



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

Demandantes: JOSÉ ELÍAS FERNÁNDEZ MENDOZA y Otros

Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Municipio de Valledupar

Radicación: 20-001-33-33-001-2016-00227-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

### I.- ASUNTO

Procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, el día 1 de noviembre de 2018, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### 2.1.- HECHOS.

Los demandantes indican que son docentes del servicio público de educación del Municipio de Valledupar, financiado con el Sistema General de Participaciones, y que por haber cumplido con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley, les reconocieron su pensión de jubilación.

Sostienen que dentro de la liquidación de las pensiones no les incluyeron los factores salariales devengados, conforme al año base de su liquidación, tales como prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, entre otras, violando sus derechos adquiridos y la normatividad que regula la materia.

Indican que ingresaron al servicio público de educación antes de la expedición de la Ley 812 de 2003.

#### 2.2.- PRETENSIONES.

Los demandantes solicitan que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 021 de 28 de noviembre de 2005, 382 de 10 de octubre de 2006, 248 de 28 de marzo de 2007 y 619 de 26 de diciembre de 2007, mediante las cuales la Secretaría de Educación Municipal- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les reconoce a ELIS MARÍA DÍAZ MUEGUS, DUBIS MERCEDES ÁLVAREZ NIETO, MARTHA LUCY CAMPEROS DE CORREA y JOSÉ ELIAS FERNÁNDEZ MENDOZA, respectivamente, la pensión de jubilación.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pretenden que se ordene a las entidades demandadas, incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación todos los factores salariales devengados por los demandantes en el año de estatus de pensión, con efectividad a partir del momento en que cumplieron los requisitos para la

pensión, tales como, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, entre otras.

Que se condene a las demandadas a reconocerles y pagarles a los demandantes, debidamente indexadas en su valor, las sumas que dejaron de percibir por concepto de sus prestaciones sociales- pensión jubilación-, las cuales fueron liquidadas sin tener en cuenta los factores salariales, a partir de la fecha en que les fueron otorgadas.

Que las sumas sobre los valores adeudados les sean cancelados conforme a los ajustes de valor de dichas sumas conforme al Índice de Precios al Consumidor y al por mayor, tal y como lo autoriza el artículo 187 del CPACA, más los intereses moratorios a que hubiere lugar, en los términos del artículo 176 ibídem.

Que se disponga el cumplimiento al fallo en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA, y el pago de las costas procesales.

### III.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de fecha 1 de noviembre de 2018, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y negó las pretensiones de la demanda.

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable a cada caso y en consideración a las pruebas allegadas al proceso, indicó que los demandantes están cobijados por las Leyes 35 y 62 de 1985, para efectos del reconocimiento de sus pensiones de jubilación, pues pese a que éstas se causaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, entendiéndose que la pensión de vejez se causa cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad, los actores ya se encontraban vinculados cuando entró en vigencia la Ley 812 de 2003. Razón por la que, para liquidar el monto de la pensión de los servidores públicos sujetos a la Ley 33 de 1985, se deben tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, o sea, aquellas sumas que recibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independiente de la denominación que se les dé.

Lo anterior, sin contar que 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.

Sin embargo, concluyó que si bien los demandantes ya habían adquirido sus status de pensionados, seguían prestando sus servicios y devengando el salario como docentes, respectivamente, por lo no hay lugar a reliquidar las pensiones de jubilación contenidas en los actos administrativos demandados, máxime cuando al ser retirados del servicio, la demandada profiere consecuentemente nuevos actos administrativos reliquidando las pensiones de jubilación, que para el caso de la demandante ELIS MARÍA DÍAZ MUEGUEZ, se hizo con la pensión de invalidez reconocida mediante la Resolución No. 0813 de 12 de diciembre de 2014, para la señora DUBIS MERCEDES ÁLVAREZ NIETO, a través de Resolución No. 0562 de 1 de junio de 2016, referente a la señora MARTHA LUCY CAMPEROS DE CORREA, a través de la Resolución No. 00546 de 30 de agosto de 2017,

donde las mesadas pensionales, se generaron con la inclusión de los factores salariales que pretenden conseguir con las demandas acumuladas, y en lo que atañe al señor JOSÉ ELIAS FERNÁNDEZ MENDOZA, pese a que no existe conocimiento de que su pensión haya sido reliquidada, se tiene por cierto que continuó prestando sus servicios como docente.

#### IV.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de los demandantes, interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el objeto de que sea revocada en su integridad, y en su lugar se accede a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar la reliquidación de las pensiones de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados y consolidados en el año inmediatamente anterior al de la adquisición del estatus de pensionado, de conformidad con la posición adoptada por el Honorable Consejo de Estado.

Resalta que para realizar la liquidación de las pensiones de los servidores públicos se encuentra constituida por todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé. Lo cual resulta reafirmado por los Decretos Anuales expedidos por el Gobierno Nacional, en los que el salario a cualquier otro título del docente es todo aquello que perciba durante el año.

Insiste en que los demandantes tienen derecho a que se les liquide la pensión con todos los factores salariales, en tanto a los docentes que se pensionaron con anterioridad al Decreto 3752 de 2003, se les liquidó de esta manera, decreto que de acuerdo al artículo 80 de la Ley 812, sólo tiene aplicación a los docentes que se posesionaron e ingresaron al servicio con posterioridad a la expedición de esta ley, lo que no es el caso de los demandantes, a quienes se les estaría efectuando una discriminación frente a los docentes a quienes se les incluyeron todos los factores salariales.

#### V.- ALEGATOS

Las partes no alegaron de conclusión.

#### VI.- CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes contra el fallo proferido el 1 de noviembre de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso los señores ELIS MARÍA DÍAZ MUEGUS, DUBIS MERCEDES ÁLVAREZ NIETO, MARTHA LUCY CAMPEROS DE CORREA y JOSÉ ELIAS FERNÁNDEZ MENDOZA, tienen derecho a que se les liquide su pensión de jubilación incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

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) (Negritas 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, se debe precisar que si bien es cierto 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”, si hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, para precisar lo siguiente:

- I. *“Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 «...».*
- II. *“Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15) «...».*
- III. *“Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)”*

No obstante lo anterior, precisamente en razón a que se alegaba que dicha sentencia de unificación no constituía precedente frente al régimen pensional de los docentes, recientemente la Sección Segunda<sup>1</sup> en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, sentó jurisprudencia concretamente frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la plurimencionada sentencia del 28 de agosto de 2018, fijando la siguiente regla:

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

<sup>1</sup> Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01. N.º Interno:0935-2017. Demandante: Abadía Reynel Toloza. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag -.

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

Los factores que sirven de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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

En ese orden de ideas, distinto a lo expuesto por el *a quo* en el presente caso, a la liquidación de la pensión de los demandantes, no se les puede incluir factores adicionales a los señalados por la ley, así hayan sido devengados por el servidor durante el tiempo en que prestó sus servicios.

Ahora, si en gracia de discusión, se encontrara acreditado que los demandantes realizaron aportes con cuotas partes sobre todos los factores devengados, tampoco sería posible ordenar la reliquidación de las pensiones de jubilación reconocidas a los mismos, toda vez, que tal como lo observó el juez de primera instancia, a las demandantes MARTHA LUCY CAMPEROS DE CORREA<sup>2</sup>, ELIS MARÍA DÍAZ MUEGUES<sup>3</sup>, y DUBIS MERCEDES ÁLVAREZ NIETO<sup>4</sup>, mediante actos administrativos posteriores a los de reconocimiento de pensión de jubilación aquí demandados, les fue reliquidada dicha prestación con la inclusión de los factores salariales que pretenden conseguir con las demandas acumuladas.

Así las cosas, al analizar los actos administrativos a través de los cuales se les reliquidó a los demandantes la pensión de jubilación, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además de la asignación básica y la prima de antigüedad, la prima de vacaciones, y la prima de navidad factores que no están incluidos 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, los actos administrativos conservaran su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a los demandantes, máxime cuando ni siquiera fueron 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 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.

<sup>2</sup> Resolución No. 00546 de 30 de agosto de 2017.

<sup>3</sup> Resolución No 0813 de 12 de diciembre de 2014.

<sup>4</sup> Resolución No. 0562 de 11 de junio de 2016.

De este modo, la Sala, se concluye que debe confirmarse la sentencia apelada, en tanto negó las pretensiones de la demanda, bajo la precisión de 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: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 1 de noviembre de 2018, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 085.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado