bien, la Sala resalta que sobre las 5:00 a.m., la referida señora tuvo una segunda crisis hipertensiva, y fue llevada al mismo centro asistencial, sin embargo, no pudo ser atendida nuevamente en dicho Centro, dado que el esposo de la señora no quiso reingresarla, no la dejó bajar del vehículo, y decidió llevarla al Hospital Pedro Antonio Villamizar del Municipio de Toledo, llegando sobre las 5 y 30 a.m., pero infortunadamente cuando arribó ya no tenía signos vitales.

Este hecho está consignado en la historia clínica de la paciente, y fue narrado por la parte actora en la demanda, en el hecho No. 8, el cual obra al folio 10 del expediente.

De tal suerte que, no es posible concluir con certeza, que la muerte de la referida señora se produjo como consecuencia directa de una negligencia en la prestación de los servicios de salud en el Centro Médico de Labateca, por cuanto justamente el esposo de la fallecida señora no permitió el ingreso de la paciente al centro de salud, cuando le dio la segunda crisis hipertensiva sobre las 5: a.m.

Aunado a lo anterior, la Sala destaca que en el presente proceso no se recaudó la prueba técnica (necropsia), para determinar concretamente la causa de la muerte de la paciente, resultando un tanto aventurado para la Sala concluir, como sí lo hizo el A quo, que la muerte tuvo como causa directa la falta de manejo intrahospitalario cuando la paciente ingresó sobre las 3 y 30 a.m.

Nótese que en la historia clínica obra que la paciente egresó del centro de salud sobre las 4:00 a.m., con mejoría y consciente, sin que pueda saberse científicamente qué ocurrió a partir de esa hora y hasta antes de su fallecimiento, ya que se reitera, la paciente no fue reingresada al centro de salud por la decisión del esposo de la misma, cuando se presentó la segunda afectación de su estado de salud.

Así las cosas, debe recordarse que tal como se ha señalado por la jurisprudencia administrativa, ya transcrita anteriormente, existe consenso en cuanto a que la sola intervención -actuación u omisión- de la prestación médica no es suficiente para imputar al Estado los daños que sufran quienes requieran esa prestación, sino que es necesario que se encuentre acreditado que la misma fue constitutiva de una falla del servicio y que dicha falla fue causa eficiente del daño.

En consecuencia, aun cuando pueda sostenerse que el tiempo de media hora que se le brindó en el Centro de Salud de Labateca, puede resultar insuficiente para verificar la reacción del medicamento de captopril, lo cierto es que la paciente fue dada de alta por orden médica a las 4:00 a.m., saliendo consciente y orientada, por lo cual no existe certeza sobre una negligencia médica en este momento de la prestación del servicio de salud.

Se tiene que cuando se le presentó a la paciente el segundo malestar de salud sobre las 5:00 p.m., la paciente no pudo ser atendida nuevamente en el Centro de Salud debido a que los familiares de la víctima no permitieron la atención médica en dicho Centro, y decidieron trasladarla al Hospital de Toledo habiendo llegado a dicho Hospital sobre las 6 00 a.m, sin signos vitales.

Y dado que no se realizó dentro de este proceso la prueba médica para determinar la causa real y directa de la muerte de la señora Luz Helena Capacho, no es posible deducirse que lo haya sido por habersele dado un manejo ambulatorio a la primera crisis, máxime que el dictamen médico legal recaudado en la primera instancia señala que el manejo ambulatorio era el adecuado.

3.- Decisión de la Sala.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, esta Corporación deberá revocar la sentencia apelada, dado que no se configura el tercer elemento de la responsabilidad patrimonial, esto es, la imputación fáctica y jurídica del daño a la ESE Hospital Regional Sur Oriental, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

Igualmente, se aceptará la renuncia de poder presentada por la doctora Oneyda Botello Gómez, como apoderada de la ESE Hospital Regional Sur Oriental, dado que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 76 del Código General del Proceso.

Resta señalar que para la Sala no hay lugar a imponer condena en costas en segunda instancia, dado que en el sub júdice no se encuentra acreditado gastos en el trámite de la segunda instancia, por tanto no se condenará en costas a la parte vencida en esta Instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Acéptese el impedimento propuesto por el Magistrado Edgar Enrique Bernal Jáuregui para conocer del presente asunto, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Revóquese la sentencia proferida el treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral de Pamplona, para en sulugar **negar las pretensiones de la demanda**, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO Acéptese la renuncia de poder presentada por la doctora Oneyda Botello Gómez, como apoderada de la ESE Hospital Regional Sur Oriental, en virtud de que la misma cumple con los requisitos establecidos en el artículo 76 del Código General del Proceso.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

(Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala Virtual de Oralidad No. 04 en sesión de la fecha)



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ

Radicación número: 54-001-33-33-001-2016-00235-01

Demandante: María Luisa Cacua Balaguera

Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Norte de Santander

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra de la sentencia del trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pamplona, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

La señora **MARÍA LUISA CACUA BALAGUERA**, actuando mediante apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentó demanda a fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto Administrativo a través del cual el ente territorial demandado reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial en favor de la parte demandante en su condición de docente, y como consecuencia de dicha declaratoria, se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de la cesantía parcial en forma retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de la presentación de la prestación, con la totalidad de los factores salariales.

1.2. Hechos

Se sintetizan por la Sala de la siguiente manera:

1. Se indica en la demanda que la señora **MARÍA LUISA CACUA BALAGUERA**, ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al Departamento de Norte de Santander, desde su nombramiento el **07 de marzo de 1995** hasta la fecha de la presentación de la solicitud la cual fue realizada el **26 de mayo de 2015**.
2. Afirma que la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 3300 del 07 de septiembre de 2015, la cual fue notificada el 15 de septiembre de 2015, le reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial, en cuantía de \$30.788.375.

1.3. La sentencia apelada

El Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pamplona profirió sentencia el trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019), mediante audiencia inicial, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

- ✚ Que la señora María Luisa Cacua Balaguera, solicitó que se declare la nulidad parcial del acto administrativo a través del cual se le reconoció y

ordenó el pago de una cesantía parcial, teniendo en cuenta que la misma fue liquidada con base en el régimen anualizado previsto en la Ley 91 de 1989 y no el régimen retroactivo previsto en la Ley 6 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

- ✚ Que la demandante, fue nombrada en la plaza de docentes departamental y municipal financiados y/o cofinanciados por el Ministerio de Educación Nacional, posesionándose en dicho cargo en el año 1995, fecha desde la cual se encuentra vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- ✚ Determinó que la situación de la demandante no se enmarca en lo dispuesto por el artículo 5 inciso segundo del Decreto 196 del 25 de enero de 1995, dado que su nombramiento tuvo lugar después de la entrada en vigencia de dicho decreto y que desde su posesión se encuentra vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- ✚ Señaló que el régimen de cesantía aplicable a la demandante es el previsto en el literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que en lo que se refiere al régimen de liquidación de cesantía, este es el anualizado sin retroactividad, por lo que no resulta posible acudir al sistema retroactivo, ya que este solo le es aplicable a los docentes nacionalizados vinculados antes del 1º de enero de 1990.
- ✚ Finalmente, al no encontrar viciado de nulidad el acto administrativo demandado, negó las súplicas de la demanda y se abstiene en condenar en costas a la parte demandante de conformidad con lo reglado en el artículo 188 del CPACA.

1.4. El Recurso de Apelación.

La apoderada de la parte actora interpone recurso de alzada, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pamplona el trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019), conforme a los argumentos que a continuación se plantean¹:

- ✚ Que la ley 91 de 1989, en ninguna de sus partes hizo alusión respecto de las cesantías de los docentes territoriales, lo que significa que de ninguna manera modificó el sistema de liquidación de cesantías vigentes hasta ese entonces para los docentes (Departamentales, Distritales y Municipales) como de manera equivocada lo ha venido interpretando el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad fiduciaria que administra sus recursos.
- ✚ Indica que con esa misma ley se estableció un régimen de transición y de garantías de derechos adquiridos, destacándose que los docentes nacionalizados y territoriales, tenían a dicha fecha derecho a la liquidación de cesantías de manera retroactiva.
- ✚ Agrega que tan solo en el año de 1995 a los docentes territoriales se les permitió la afiliación al FNPSM, con la condición de respetar en todo caso, el régimen prestacional vigente al momento de efectuar la misma. En efecto el decreto 196 del 25 de enero de 1995, proferido por el gobierno nacional, por el cual se reglamentó parcialmente el artículo 6º de la ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la ley 115 de 1994 que permitió la incorporación o afiliación de los docentes territoriales al FNPSM.
- ✚ En virtud del anterior decreto fue que las entidades territoriales, a través de sendos convenios interadministrativos, afiliaron a sus docentes al FNPSM;

¹ Recurso de apelación interpuesto por la parte actora obrante a folios 165 a 168 del expediente.

asumiendo desde entonces este fondo nacional la obligación de reconocer y pagar todas las prestaciones de los docentes territoriales.

- ✚ Manifiesta que desconociendo que los docentes territoriales estaban excluidos de la aplicación, el FNPSM, los ha venido equiparando a los docentes nacionales y nacionales nombrados después de 1º de enero de 1990, en cuanto a sistema de liquidación de cesantías.
- ✚ Señala que, sobre el régimen de cesantías de todos los funcionarios públicos, con excepción de los docentes nacionales y nacionalizados, es pertinente precisar que fue la ley 344 del 27 de diciembre de 1996, la que cambió el sistema de liquidación con retroactividad por el de acumulados anuales con pago de intereses.
- ✚ Afirma que las cesantías de los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, deben liquidarse bajo la normatividad que gobierna esta prestación y que se encuentra contenida en el artículo 17 de la ley 6º de 1945; el artículo 1º y 2º del decreto 1160 de 1947 y los decretos 2755 de 1966 y 899 de 1991 que determinan que a los funcionarios vinculados a las administraciones territoriales antes del 31 de diciembre de 1996 y que no se hayan trasladado al nuevo régimen previsto en la ley 50 de 1990, se les aplica el régimen de retroactividad en la liquidación de auxilio de cesantías.
- ✚ Finalmente, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar declaren favorablemente las pretensiones de la demanda e igualmente se ordene el reconocimiento y pago de las cesantías de la señora María Luisa Cacia Balaguera de forma retroactiva.

1.5. Alegatos de conclusión en Segunda Instancia

1.5.1. Parte Actora

La apoderada de la parte actora presentó sus alegatos de conclusión², ratificando lo expuesto en la demanda, afirmando a su vez, que de acuerdo al recuento normativo y jurisprudencial, la actora es una docente que se rige por el sistema de liquidación con retroactividad en la medida que su vinculación al ramo docente fue antes de la vigencia de la ley 344 de 1996 en el orden territorial.

1.5.2 Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó alegatos de conclusión, en los cuales solicitó que se negaran las suplicas del escrito de apelación interpuesto por la parte demandante, para que en su lugar se decida favorablemente a su representada en relación con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia.

1.5.3 Ministerio Público

El Ministerio Público presentó concepto de fondo dentro del presente proceso, señalando que lo procedente será confirmar la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pamplona.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia:

² Ver folio 184 a 195 del expediente.

Dado que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pamplona, este Tribunal es competente para conocer de este asunto en segunda instancia conforme lo dispone el artículo 153 del C.P.A.C.A.

2.2. Planteamiento del problema jurídico.

Conforme lo explicado existe un problema jurídico a resolver en esta Segunda Instancia a saber:

¿Hay lugar a revocar la sentencia proferida en audiencia inicial, celebrada el trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019), por la Jueza Primera Administrativa Oral del Circuito de Pamplona, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, tal como lo solicita la parte actora en el recurso de apelación por considerar que no resulta aplicable para el presente caso la Ley 91 de 1989, por lo que debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado y en consecuencia reliquidar las cesantías parciales de manera retroactiva?

2.3. Tesis y decisión de la Segunda Instancia.

La Sala considera, luego de revisar los argumentos del recurso de apelación, la sentencia de primera instancia y el ordenamiento jurídico aplicable, que la respuesta al problema jurídico se contrae a confirmar la sentencia apelada, dado que el acto administrativo enjuiciado no está viciado de nulidad, al encontrarse probado que el mismo se ajustó a los postulados establecidos en la normatividad vigente que rige la materia.

Por lo anterior, la Sala acoge el concepto del señor Procurador y, en consecuencia, la decisión en esta Instancia no puede ser otra que la de confirmar la sentencia apelada, de acuerdo con las razones que se exponen a continuación:

2.4. Argumentos que soportan la decisión de Segunda Instancia

La decisión que se toma en esta Instancia, tiene como soporte los siguientes argumentos.

1.- Docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Aplicación de la Ley 91 de 1989:

La Ley 91 de 1989, por la cual se creó el FOMAG, definió en su artículo 1 que el personal nacional, son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; el 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; y el 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.

El artículo 4 de la Ley 91 de 1989 precisa que el FOMAG, deberá atender las prestaciones sociales de: a) los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley, siempre con observancia del artículo 2º, los cuales quedan eximidos de requisito económico de afiliación; y b) los que se vinculen con posterioridad a ella, los que deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

Para dar cumplimiento a lo anterior, en especial en lo relación a cesantías, el artículo 15 ídem, dispuso lo siguiente:

“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 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. (...)

3. Cesantías:

A.- Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a 1 mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

De otra parte, la Ley 60 de 1993 al disponer la forma de organización de las plantas de personal docente, aclaró que el régimen de prestaciones sociales a favor de los nuevos docentes, entre otros, será el establecido en la Ley 91 de 1989.

Las categorías de docentes también se encuentran definidas en el artículo 2 del Decreto 196 de 1995, por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, así:

“Docentes nacionales y nacionalizados: Son aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación y que se financian con recursos del situado fiscal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993.

Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:

a) Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;

b) Son igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales.”

En virtud de lo anterior considera la Sala que la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al FOMAG, sin distinción alguna, la cual, en materia de cesantías, establece que los docentes nacionalizados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 recibirían un auxilio de cesantía consistente en un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado, es decir, que tales docentes conservan el régimen retroactivo, mientras que a los docentes del orden nacional y a los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1990, se les liquida el auxilio de cesantía anualmente sin retroactividad, a la vez que se les cancela un interés anual sobre el saldo de las cesantías existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En cuanto al régimen especial de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, la Corte Constitucional en sentencia C-928 del 08 de noviembre de 2006, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, precisó lo siguiente:

“(..). Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.

(...)

*Así las cosas, **en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.(...)**” (Resaltado por la Sala).*

De lo anterior se concluye que tanto a los docentes nacionales y nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, se les aplica la Ley 91 de 1989 la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Al respecto considera la Sala necesario resaltar que dicho criterio fue reiterado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de fecha 22 de febrero de 2018, M. P. William Hernández Gómez, Rad. 17001-23-33-000-2015-00825-01, en la que se precisó:

(...) De lo anterior se colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses. (...)

(...) De lo anterior se colige, que tal como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares³, de que a pesar de que la demandante fue nombrada por el alcalde del Municipio de Pensilvania (Caldas) como docente del mismo ente territorial en el año de 1993, este nombramiento se realizó:

i). Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975 el cual inició el 1.º de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980 y en esa medida se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 19 de octubre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 5010-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 27 de noviembre de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 0472-2016.

que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales.

ii). Con las facultades legales otorgadas por el artículo 9.º de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados y cuyo nombramiento contaba con el aval del Ministerio de Educación Nacional.

De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a la de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su carácter.

Finalmente, no le asiste razón a la parte demandante al señalar que por ser una docente vinculada con anterioridad a la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, porque el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 excluyó de su aplicación a los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989, es decir, a partir del 1º de enero de 1990. (...)."

2º.- Hechos relevantes probados

Para la Sala se encuentran probados los hechos que se señalan a continuación:

En cuanto a la fecha de ingreso como docente de la señora María Luisa Cagua Balaguera:

Acto de nombramiento	Fecha de posesión	Folios
Decreto 0199 del 07 de marzo de 1995	26 de marzo de 1995	29 y 30 respectivamente

En cuanto a la fecha de solicitud de reconocimiento de cesantías y el acto administrativo que decide sobre la misma:

Fecha de radicación de la petición	Acto administrativo demandado	Folios
26 de mayo de 2015	Resolución No. 3300 del 07 de septiembre de 2015	25 a 27

3.- Decisión de los cargos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora⁴.

Inicialmente, es de recordar que el Juzgado de instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que el régimen de cesantías que cobija al demandante es el sistema anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, por cuanto su vinculación se realizó con posterioridad al 31 de diciembre de 1989, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y no según el régimen de retroactividad, tal como lo decidió la entidad accionada en el acto acusado.

En el presente asunto considera la Sala luego del examen del acervo probatorio, que la docente MARÍA LUISA CACUA BALAGUERA, labora al servicio educativo desde el 26 de marzo de 1995, como docente territorial financiado o cofinanciado por la

⁴ Ver acápite No. 1.4 de la presente providencia.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, toda vez que desde su vinculación ha estado adscrita a plaza territorial, así que, tal y como lo establece el Decreto 196 de 1995, el régimen de afiliación al FOMAG que la cobija es el de la Ley 91 de 1989.

De la normatividad anteriormente expuesta, resulta claro para la Sala que a los docentes Nacionales y Nacionalizados, docentes Departamentales, Distritales y Municipales financiados o cofinanciados por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales, les es aplicable la Ley 91 de 1989, la cual estableció el régimen de cesantías a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990 con el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En virtud de lo anterior el régimen aplicable a la demandante es el consagrado en la Ley 91 de 1989, pues inició labores como docente Departamental en el año 1995, esto es con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1º de enero de 1990), por lo que el pago de sus cesantías debe hacerse con un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad.

En virtud de lo expuesto, es claro que no tienen vocación de prosperidad los cargos expuestos en el recurso de apelación presentado por la parte actora, ya que por el contrario es dable concluir que el acto administrativo demandado, al haber liquidado las cesantías aplicándole el sistema anualizado, se ajustó a los preceptos normativos que rigen la materia.

Así las cosas, como quiera que la Resolución No. 3300 del 07 de septiembre de 2015, mediante la cual se reconoció y ordenó pagar en favor de la parte demandante las cesantías parciales, se fundamentó en la normatividad aplicable, y goza de la presunción de legalidad por cuanto esta no logró desvirtuarse por la parte actora, debiendo por tanto esta Sala, confirmar la sentencia apelada.

Finalmente, en atención al memorial obrante a folio 199 del expediente, encuentra la Sala procedente reconocerle personería a la doctora Brigitte Paola Carranza Osorio, como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del proceso, conforme y para los efectos de la sustitución de poder otorgado a ella, por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos.

4.- Decisión de la Sala.

Conforme a todo lo expuesto, la Sala encuentra que lo pertinente será confirmar la sentencia apelada, dado que los cargos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, no tienen la entidad jurídica suficiente para entrar a revocar o modificar la sentencia objeto de recurso.

De otra parte, se aceptará la sustitución de poder presentada por el doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dentro del presente proceso, dado que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 75 del Código General del Proceso.

Resta señalar que, al confirmar íntegramente la sentencia apelada, conforme lo previsto en el numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del C.G.P., lo procedente sería condenar en costas, no obstante, no hay lugar a imponer dicha condena en esta Instancia, al no haberse causado las mismas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: Confírmese la sentencia del trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Pamplona, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta Instancia.

TERCERO: Reconózcase personería a la doctora Brigitte Paola Carranza Osorio, como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme y para los efectos del poder de sustitución conferido a ella, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Código General del Proceso.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

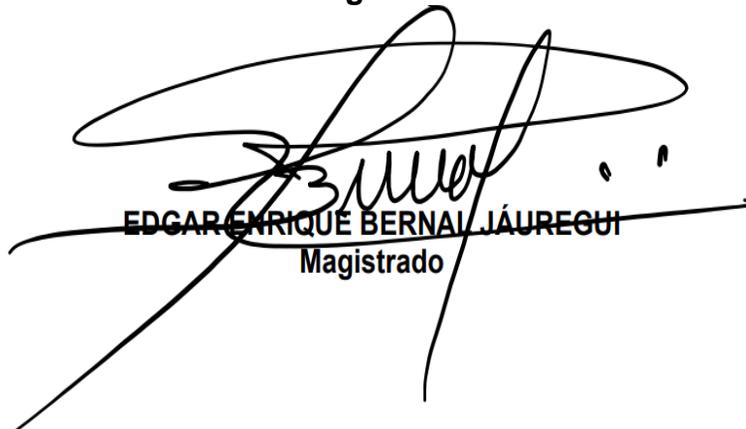
(Discutida y aprobada en Sala de Decisión Oral No. 04 de la fecha)



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNANDO AYALA PEÑARANDA
Magistrado



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado