



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA JOSEFINA RIVERA MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO: 20-001-33-33-007-2018-00086-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Valledupar, que resolvió:

“PRIMERO: Negar las suplicas de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en las motivaciones de este proveído.

SEGUNDO: sin costas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: En firme este fallo, DEVUELVASE al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI y archívese el expediente (...)”¹.

II.- ANTECEDENTES.-

PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

“Declarar la nulidad parcial de la resolución No. 0030 del 19 de enero de 2012, suscrita por el (la) Doctor(a) JULIO CESAR BARRIOS DE LUQUEM Secretario (a) de Educación Municipal de Valledupar, en cuanto le reconoció la PENSION DE JUBILACIÓN a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios al cumplimiento del status de pensionado.

¹ Folio 90 del expediente.

Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 16 de julio del 2011, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 16 de julio del 2011, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, prima y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

Que del valor reconocido se le descuenta lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la resolución No. 0030 del 19 de enero del 2012, suscrita por el (la) doctor (a) JULIO CESAR BARRIOS DE LUQUE, Secretario (a) de Educación Municipal de Valledupar, que reconoció la pensión de jubilación a mi representado.

Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la Ley (...)”².

2.1.- HECHOS.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente litis, podríamos resumirlos así:

Se relata en la demanda que la señora MARIA RIVERA MARTÍNEZ laboró al servicio del Estado como empleado público por más de 20 años y cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

Precisa que efectivamente la pensión le fue reconocida, pero que en la misma no se tuvo en cuenta la prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de servicios, horas extras y, en general, todos aquellos emolumentos que percibió en el último año de servicios además de su asignación básica.

Finalmente, indica que la responsabilidad sobre el reconocimiento al que se refiere su demanda, se encuentra radicada en la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

² Folio 11 del expediente.

“(…) En este orden de ideas y conforme el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 (modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985), norma aplicable al caso bajo estudio, los factores salariales están taxativamente enlistados.

Se tiene que la demandante devengó entre otros factores salariales diferente a los tenidos en cuenta para liquidar su pensión (…) no obstante lo anterior, los demás factores devengados, es decir, prima de navidad y prima de vacaciones $\frac{1}{2}$, no se encuentran enlistados en la ley aplicable al caso.

Así las cosas, conforme el precedente de unificación de la Sala Plena del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, órgano de cierre de esta jurisdicción no le asiste razón a la parte actora para que la entidad demandada re liquide (sic) su pensión de invalidez incluyendo otros factores, toda vez que si esta liquidada en debida forma.

Corolario de lo anterior, el acto administrativo acusado se encuentra ajustado a derecho de acuerdo con la nueva jurisprudencia del Consejo de Estado y que este Despacho acoge a partir de este momento, teniendo además en cuenta que el Tribunal Administrativo del Cesar, superior jerárquico, ha cambiado la posición en estos temas como quedo evidenciado en la providencia de fecha 13 de septiembre de 2018 (...)”³.

SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

En síntesis, el apoderado del demandante estima que la decisión de instancia ha de ser revocada en tanto a su prohijado no le es aplicable el contenido de la sentencia de unificación de agosto de 2018 a la que hizo referencia el Despacho de instancia en su fallo, y que procede la liquidación pensional con la inclusión de todos los factores percibidos en el último año de servicios.

Continúa su argumentación, precisando que los docentes oficiales no son objeto de la regulación contenida en la Ley 100 de 1993, razón por la cual no le aplican las disposiciones relativas al régimen de transición y, al ser una categoría especial servidores públicos, no están cobijados por las disposiciones del Consejo de Estado con respecto a la inclusión de factores a los demás servidores públicos.

Con todo, afirma que desde su vinculación inicial al servicio docente, ha venido percibiendo la prima de antigüedad, razón por la cual no resulta lógico que no le sea reconocida en la liquidación de su pensión de invalidez.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

Mediante auto del 28 de febrero de 2019, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar⁴.

Por auto del 21 de mayo de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁵.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Sr. Agente del Ministerio Público no rindió concepto al interior de este proceso.

³ Folio 85 a 91 del expediente.

⁴ Folio 123 del expediente.

⁵ Folio 126 del expediente.

V.- CONSIDERACIONES.-

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por apoderado de la parte demandante, contra la sentencia del 12 de diciembre de 2018.

5.1.- COMPETENCIA.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, fechada del 12 de diciembre de 2019.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo de Valledupar, debe ser revocada en virtud de lo señalado por la apelante en el sentido de afirmar que la reliquidación de la pensión de sobreviviente en disputa era procedente, en tanto la liquidación original no se ajustó a los lineamientos legales y jurisprudenciales y procedía la inclusión de los demás factores, en tanto en la liquidación inicial no se incluyó la totalidad de lo percibido en el último año de servicios; o si, por el contrario, la liquidación inicial se ajusta a derecho, evento en el cual, sería lo procedente confirmar la decisión adoptaba en primera instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

5.3.- PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene:

La señora MARIA RIVERA MARTÍNEZ prestó sus servicios al Estado por más de 20 años, habiendo adquirido su status pensional el 16 de julio de 2011.

El 19 de enero de 2012, a través de la resolución No. 00030, la entidad demandada reconoció a favor de la hoy demandante una pensión de jubilación en cuantía de \$1.090.409, de conformidad con el 75% del salario básico y la prima de vacaciones, percibidos en el último año de servicios.

Versa en el expediente también copia del certificado de salarios devengados en el último año de servicios por la demandante, donde se hace constar que percibió asignación básica, prima de antigüedad, prima de vacaciones y prima de navidad.

5.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

En el caso planteado, en esencia, la parte actora persigue la declaratoria de nulidad parcial del acto administrativo por medio del cual se le reconoció la pensión de jubilación y el acto que negó la Reliquidación de la misma.

Del asunto, se desprende que existe una pensión reconocida a favor del hoy demandante, cuyo monto es discutido por el actor en razón a que —a su juicio— no se incluyó la totalidad de factores percibidos y no se hizo de conformidad con el último año de servicios.

La decisión objeto del recurso de apelación, desestimó la petición del actor en tanto no se demostró que la misma hubiera realizado cotizaciones con respecto a los emolumentos que enuncia.

Para resolver, sea del caso precisar inicialmente que el Acto Legislativo 01 de 2005 "Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política" en el Parágrafo transitorio 1º, dispuso lo siguiente:

"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005; son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

En el presente asunto, hace falta realizar un estudio sobre el régimen de 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. Veamos:

Mediante la Ley 91 de 1989, el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 definió el alcance de los conceptos de personal nacional, nacionalizado y territorial, de la siguiente manera:

"Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975"⁶.

⁶ Mediante la Ley 43 de 1975, como se indicó en la sentencia C-089/99, el Estado "optó por lo que se denominó la "nacionalización" de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal

Se consideró entonces, que todos los maestros colombianos, con excepción de los del nivel superior o universitario, vinculado a la Nación, de conformidad con las leyes vigentes, a partir del 1 de enero de 1990, quedarían sometidos al sistema prestacional y de cesantías aplicables a los empleados públicos del orden nacional, de acuerdo con las leyes presentes o futuras. Salvo dos excepciones, como se indicó en los debates sobre régimen pensional: La primera relacionada con el derecho a percibir pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación; y la segunda, relacionada con las condiciones y requisitos de la pensión de jubilación para los docentes. Dichas excepciones fueron propuestas de la siguiente manera:

“Excepción número 1. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes tuviesen o lleguen a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá este derecho (...). La nueva norma define al señalado día, como el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975 [...].

Excepción número 2. Los pensionados del Magisterio cuya vinculación hubiera sido posterior al 1 de enero de 1981, serán beneficiarios de una mesada adicional, pagadera a mitad de año. El valor de la pensión será igual al 75% del salario mensual promedio del último año.

(...)

Se aprecia que la transacción correcta es mantener la expectativa de reconocimiento de la pensión de gracia para quienes se hubieran vinculado con anterioridad al 1 de enero de 1981, y para los pensionados vinculados con posterioridad a esa fecha reconocer la mesada de medio año en adición a la aplicación del régimen pensional nacional, que tasa la pensión inicial en el 75% del sueldo promedio del último año (...).”

El texto final del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 quedó así:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de

“nacionalización”, el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación”.

jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

De la norma se derivan las siguientes reglas en materia del derecho a la pensión para los docentes:

"(...) I. Derecho a la pensión gracia compatible con la pensión ordinaria de jubilación: Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a la pensión gracia de conformidad con las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás que las desarrollen o modifiquen.

II. Derecho a una pensión de jubilación bajo el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y a una prima de medio año equivalente a una mesada pensional (...)."

El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁷, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁸.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

El literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente. La misma norma dispuso que los docentes tienen derecho a una pensión de jubilación, cuando cumplan los requisitos de ley, equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicio docente. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de

⁷ Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁸ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”⁹.

En sentir del H. Consejo de Estado, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Así las cosas, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 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.

Ello, sin embargo, no es el único requisito, pues además debe haberse efectivamente cotizado con respecto a los mismos, situación que en casos como el actual, necesita una prueba al interior del proceso.

Sobre el tema en comento, no ignora la Sala que el 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su criterio al resolver un caso de reliquidación pensional de una empleada del sector público nacional, beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa oportunidad, la Sala Plena sentó jurisprudencia sobre la interpretación del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concretamente sobre el ingreso base de liquidación en el régimen de transición, y fijó dentro de las subreglas la siguiente:

“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”.

La subregla que fijó la Sala Plena, se apoyó en los siguientes argumentos:

“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.

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.

⁹ LEY 62 DE 1985 "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 del 29 de enero de 1985" "ARTÍCULO 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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 todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

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.

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”.

Sin embargo, tal criterio, a juicio del mismo órgano de cierre, no es aplicable a los docentes; en efecto, en providencia de unificación de abril de 2019 el H. Consejo de Estado precisó que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010¹⁰.

Continuó la Sentencia de unificación, precisando:

“(…) Se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes: De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. En la

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2-19.

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 aquellos 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. b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones (...)¹¹.

Así entonces, es claro que el criterio expuesto por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo guarda similitud con la providencia de unificación de agosto de 2018, en tanto se refiere a la taxatividad de los factores a reconocer y la prueba de la efectiva cotización sobre los mismos.

A la luz de la providencia de unificación ya referenciada, el examen de la procedencia de la reliquidación no puede obedecer simplemente a la verificación del contenido de la certificación de factores que usualmente es aportada con la demanda y en otras oportunidades es recaudada a través del proceso, pues ello debe contraponerse con los factores establecidos por la normatividad aplicable al caso, en el entendido que debe cumplirse con dos condiciones, a saber: (i) que haya cotizado efectivamente sobre dicho factor; y (ii) que este se encuentre enlistado en la Ley.

En el caso bajo estudio, no existe prueba que la demandante haya efectivamente cotizado con respecto a los emolumentos que enuncia en su escrito de demanda, por lo que no es dable reconocer su procedencia tal como esta pretende.

A manera de conclusión, se dirá que la liquidación de la prestación que hoy se disputa, si bien fue hecha hace varios años, coincide con lo visión interpretativa que se tiene de la normatividad aplicable al reconocimiento pensional, por lo que el contenido de la sentencia impugnada, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, habrá de ser confirmado.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por el Despacho de instancia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, en virtud de los argumentos expuestos en esta providencia.

5.5. SOBRE LA CONDENA EN COSTAS

La Sala no condenará en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP¹², aplicable en

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17) SUJ-014-CE-S2-19.

¹² “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA¹³.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”¹⁴.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 12 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo de Valledupar, de conformidad con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 090.


OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

¹³ Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez