



Rama Judicial
Consejo Superior de la
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

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

Demandante: JAZBLEIDY DAZA OROZCO

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

Radicación: 20-001-33-33-002-2016-00294-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 9 de abril de 2018, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS.-

La apoderada de la demandante, manifiesta que la señora Jazbleidy Daza Orozco, se desempeñó como educador oficial de tiempo completo del municipio de Valledupar, por lo que se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostiene que solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, toda vez que asegura haber cumplido con los requisitos contenidos en la ley para acceder a la pensión de invalidez, pues de acuerdo al certificado médico de fecha 30/05/2001 expedido por la entidad Médico Asistencial, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral es del 86%.

Indica que mediante Resolución No. 0316 de 16 de agosto de 2016 le fue reconocida la pensión de invalidez, pero no le incluyeron como factor salarial las primas de antigüedad.

Aduce que de acuerdo al Certificado Médico expedido por la Fundación Médico Preventiva, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral es del 95.5% a partir del 22 de marzo de 2012, fecha de la nueva estructuración de invalidez, razón por la que el 26 de abril de 2012 petitionó la reliquidación de la pensión de invalidez, la cual se efectuó mediante Resolución No.0284 de 14 de junio de 2012, a través de la cual se reliquida la pensión por el incremento de la pérdida de la capacidad laboral, pero no se incluye la prima de antigüedad.

Que por lo anterior el 26 de marzo de 2015, bajo el radicado No. 2015-PENS-004742, solicitó la reliquidación de su pensión de invalidez a fin de que se le

incluyera la prima de antigüedad, pero dicha solicitud fue negada mediante el oficio No. OFPSM- 0284 de 19 de mayo de 2015.

2.2.- PRETENSIONES

La parte demandante solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0316 del 16 de agosto de 2011, por medio de la cual se le reconoció su derecho pensional de invalidez sin incluirle como factor salarial la prima de antigüedad.

Así mismo que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0284 de 14 de junio de 2012, por medio de la cual se reliquida la pensión sin incluir la prima de antigüedad como factor salarial, y la nulidad del oficio No. OFPSM-0284 de 19 de mayo de 2015, mediante el cual se niega la reliquidación de la pensión de invalidez.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de invalidez, consistente en incluir como factor salarial la prima de antigüedad retroactivamente desde el cumplimiento del estatus pensional, y desde la fecha en que se reliquidó la pensión de invalidez del 100% del promedio salarial del último año.

Que se reconozca y pague los reajustes sobre el monto inicial de la mesada, más los intereses moratorios desde la fecha en que debió hacerse efectivo el pago del derecho pensional.

Que se paguen todas las sumas resultantes de las condenas dinerarias indexadas y que se cumpla la sentencia en los términos del CPACA.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

III.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar en audiencia inicial de fecha 9 de abril de 2018, accedió a las pretensiones de la demanda, y declaró la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 0316 de 16 de agosto de 2011, y 0284 de 14 de junio de 2012 a través de la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, por las cuales se reconoce pensión de invalidez a la señora Jasbleidy Daza Orozco, tomando como base el 100% de todos los factores salariales devengados en el año anterior que adquirió el estatus pensional, los cuales se encuentran certificados por el Municipio de Valledupar, esto es: sueldo básico, prima de clima, prima de grado, prima de escalafón y la doceava parte de las primas de navidad y vacacional, sin perjuicio de que la entidad pueda descontarle los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Así mismo ordenó a la entidad demandada pagar a favor de la demandante, las diferencias de las mesadas pensionales existentes entre los valores que le fueron reconocidos y los que le deben reconocer con efectos fiscales desde el 22 de marzo de 2012.

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso y en consideración a las pruebas allegadas al proceso, consideró el *a quo*,

que la demandante tiene derecho a la reliquidación de su beneficio pensional, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior al status jurídico, de conformidad con la tesis de vieja data del órgano de cierre de esta jurisdicción, establecida en la sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, según la cual los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, dispuesto en la Ley 33 de 1985 no están enumerados de forma taxativa sino meramente enunciativa.

IV.-RECURSO DE APELACIÓN

La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el objeto de que sea revocada por cuanto asegura que esta no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reajuste la pensión de invalidez a la demandante, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Indica, que no es viable conforme a la ley la reliquidación de la pensión a la demandante, pues el personal docente tiene un régimen salarial y prestacional especial distinto al previsto para el resto de los empleados del sector público.

Refiere 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. Y que 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.

Dice que los docentes se encuentran exceptuados de la aplicación de los conceptos y derechos contenidos en el Decreto 1042 de 1978.

V.-ALEGATOS

Las partes no alegaron de conclusión.

VI.- CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 47 Judicial para Asuntos Administrativos de Valledupar, manifestó que en el presente asunto se evidencia que la demandante se vinculó al servicio de la docencia oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual el régimen aplicable a ella para la estimación del monto de su pensión de invalidez, es el establecido en la Ley 65 de 1946, Decreto 1848 de 1969, la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1743 de 1966.

Por lo anterior, considera que al establecerse el ingreso base de liquidación de la pensión de invalidez de la demandante teniendo en cuenta solo la asignación básica que esta percibía en su condición de docente oficial, la prima de vacaciones y la prima de navidad, excluyendo del referido cálculo, sin justificación alguna, factores como la prima de clima, prima de grado y la prima de escalafón, pagados y debidamente certificados por la Secretaria de Educación del Municipio de Valledupar, se desconoció el régimen pensional aplicable a la actora, respecto de la definición del monto de su prestación

pensional por invalidez, toda vez que, tal como lo preceptúan las normas en cita, dicho monto está determinado por el promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios dependiendo, claro está, del porcentaje de disminución de la capacidad laboral del titular del derecho prestacional, que para el caso concreto fue del 86%.

En consecuencia, considera que se debe confirmar la sentencia apelada.

VII.- CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra el fallo proferido el 9 de abril de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso la señora JASBLEIDY DAZA OROZCO no tiene derecho a que se le reliquide su pensión de Invalidez incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, entre ellos la prima de antigüedad.

1. Del régimen pensional aplicable a la demandante.

La ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y agrupó en un mismo cuerpo normativo el régimen prestacional y de seguridad social de los docentes oficiales, quienes a partir del 1° de enero de 1990, debían vincularse obligatoriamente a dicho Fondo, entidad encargada de pagar la totalidad de sus prestaciones.

En lo relacionado con el sistema de riesgos profesionales docente, la ley en cita no estableció regulación normativa, razón por la cual las prestaciones médicas-asistenciales y económicas derivadas de los riesgos profesionales a los cuales se ven expuestos los educadores, se otorgan dentro de los regímenes de salud y pensiones que los cobija, y se financian con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Ley 100 de 1993 "Por la cual crea el Sistema de Seguridad Social Integral", exceptuó a los docentes de la aplicación del sistema de seguridad social allí contenido; reza el artículo 279:

"Artículo 279. Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, 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. 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... Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995.

Con posterioridad, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, es decir, se siguió remitiendo para tales efectos, a la normatividad prevista en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y las Leyes 33 y 62 de 1985.

No obstante, la Ley 812 de 2003 a través de la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 reguló algunos aspectos relacionados con el régimen prestacional de los docentes oficiales, en sus niveles nacional, territorial y nacionalizado. En efecto, la referida norma distinguió entre el personal docente vinculado con anterioridad y posterioridad a su entrada en vigencia, 27 de junio de 2003, para efectos de determinar el régimen prestacional aplicable a cada grupo de docentes.

En relación con los primeros, esto es, los docentes que venían vinculados antes del 27 de junio de 2003 señaló la referida disposición que le serían aplicables las normas vigentes con anterioridad a la citada fecha y, en lo que se refiere al segundo grupo, a saber, los que se vinculan al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, dispuso la norma en cita que se regirían por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, en lo que interesa al caso concreto resulta de suma trascendencia precisar que cuando el inciso primero del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 se refiere al régimen prestacional anterior, es necesario verificar el contenido de los artículos 115 de la Ley 115 de 1994 y 6 de la Ley 60 de 1993, normas vigentes en materia del servicio docente.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 que, en lo que corresponde al caso, señaló:

“Art. 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

En este mismo sentido, la Ley 60 de 1993 ya había establecido en su artículo 6 lo siguiente:

“(...) 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 (...)”

Teniendo en cuenta las normas transcritas, advierte la Sala que ninguna de ellas establece, en estricto sentido, los elementos constitutivos del régimen

pensional aplicable a los docentes. Empero, debe decirse, que ellas sí remiten a las disposiciones de la Ley 91 de 1989 la cual, a su turno, como lo ha entendido la jurisprudencia¹, establecían como régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados el previsto para los empleados públicos del orden nacional, a saber, en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Así se señaló, en la sentencia en cita:

“(...) Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 dispone:

“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. (...)

2. Pensiones:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”.

De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.

Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional (...).”.

Ahora bien, al revisarse el contenido del Decreto Ley 3135 de 1968 se advierte que en su artículo 23 se establece el reconocimiento y pago de una

¹ Ver Sentencia de 12 de febrero de 2009. Rad. 1959-2008. M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

prestación pensional por invalidez, a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

La norma señala:

“(...) PENSIÓN DE INVALIDEZ. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista.

- a) El 50% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea el 75%;*
- b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance el 95%;*
- c) El 100% cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.*

Parágrafo. La pensión de invalidez excluye la indemnización (...).”

De igual manera, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968, en sus artículos 60, 61 y 63 dispuso en relación con el reconocimiento de una prestación pensional por invalidez, lo siguiente:

“Art. 60. DERECHO A LA PENSIÓN. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo.

Art. 61. DEFINICIÓN.

1.- Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido al empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al 75% su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesión a que se ha dedicado ordinariamente.

2.- En Consecuencia no se considera inválido al empleado que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al 75%.” (...)

“Art. 63. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el último salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar del noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual (...).”

El Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4 de 1966, en su artículo 5 precisó que el promedio al que se refería el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 era el promedio mensual de los salarios devengados durante el último año de servicios, previo a la adquisición del estatus pensional.

De acuerdo con el recuento normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, esto es, para los docentes que venían vinculados antes de la entrada en vigencia de la citada norma, dicha norma se refiere finalmente a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentarían una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%.

Y, en cuanto al monto de la referida prestación, estima la Sala, que el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 63 dispuso que el monto de la pensión de invalidez se liquidaría teniendo en cuenta el último salario devengado por el empleado beneficiario de la citada prestación.

2. El caso concreto.

A través del presente medio de control la señora JASBLEIDY DAZA OROZCO solicita la nulidad parcial del acto administrativo de la Resolución 0316 de 16 de agosto de 2011, mediante la cual la Secretaría de Educación del Municipio de Valledupar le reconoció su pensión de invalidez, así como de la Resolución No. 0284 de 14 de junio de 2012, a través de la cual se reliquidó la pensión de invalidez por incremento de la pérdida de capacidad laboral, y del oficio No. OFPSM-0284 de 19 de mayo de 2015, por medio del cual se niega la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales.

Precisó la demandante que, la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, en el acto administrativo mediante el cual le reconoció y reliquidó la pensión de invalidez, solo incluyó la asignación básica, la prima de vacaciones, y la prima de navidad omitiendo tener en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengó en el último año de servicios, tales como, la prima de antigüedad, la prima de clima, la prima de grado y la prima de escalafón.

Revisado el material probatorio allegado al expediente, advierte la Sala que, en efecto, mediante Resolución No. 0316 de 16 de agosto de 2011 el Secretario de Educación Municipal de Valledupar en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con fundamento en la Ley 71 de 1988 y 91 de 1989, dispuso el reconocimiento y pago de una

prestación pensional por invalidez, a favor del demandante, por valor de \$2.045.729, equivalente al 75% del último salario devengado, teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de 86%, Prestación que a través de la Resolución No. 0284 de 14 de junio de 2012, fue aumentada a la suma de \$2.829.379 equivalente al 100% del promedio salarial del último año, teniendo en cuenta el incremento de la pérdida de capacidad laboral de 95.5% (fls. 11 a 14).

Sin embargo, como ya quedó dicho, la demandante considera que, el monto de la prestación pensional reconocida no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que había devengado en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio por invalidez y, para demostrar lo anterior, allegó al expediente copia del formato único para la expedición de certificados de salario devengado entre los años 2010 y 2011, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se hace constar que la señora JASBLEIDY DAZA OROZCO devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de antigüedad, prima de clima, prima de grado, prima de escalafón, prima de vacaciones, y prima de navidad (fl. 7).

Así las cosas estima al Sala que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respetó el régimen pensional aplicable a la demandante, respecto de la definición del monto de su prestación pensional por invalidez. Lo anterior, toda vez que, dado que la vinculación de la actora se efectuó (11 mayo de 1990)² con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 como quedó visto a la actora le es aplicable el régimen pensional previsto en el Decreto 1848 de 1964, la Ley 4 de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 que preceptuaron, respectivamente, que el monto de una prestación pensional, como la que hoy ocupa la atención de la Sala, está determinado por el promedio mensual de los salarios devengados por el empleado dentro del último año en que prestó sus servicios dependiendo, claro está, del porcentaje de disminución de la capacidad laboral de titular del derecho prestacional, que para el caso concreto superaba el 95%.

Bajo estos supuestos, resulta evidente que la parte demandada, al expedir el acto de reconocimiento pensional, debía fijar el valor de la pensión por invalidez en el equivalente al último salario devengado por la docente, tal y como lo hizo en el acto de reconocimiento pensional.

Ahora, frente a lo que pretende la parte actora, esto es la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, se debe precisar que tal como lo sostuvo el *a quo* está 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.

² Ver folio 8-9.

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, es cierto 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 Segunda³ 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 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.

³ 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 -.

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, 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 invalidez 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 corresponder 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 administrativo⁴ que reconoció la pensión de invalidez 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 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, 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 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.

De este modo, la Sala concluye que según el criterio fijado recientemente por el 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

⁴ Ver folios 11-14.

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.

Ahora, tenemos que la parte demandante pide que se incluya como factor salarial para determinar el monto de la pensión de invalidez, la prima de antigüedad, la cual sí se encuentra enlistada dentro de los factores establecidos en la Ley 62 de 1985, para tal fin. No obstante, debe precisarse que en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, que cuando la prima de antigüedad tiene como fuente un acto de una entidad colegiada del orden territorial, ésta no puede ser tenida en cuenta como factor salarial, como quiera que la autoridad territorial se arrogó competencias que están destinadas para el Congreso de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política.⁵

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

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

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

“Al respecto esta Sala ha reiterado que la Constitución Nacional de 1886 no le otorgaba la competencia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, pues los artículos 76, numeral 9, y 120, numeral 21, consagraron la facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente de la República, de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos, incluido el de los del nivel territorial...”⁶ –Sic para lo transcrito-

5.- CASO CONCRETO.-

Descendiendo al caso concreto, y tomando en consideración la normatividad Constitucional y la Jurisprudencia que se acaba de

⁵ Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 8 de septiembre de 2016, radicado: 080012333000201400018 01, radicado interno 4840-2015, M.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 29 de octubre de 2009. Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), Magistrado Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

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

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

Aunado a lo anterior, en un caso similar al que aquí se discute, este Tribunal encontró acreditado que la prima de antigüedad que devengaban en su momento los docentes pertenecientes al ente municipal, fue creada por el Concejo Municipal, por lo que ello corrobora que al ser una creación ilegal, dicho emolumento no puede ser tenido en cuenta para efectos de ser reconocido como factor salarial, así se señaló en esa oportunidad:

“En el presente asunto, mediante oficio de fecha 11 de noviembre de 2016, visto a folio 219, el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, certificó que la prima de antigüedad cancelada al señor PEDRO JUAN TORRES FLÓREZ, se le otorgó a partir del año 2012, pues fue creada en virtud del Acuerdo Municipal No. 13 del 14 de abril de 1983, proferido por el Concejo Municipal de Valledupar, por lo que claramente, dicha autoridad no estaba facultada para fijar el régimen salarial ni prestacional a los empleados municipales, circunstancia que conlleva a que la misma no sea tenida en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional del demandante.”⁷

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

Del mismo modo, Consejo de Estado, ha sido reiterativo en el tema manifestando que si el factor devengado en el último año de servicio, fue creado por fuera del marco de competencias, éste no puede ser incluido en la base de liquidación pensional:

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

⁷ Sentencia de fecha 1° de junio de 2018, actor: Pedro Juan Torres contra la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. Dr. José Antonio Aponte Olivella.

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

“Ahora bien, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República le corresponde fijar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos, por lo que es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a esto tópico. En ese sentido, los demás factores salariales que percibió el demandante, tales como, las primas de vida cara y aguinaldo, los cuales fueron creados por el Acuerdo Nos. 29 de 1.978 y el Decreto Municipal No. 120 de 1983, razón por la cual es posible tenerlos en cuenta dentro de la liquidación pensional, por cuanto fueron concebidos con total desconocimiento de las normas superiores, situación que hace imposible su reconocimiento, pues no le es dable al Juez prohijar derechos cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal”⁸

Resumiendo, en el presente asunto, diferente a lo ordenado por el *a quo* a la señora JASBLEIDY DAZA OROZCO, no le asiste el derecho de que su mesada pensional sea reliquidada, pues en primer lugar, no todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios se encuentran enlistados en la ley, y, en segundo lugar, por cuanto el factor salarial que sí está contemplado legalmente, esto es la prima de antigüedad, no debe ser incluida en la base de su liquidación, aunque esté acreditado que la devengó en su último año de servicios, pues es un factor de creación extralegal, de conformidad con las motivaciones expresadas en precedencia.

Lo anterior quiere decir, que al estar encaminadas las súplicas de la demanda a que se ordenara la reliquidación de la mesada pensional, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios que no le habían sido reconocidos, y, al comprobarse que éstos no pueden ser incluidos en la base pensional, por no estar enlistados en la ley, ni ser un factor de creación legal, es evidente que las pretensiones de la demanda debían ser negadas, por cuanto no le asiste el derecho pretendido.

En ese orden de ideas, la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar debe ser revocada en su totalidad.

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia de fecha 13 de febrero de 2014, radicado: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: *REVOCAR* la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Valledupar de fecha nueve (9) de abril de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, *NIÉGUENSE* las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 068.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado