



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ENILDA QUIROZ PONTÓN
DEMANDADA: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN 20-001-33-33-004-2016-00091-01

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial realizada el 22 de agosto de 2018, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretensiones. La demandante solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 00978 del 11 de marzo de 2014, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional del Cesar, por la cual se le reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al estatus de pensionado, y que sobre la mesada resultante se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme a la Ley 71 de 1988.

Así mismo, solicita inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la Constitución Política, artículo 53, y la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal b.

También solicita que se condene a la entidad demandada a pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A., a que dé estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 195 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, y sea condenada en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la misma Ley.

Hechos. Se indica en la demanda que por los servicios prestados como docente nacionalizado durante más de 20 años, a la señora ENILDA QUIROZ PONTÓN le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación a partir del 3 de octubre de 2012, en cuantía de \$1.557.676, mediante Resolución No. 00978 del 11 de marzo del 2014, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional del Cesar.

Que para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual y la prima de vacaciones, desconociendo los demás factores salariales como es, la prima de navidad, sueldo de vacaciones y horas extras.

Normas violadas y concepto de la violación. En la demanda se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; artículo 15, numerales 1 y 2, literal b de la Ley 91 de 1989; artículo 17 literal b de la Ley 6 de 1945 y Ley 33 de 1985.

Se consideran vulneradas las anteriores disposiciones por no haberse incluido la totalidad de los factores salariales en el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante.

Providencia recurrida. El Juzgado de primera instancia en la sentencia apelada declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación, propuestas por el demandado. Declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 000978 del 11 de marzo de 2014, por medio de la cual la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, reconoció la pensión de jubilación de la demandante.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho condenó a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la señora ENILDA QUIROZ PONTÓN, mediante Resolución No. 000978 de 2014, a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho, incluyendo la totalidad de los factores salariales que ella devengó durante el año anterior al de adquirir su status jurídico de pensionada, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, esto es, además de la asignación básica y la prima de vacaciones (factores ya reconocidos), deberá incluir la prima de navidad, sumas o valores que deberán ser actualizadas o indexadas. Condena en costas a la demandada.

Señala que la norma que aplica a la señora ENILDA QUIROZ PONTÓN, es la Ley 33 de 1985, pero no en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sino conforme a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, según la fecha de ingreso a la docencia oficial. Por esto, en el presente caso no hay lugar a dar aplicación de la sentencia de unificación 230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional.

Indica que la situación particular de la docente aquí demandante se rige por el artículo 15 numeral 1 inciso 2º de la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a 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, es decir, el consagrado en la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º dispone que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y la edad es de 55 años.

Estima que la accionante tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, tal como efectivamente se hizo mediante Resolución No. 000978 de 2014, pero en cuantía equivalente al 75% del salario promedio de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el año anterior a adquirir tal derecho.

Lo anterior, en aplicación de la línea jurisprudencial establecida sobre el tema de tiempo atrás por el órgano de cierre de esta jurisdicción contenida en la sentencia del 3 de febrero de 2011, MP. Dr. VÍCTOR HERNANDO ARDILA, con radicación número 25000-23-25-000-2007-01044-01 (0670-10), en la cual se indica que la Sala Plena de esa Sección mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, sobre el ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Recurso de apelación. Los apoderados de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interpusieron recurso de apelación contra la anterior decisión de primera instancia, solicitando que sea revocada y se dé aplicación al principio procesal de la *no reformatio in pejus* (Art. 31 CN) en lo que refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutoria de la providencia impugnada.

Como sustentación del recurso manifiesta que la sentencia impugnada no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Dice que en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002.

Así las cosas, como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

Dice que por lo anterior, queda claro que las primas diferentes a las prestaciones señaladas en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1045 de 1978, que se les ha llamado de manera equivocada primas, no son una prestación social sino elementos constitutivos de salario. Para el caso de los servidores públicos, por disposición legal en el evento de tener derecho a las enunciadas primas, éstas formarían parte de los factores salariales para liquidación de las prestaciones sociales que por ley le correspondan.

Teniendo en cuenta el estudio integral de cada una de las disposiciones normativas prestacionales, no se crea o extiende a los docentes oficiales, la prima de servicios creada por el Decreto Ley 1042 de 1978 a favor de los empleados públicos del orden nacional.

Alegatos de conclusión. En esta oportunidad procesal las partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada, le reliquide la pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio y/o en el año anterior de adquirir el estatus pensional.

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

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

“(...)

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

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

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

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

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

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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

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

(...)

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

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

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la

causal invocada." (Sic para todo lo transcrito) (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Según este criterio, no resulta procedente la reliquidación prestacional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante todo el tiempo en que prestó sus servicios, sino que sólo deben ser incluidos los factores salariales devengados señalados en la ley y sobre los cuales se hubiese efectuado los aportes, norma jurídica o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Ahora, cierto es que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 "se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración". Sin embargo, hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", para precisar lo siguiente:

I. *"Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 «...».*

II. *"Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15) «...».*

III. *"Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)".*

No obstante lo anterior, precisamente en razón a que se alegaba que dicha sentencia de unificación no constituía precedente frente al régimen pensional de los docentes, recientemente la Sección Segunda¹ en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, sentó jurisprudencia concretamente frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de

¹ Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, C.P. Dr. César Palomino Cortés, Exp. 680012333000201500569-01, No. Interno 0935-2017.

1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la plurimencionada sentencia del 28 de agosto de 2018, fijando la siguiente regla:

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

En virtud de lo anterior, es claro que al momento de resolver asuntos como el que hoy se discute, por su carácter vinculante y obligatorio se debe aplicar en su integridad el nuevo precedente del Consejo de Estado, en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar las pensiones para los docentes, en el entendido que para la liquidación pensional deberá tenerse en cuenta únicamente los factores salariales devengados por éstos en el último año de servicios y/o en el último año antes de adquirir el status, siempre que se encuentren enlistados en la ley y sobre los mismos se hubieren realizado los respectivos aportes.

En ese orden de ideas, en el presente caso, a la liquidación de la pensión de la demandante, no se le pueden incluir factores adicionales a los señalados por la ley, así hayan sido devengados por el servidor durante el tiempo en que prestó sus servicios.

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

Así las cosas, al analizar el acto administrativo² que reconoció la pensión de jubilación a la actora, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además de la asignación básica, la prima de vacaciones, este último factor no está incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman 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.

El control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues

² Ver folios 25 a 26.

de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

La actora pretende que además sean incluidos en la base de liquidación de su pensión de jubilación los siguientes factores: la prima de navidad, sueldo de vacaciones y horas extras, percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

Al respecto, está acreditado en el expediente que la demandante durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado devengó además de la asignación básica y la prima de vacaciones, los siguientes factores salariales: pago sueldo de vacaciones, prima de navidad y horas extras.

En cuanto al pago sueldo de vacaciones y la prima de navidad, hay que indicar que estos factores no podían ser incluidos por la entidad demandada en la base de liquidación prestacional de la actora, como quiera que los mismos no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, como factores que conforman la base de liquidación pensional.

Y referente a las horas extras, se debe decir que estas se encuentran enlistadas como factor que conforma la base de liquidación pensional en la Ley 62 de 1985, demostrándose procesalmente que fueron devengadas por la actora durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, pero no se acreditó que sobre las mismas se hubieran efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensión, como lo exige la sentencia de unificación arriba citada.

De este modo, será revocada la sentencia apelada, que accedió a las súplicas de la demanda, toda vez que de acuerdo con la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, no es posible ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de los docentes con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, sino solo sobre aquellos que se efectuaron los aportes al sistema y están previstos en la Ley 62 de 1985, conforme se explicó precedentemente.

No habrá condena en costas, por no haberse probado su causación.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el día 22 de agosto de 2018, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar, se declaran probadas las excepciones de "inexistencia de obligación" y "cobro de lo no debido", propuestas por la entidad demandada, y en consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

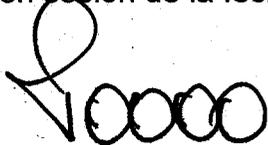
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

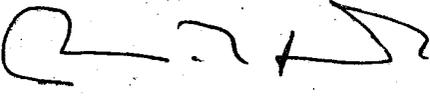
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No: 107.

DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada

-En comisión de servicios-


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado