



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS
DEMANDADA: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN 20-001-33-33-005-2017-00320-01
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial del 20 de febrero de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito 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 del acto administrativo OFPSM-0001 de fecha 3 de enero de 2017, emitido por el Secretario de Educación de Valledupar, por medio del cual se da contestación al derecho de petición presentado y donde se determina negar el reajuste de la reliquidación de la pensión de jubilación del accionante por NUEVOS FACTORES SALARIALES, reconocida a su favor mediante la Resolución No. 0558 del 1 de junio de 2016.

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 00092 del 24 de febrero de 2017, por medio de la cual se resuelve negativamente un recurso de reposición interpuesto por la demandante, contra el oficio OFPSM-0001 del 3 de enero de 2017.

Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0558 del 1 de junio de 2016, por medio de la cual se reconoció el derecho prestacional de una reliquidación de una pensión vitalicia de jubilación y que no se reconocieron los factores salariales conforme a la ley.

También solicita, se declare que la señora MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS, tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE VALLEDUPAR, le reconozca y pague el reajuste de la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación, incluyendo todos y cada uno de los factores salariales devengados por ella durante el último año anterior a la causación del derecho, como lo son: PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, SOBRESUELDOS, ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE, LA PRIMA DE ALIMENTACION, PRIMA VACACIONAL DEPARTAMENTAL, PRIMA DE SERVICIO, PRIMA DE ANTIGÜEDAD y demás factores salariales que no fueron tenidos en cuenta y se dejaron de cancelar al momento de reconocer la

reliquidación de la pensión contenida en la Resolución No. 0558 del 1 de junio de 2016.

Igualmente solicita que se condene a la entidad demandada, a que sobre las cuantías antes indicadas, como factores salariales, se practiquen los reajustes automáticos de ley a que haya lugar y a partir de la fecha de adquisición del derecho.

De igual manera, condenar a la demandada a que pague a favor de la demandante, las nuevas sumas y las diferencias de las mesadas pensionales, que resulten entre la fecha del reconocimiento y hasta cuando se realice el pago, debidamente indexadas.

Se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189, 192 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.).

De igual manera, se le condene a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el art 192 del C.C.A, pague a favor de la demandante los intereses moratorios, conforme lo ordena el artículo en mención y conforme a la sentencia C-188 del 29 de marzo de 1999, de la Corte Constitucional. Así mismo, se condene en costas a la entidad demandada, conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Hechos. El apoderado manifiesta que la señora MERY LUDITH ORTIZ LAGOS, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL VALLEDUPAR, a través de la Resolución No. 0558 del 1 de junio de 2016, le reconoció la Reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación.

El referido acto administrativo determinó que la demandante demostró los requisitos de edad y tiempo de servicio, razón suficiente para reconocer en su favor la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación, a partir del momento de la causación del derecho.

EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL VALLEDUPAR dentro de la motivación de la Resolución No. 0558 del 1 de junio de 2016, estableció que los factores salariales que sirvieron de base para la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación de la señora MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS, eran el sueldo básico, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de vacaciones.

Al no tenerse en cuenta dentro de la Resolución de reconocimiento de la Reliquidación de la pensión de jubilación el factor de PRIMA DE SERVICIOS, devengado durante el año anterior a su reconocimiento, la actora en ejercicio del derecho fundamental de petición y a través de apoderado judicial, solicitó AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE VALLEDUPAR, el REAJUSTE de la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación.

Dicha petición de reliquidación se realiza a través de Oficio sin número y radicado en las oficinas de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE VALLEDUPAR, el día 16 de diciembre de 2016, solicitando en la misma, se incluyera el factor salarial de PRIMA DE SERVICIOS que debió tenerse en cuenta para promediar el salario base de la liquidación, a partir del momento de la causación del derecho, hasta el día en que se reconozcan y paguen los mismos.

Mediante Acto Administrativo OFPSM-0001 de fecha 3 de enero de 2017, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL VALLEDUPAR, da contestación al referido derecho de petición argumentando que no era procedente el REAJUSTE de la reliquidación de la pensión de jubilación por haber sido correctamente liquidada tan como lo establecían las Leyes 91/89 y 962/05 y según manuales y órdenes por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA. S.A.

El día 12 de enero de 2017, se interpone RECURSO DE REPOSICIÓN contra el Acto Administrativo OFPSM-0001 de fecha 3 de enero de 2017, solicitando que sea revocado, se confestara el derecho de petición de manera congruente y de fondo y se concediera el reajuste de la reliquidación de la pensión de jubilación, por los argumentos esgrimidos.

Mediante Resolución No. 00092 del 24 de febrero de 2017, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL VALLEDUPAR, da contestación al referido Recurso de Reposición argumentando que no era procedente el REAJUSTE de la reliquidación de la pensión de jubilación por haber sido correctamente liquidada, tal como lo establecían las Leyes 91/89 y 962/05 y según manuales y órdenes por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FIDUPREVISORA S.A.

EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL VALLEDUPAR, al proferir la Resolución No. 0558 del 1 de junio de 2016, teniendo en cuenta únicamente el sueldo básico, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de vacaciones como salario base para liquidar la pensión de jubilación del reclamante, desconoció lo ordenado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Igualmente, no se aplicó lo estipulado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, toda vez, que a pesar que la Ley 62 de 1985 reformó la Ley 33 del mismo año, nunca se refirió a lo preceptuado en el citado artículo 45 de la Ley 1045 de 1978, en lo que tiene que ver con los factores salariales para liquidar pensión y cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Siendo así, la señora MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS, tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, tal y como lo establece la sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado Interno No. 012-2009, Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Normas violadas y concepto de la violación. Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: Constitución Nacional: artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49 en especial, 53 inciso 3 y 58. Código Civil, Ley 24 de 1947, y Ley 4 de 1966, Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, Ley 91 de 1989, artículo 45 Decreto 1045 de 1978, Ley 1151 de 2007; Acto Legislativo No. 01 de 2005, y artículo 81 de la Ley 1437 de 2011.

Para el presente caso, la demandante está sometida a un régimen especial de pensiones, por ser beneficiario de la pensión de jubilación que se concedía a docentes de conformidad con la Ley 114 de 1913 y demás normas pertinentes, aquí reseñadas, por ello la liquidación y pago de la pensión de jubilación de la

señora MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS, debe ser reconocida tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Lo anterior se encuentra igualmente respaldado en el ordenamiento contenido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que como ya se indicó en los hechos de la demanda prescribe que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, circunstancia dentro de la cual se encuentra la actora. El referido artículo 81 de la Ley 812 de 2003, a la fecha permanece vigente por expreso mandato del artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 y en expreso cumplimiento del artículo 48 de la Carta Política.

Providencia recurrida. El Juzgado de primera instancia mediante sentencia de fecha 20 de febrero de 2019, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Se encuentra acreditado que mediante la Resolución No. 0558 del 1 de junio de 2016, el Representante Legal del Ministerio de Educación Nacional ante el municipio de Valledupar, reconoció a la señora MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS una reliquidación de su pensión mensual vitalicia de jubilación, estableciendo como factores salariales el sueldo básico, prima de antigüedad, prima de vacaciones y prima de navidad.

Asimismo, se encuentra acreditado que la señora MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS, el último año de servicios (2015 y 2016), devengó los siguientes factores salariales: ASIGNACIÓN BÁSICA, PRIMA DE ANTIGÜEDAD, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD Y PRIMA DE SERVICIOS, tal como se verifica en el formato único para la expedición de certificado de salarios, expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar.

Para resolver el problema planteado se debe tener en cuenta que la vinculación de la demandante fue en el año 1972, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo que permite establecer que para el reconocimiento pensional la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, con sus respectivas modificaciones.

Entonces la discusión radica en establecer si le asiste el derecho o no de que su pensión sea reliquidada con la totalidad de los factores salariales, tal como: PRIMA DE SERVICIOS, 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, aún 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 cubre 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. 00558 del 1º de junio de 2016, la Secretaría de Educación del municipio de Valledupar, le reconoció, reliquidó y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante, liquidada con base en el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio e incluyó como factores salariales el sueldo básico, prima de antigüedad, prima de vacaciones y prima de navidad, 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 se 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, esto es, la 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. Por lo tanto, no hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora.

Recurso de apelación. El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, sustentándolo de la siguiente manera:

Que la demandante MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS, es beneficiaria de la pensión de jubilación de conformidad y bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de este mismo año.

Está probado durante el debate procesal que en el acervo probatorio, se allegó por parte de la accionante los elementos de juicio que obran dentro del proceso.

Que la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al proferir dicho acto administrativo y no reconocer los factores salariales a que tiene derecho, está desconociendo las Leyes 33 y 62 de 1985, amparado por un régimen especial de pensiones.

El juzgado *A-quo*, al proferir sentencia de primera instancia y al negar el reconocimiento o ajuste de la pensión de jubilación dentro del último año de servicios, está desconociendo el mandato constitucional y legal, que obliga a los funcionarios judiciales a aplicar la unificación de la sentencia del Consejo de Estado, para el caso de estudio que nos ocupa, cuando la competencia radica en los trámites de lo contencioso administrativo.

De conformidad con la sentencia SU- 230 de 2015, y lo manifestado por la misma Corte Constitucional, esta no aplica para el caso de los regímenes especiales, como el caso del Magisterio, sino que aplica para los Congresistas y los Magistrados de las altas cortes.

En su fallo de primera instancia, el *A-quo* no menciona los alcances jurídicos y legales de la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, Rad. 250002342000020130154101 del 25 de febrero de 2016, que indica la importancia jurídica del reconocimiento de los factores salariales en el régimen especial.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Circuito de Valledupar, está haciendo una interpretación errónea sobre el concepto del régimen especial de pensiones, el cual, se ha venido protegiendo y amparando mediante diferentes fallos de Jurisprudencia, y también sobre la no aplicabilidad de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, en cuanto hace mención en algunos de sus apartes: *“La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989, por esta razón estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”*.

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, se condene en costas a la parte demandada y se concedan las demás pretensiones que se sustentan en la demanda principal.

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 20 de febrero de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso la señora MERY LAUDITH ORTIZ LAGOS alega tener 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

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.

lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.

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

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

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

Así las cosas, al analizar el acto administrativo² que reconoció y ordenó pagar a la actora la reliquidación de su pensión de jubilación, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además de la asignación básica, la prima antigüedad, la prima de vacaciones y la prima de navidad; estas dos últimas primas no están incluidas en la Ley 62 de 1985 dentro de los factores 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.

La actora pretende que además sea incluida en la base de liquidación de su pensión de jubilación la prima de servicios que percibió por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

² Ver folios 14 a 15.

Al respecto, está acreditado en el expediente que la demandante durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado devengó además de los factores reconocidos en el acto acusado, la prima de servicios, pero este factor no podía ser incluido por la entidad demandada en la base de liquidación prestacional de la actora, como quiera que el mismo no se encuentra enlistado en la Ley 62 de 1985, como factor que conforma la base de liquidación pensional.

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:

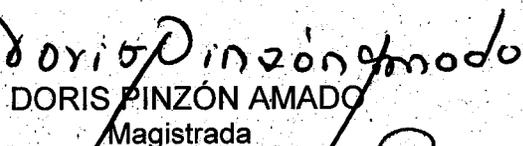
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 20 de febrero de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

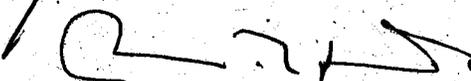
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 110.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado