



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
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

Demandante: ISABEL CECILIA MAYA DE CATAÑO

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

Radicación: 20-001-23-33-003-2017-00044-00

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a dictar sentencia en el presente proceso promovido, por la señora ISABEL CECILIA MAYA DE CATAÑO, a través de apoderado judicial, contra la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS.

De acuerdo a la reforma de la demanda los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

A través de Resolución 669 de 16 de julio de 2016, se reconoce y ordena el pago de una pensión por aportes con cuartas partes a favor de la señora ISABEL CECILIA MAYA DE CATAÑO, decisión frente a la cual fue interpuesto el recurso de apelación.

En el reconocimiento pensional no fueron tenidos en cuenta los siguientes factores salariales: asignación básica mensual, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de navidad, pago sueldo de vacaciones y promedio de horas extras.

Que el 5 de septiembre de 2016 presentó reclamo en sede administrativa, petición que fue negada a través de la Resolución 2016RE2420 de 26 de septiembre de 2016.

2.2.- PRETENSIONES.

La demandante solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Respuesta 2016RE2420 de 26 de septiembre de 2015, a través del cual se niega reliquidar la pensión reconocida a través de la Resolución No. 0669 de 6 de julio de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la primera mesada pensional, reconocida a través de la Resolución

No. 0669 de 6 de julio de 2016, a efectos de incluir dentro de la liquidación de la misma los siguientes factores salariales: asignación básica mensual, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de navidad, pago sueldo de vacaciones y promedio de horas extras.

Así mismo, que se condene a la entidad demandada a liquidar la mesada pensional a cancelar con base en la asignación básica correspondiente al Grado 14 del escalafón nacional docente, y al reconocimiento y pago de las mesadas retroactivas causadas desde el mes de junio de 2015, hasta que se realice y se verifique el pago.

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

2.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La actora estima vulnerados el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989, el artículo 150 de la Ley 100 de 1993, el artículo 2 del Decreto 3752 de 2003, el artículo 63 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 . Toda vez que no se aplicó el último salario devengado por la docente con la inclusión de todos los factores salariales, al liquidar la primera mesada pensional.

III.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se opone a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones señaladas en el libelo de la demanda, por cuanto asegura que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad, y la parte demandante no acredita sumariamente que haya sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Propuso las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y compensación, argumentando que el monto o cuantía de la mesada pensional reconocida y ahora impugnada en sede judicial, ha sido liquidada con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensional de la docente demandante, por lo que no corresponde ordenar el reconocimiento y pago de la reliquidación pretendida, y no existen obligación a cargo de la entidad demandada.

IV.- ALEGATOS

En esta oportunidad procesal, la parte demandante, solicita que se acceda a las suplicas de la demanda, declarando no probadas las excepciones propuestas, recordando que el presente caso no encuadra dentro de los precedentes jurisprudenciales relativos al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la demandante no se encuentra sometida a ningún régimen de transición.

Aduce que la correcta aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, encuadrable en el presente caso, implica tener claro que el responsable de las cotizaciones en forma total y completa y oportunas, es el FOMAG. En tanto el docente es sujeto pasivo de los pagos, las deducciones y descuentos que dicho Fondo realiza, por tal motivo, no es justo y resulta desproporcionado endilgarle

responsabilidades a cualquier docente, en lo concerniente al pago completo o incompleto de las cotizaciones a pensiones.

Insiste en que el FOMAG es quien estipula los conceptos de salarios o cancelar a los docentes, por tanto, siendo el FOMAG quien funge como pagador, debe entenderse que al expedir el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, es el mencionado Fondo y no el docente, el responsable ante la ley de efectuar aporte de cotizaciones y de efectuar las deducciones autorizadas por la ley en cada caso.

VI.- CONSIDERACIONES

Como se estableció en la fijación del litigio el presente caso consiste en determinar si es nulo o no el acto administrativo acusado, y si a título de restablecimiento del derecho hay lugar o no a condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la primera mesada pensional reconocida a la actora, con la inclusión de los factores salariales: asignación básica mensual, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de navidad, sueldo de vacaciones, promedio horas extras, con base en la asignación básica correspondiente al Grado 14 del Escalafón Nacional Docente, y a pagar las mesadas retroactivas causadas desde el mes de junio de 2015, hasta que se realice el pago.

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, 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 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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.

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 del 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 por aportes con cuotas partes 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

¹ 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 -.

demostrar los hechos que alega, además por cuanto los factores solicitados no se encuentran señalados en la ley.

Así las cosas, al analizar el acto administrativo² que reconoció la pensión por aportes con cuotas partes a la actora, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además del sueldo básico promedio, la prima de vacaciones, factor que no está incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforma 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 enfatiza el criterio fijado recientemente por el Consejo de Estado, según el cual 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.

Bajo estas consideraciones, es evidente que el acto demandado se encuentra ajustado a derecho, no pudiéndose acceder a las pretensiones invocadas en la demanda.

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: DENEGAR las súplicas de la demanda, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

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

² Ver folio144-145.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado