



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: NEREIDA APONTE GUEVARA
DEMANDADA: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN 20-001-33-31-005-2016-00597-01
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 9 de noviembre de 2018 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretensiones. La parte demandante solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución 0785 del 28 de noviembre de 2014, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar.

Se declare nulo el aparte o expresión: ... "\$1.467.683"... del artículo segundo de la misma Resolución No. 0785 de 28 de noviembre de 2014, de la misma manera que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0764 del 26 de julio de 2016, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar.

También solicita que se declare nulo el aparte o expresión:... "\$2.226.644"... del artículo primero de la Resolución No. 0764 del 26 de julio de 2016, y el oficio OFPSM – 0688 de fecha 20 de septiembre de 2015, suscrito por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar.

Ordenar a la demandada a que corrija la cuantía de la pensión de jubilación de la Resolución No. 0764 de 26 de julio de 2016, con motivo de retiro del servicio, por tanto se deben incluir los factores salariales correspondientes a: prima de navidad, de vacaciones, de servicios, de antigüedad, y demás factores salariales devengados en el último año laborado previo a cuando fue retirado del servicio.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, o título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fiduprevisora S.A. - Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, a que reliquide la pensión y por tanto pague o favor de la demandante a partir del 27 de noviembre de 2015, un valor reajustado de la mesada pensional de \$3.435.081 mensuales, en vez de \$2.226.644, debido al retiro del servicio.

Se ordene a la parte demandada que reconozca y pague a la accionante, la diferencia de valor que resulte de la reliquidación solicitada en esta demanda

hasta cuando se produzca la sentencia, y de allí en adelante en forma vitalicia, por tratarse de una obligación de tracto sucesivo.

Que a partir de la fecha en que se causó la pensión, esta sea reajustada de oficio, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, condenar al Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FIDUPREVISORA S. A.) –Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, al pago de intereses moratorios y cumplir la sentencia dentro del plazo a que se refiere el artículo 192 del CPACA, así mismo sea condenada a que sobre las sumas de resulten a favor de la actora, le reconozca y pague los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor (IPC), tal como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.

Ordenar la deducción del valor de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión de ha solicitado, en caso de que no se hubiere hecho la correspondiente cotización.

Finalmente, pide condenar al Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FIDUPREVISORA S.A.) – Secretaría de Educación Municipal de Valledupar al pago de costas y agencias en derecho.

Hechos. La apoderada manifiesta que NEREIDA APONTE GUEVARA una vez cumplidos los requisitos de edad y tiempo, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación. Esta le fue reconocida mediante la Resolución 0056 del 18 de febrero de 2008, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar. En la liquidación de la mesada pensional fueron omitidas la prima de navidad y la prima de vacaciones, como factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior a cuando causó el derecho a la pensión.

A la demandante mediante Resolución No. 0785 de 28 de noviembre de 2014, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, en cumplimiento del fallo judicial le fue reajustada la pensión de jubilación.

Con motivo del retiro del servicio a la demandante le fue reliquidada la pensión mediante la Resolución No. 0764 del 26 de julio de 2016, en esta ocasión nuevamente fueron omitidas las prima de navidad, prima de servicios y tampoco se incluyó la prima de antigüedad.

Mediante escrito presentado el 5 de septiembre de 2016, la actora solicitó la reliquidación de su pensión con el fin de que se corrigiera el valor de la mesada en el sentido de que se tuviera en cuenta y por tanto se incluyera, para este efecto, los factores salariales correspondientes a la prima de navidad, de servicios, de vacaciones, prima de antigüedad y demás factores salariales devengados en el año previo al causar el derecho y/o al retiro del servicio, o sea, el último año laborado y se ordenara el pago del incremento debido a la diferencia a su favor por esos conceptos.

Normas violadas y concepto de la violación. Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 13, 48 y 53 de C.P., incisos 2º y 3º del artículo 36 e inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993; Leyes 33 y 62 de 1985; Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, artículo 15 de la Ley 91 de 1989, literales f y k del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 81 de la Ley 812 de 2003. Las anteriores normas han sido violadas por el acto demandado.

La demandada excluyó las primas de alimentación, de navidad, de vacaciones, de antigüedad, de servicios y otros factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación del suplicante.

Los actos administrativos acusados han excluido los factores salariales reclamados por consiguiente se encuentran inmersos en deviación de poder, porque mutilan un derecho prestacional sin un test de racionalidad que lo justifique. También incurren en falsa motivación porque se apartan de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del régimen jurídico aplicable al asunto sub lite.

Providencia recurrida. El Juzgado de primera instancia mediante sentencia de fecha 9 de noviembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

Indica que se encuentra acreditado en el proceso que la señora NEREIDA APONTE GUEVARA, prestó sus servicios como docente durante el periodo comprendido entre el 10 de mayo de 1994 al 27 de noviembre de 2015, para un total de 21 años, 6 meses, y 17 días.

En este caso la discusión radica en establecer si a la demandante le asiste el derecho o no de que su pensión sea reliquidada con la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios tales como: sueldo de vacaciones, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, o si por el contrario, la liquidación efectuada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra ajustada a derecho.

Con relación a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, se debe precisar que si bien es cierto, se venía aplicando la tesis expuesta por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 4 de agosto de 2010, con ponencia de Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, *en la cual se estableció que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos son simplemente enunciativos y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, aun cuando sobre los mismos no se haya efectuado los aportes de ley*, lo cierto es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de dicha corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, dentro del proceso radicado 2012-00143-01, CAMBIÓ el anterior criterio, indicando que esa tesis se adoptó 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, señaló que dicho criterio interpretativo traspasó 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.

Aclara que aunque en dicha sentencia de unificación el Consejo de Estado fue claro en señalar que la regla acogida en esa oportunidad y que hace referencia a que el ingreso base de liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo, y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985, así

como la subregla que hace referencia al periodo que se debe tomar para liquidar la pensión de los servidores públicos de transición que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, NO cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del sistema integral de seguridad social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989, lo cierto es que al momento de pronunciarse respecto de la segunda subregla fijada en esta sentencia de unificación y que se refiere a los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de transición se aplica de forma general sin perjuicio del régimen legal al que pertenezcan, teniendo en cuenta que únicamente proceden los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones del sistema de pensiones.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que mediante Resolución No. 0764 del 26 de julio de 2016, le fue ajustada la pensión de jubilación a la demandante, liquidada con base en el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios e incluyó como factores salariales solo el sueldo básico y la prima de vacaciones, es claro que bajo los parámetros fijados por la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, a la demandante no le asiste el derecho a que la Secretaría de Educación Municipal reliquide su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, toda vez que si bien se acreditó que en el último año ésta devengó otros factores salariales que no fueron tenidos en cuenta, tales como sueldo de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios, dichos factores no podían ser incluidos en la base de su liquidación prestacional, como quiera que no se encuentran enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, que fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Cosa distinta ocurre con la prima de antigüedad empleados municipales, que si bien fue devengada en el último año de servicios por la actora y enlistada en la Ley 62 de 1985, para el despacho no debe tenerse en cuenta para liquidar o reliquidar la pensión, toda vez que no constituye un factor de creación legal.

Por lo anterior, considera que no hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora.

Recurso de apelación. La apoderada de la demandante, solicita sea revocado el ordinal primero de la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda, y se concedan las pretensiones de la demanda, bajo el precepto que para restablecer el derecho particular, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. Reitera los hechos, pretensiones y el concepto de violación de la demanda.

Asevera que la sentencia del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, Rad. 52001-23-33-000-2012-00143-01, es inaplicable y extraña al caso sub lite.

Concluye que el IBL para el régimen de los docentes se sigue obteniendo en la forma como el Consejo de Estado lo ha indicado en la sentencia unificada del 4 de agosto de 2010, Radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09). En esta providencia se resolvió que la prima de navidad, prima de servicios, de antigüedad

y la prima de vacaciones, entre otros, son factores salariales para la pensión de jubilación de los docentes regidos por las Leyes 33 y 62 de 1985.

Afirma que en la sentencia T-416/16 la Corte Constitucional sostiene que los procesos se deben fallar con base en el precedente jurisprudencial que ha decidido casos en el pasado con los mismos supuestos de hechos y pretensiones semejantes.

Finalmente acota que ante dos interpretaciones distintas sobre una norma se ha de aplicar la que resulte más favorable al trabajador.

Alegatos de conclusión. En esta oportunidad procesal, la parte demandante indica que la prima de antigüedad es factor salarial tanto en el régimen de transición del magisterio como en el régimen de la Ley 100 de 1993.

Es decir, bien sea que para la liquidación de la pensión de los docentes se aplique taxativamente el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, o se aplique el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, de todas maneras en cualquiera de los dos regímenes pensionales aludidos que se escoja para liquidar el valor de la pensión, necesariamente se debe incluir o tener en cuenta la prima de antigüedad como factor salarial para pensión.

Solicita se concedan las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, incluyendo todos los factores salariales a que tiene derecho.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 9 de noviembre de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso la señora NEREIDA APONTE GUEVARA, tiene derecho a que se le reliquide 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) (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 tal como lo expone la apelante, 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 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.

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.

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 reliquidó 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 al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

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.

La actora pretende que además sean incluidos en la base de liquidación de su pensión de jubilación los siguientes factores: prima de navidad, prima de servicios, prima de antigüedad, y demás factores salariales devengados en el último año de servicio.

Al respecto, está acreditado en el expediente que la demandante en el último año de servicios devengó además de la asignación básica y prima de vacaciones, los siguientes factores salariales: sueldo de vacaciones, prima de antigüedad empleados municipales, prima de navidad, prima de servicios.

Sobre dichos factores hay que decir que el sueldo de vacaciones, la prima de navidad y la prima de servicios, 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.

Ahora, en cuanto a la prima de antigüedad empleados municipales, es de anotar que esta sí se encuentra enlistada dentro de los factores establecidos en la Ley 62

² Ver folios 34-35

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.³

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 Concejos 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...”⁴ –Sic para lo transcrito-

5.- CASO CONCRETO.-

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

En virtud de lo anterior, las excepciones propuestas por el Apoderado del Sindicato de Trabajadores Públicos de la Alcaldía de Valledupar SINSERPUAL no tienen vocación de prosperidad, y en consecuencia, esta

³ 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.

⁴ 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), Magistrada Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

*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, éste 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.”⁵

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 del 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.”

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:

⁵ Sentencia de fecha 1º 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.

“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 prohiar derechos cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal”⁶

Resumiendo, en el presente asunto, a la demandante no le asiste el derecho de que su mesada pensional sea reliquidada, con la inclusión de la prima de antigüedad, toda vez que si bien es cierto esta se encuentra enlistada en la ley y esté acreditado que la devengó en su último año de servicios, no debe ser incluida en la base de su liquidación, porque dicha prima es un factor de creación extralegal, tal como se expresó en precedencia.

De este modo, será confirmada la sentencia apelada, que negó 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: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 4 de diciembre de 2018, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, 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.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 105.

DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada
-En comisión de servicios-



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado



CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado