



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR  
Valledupar, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL –APELACIÓN SENTENCIA  
DEMANDANTE: WILSON FERNANDO OCHOA DÍAZ  
DEMANDADA: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
RADICACIÓN 20-001-33-33-006-2018-00078-01  
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 en audiencia inicial realizada el 10 de junio de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral 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 parcial de la Resolución No. 210 del 17 de agosto de 2006, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, por medio de la cual le reconoció la pensión de jubilación al señor WILSON FERNANDO OCHOA DÍAZ, y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios al retiro definitivo del cargo de docente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que le reconozca y pague al demandante una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 27 de febrero de 2006, 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, que son los que constituyen la base de liquidación pensional”*.

Que del valor de la condena se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 210 del 17 de agosto de 2006.

Que se ordene a la entidad demandada el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado, y que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley.

Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte en este proceso en el término de 30 días, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA, y el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en la mesadas pensionales decretadas.

Que se reconozcan y paguen los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena, y que se condene en costas y a la entidad demandada.

Hechos. La apoderada manifiesta que el señor WILSON FERNANDO OCHOA DÍAZ, laboró más de veinte (20) años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

Sostiene que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó solo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, horas extras y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

Normas violadas y concepto de la violación. Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y el Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación para el presente caso es la establecida en la Ley 91 de 1989, y que la inclusión reclamada se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta para efectos del cálculo del valor de la mesada pensional todos los factores salariales que devengó durante el último año de prestación del servicio.

Sostiene que el acto administrativo de reconocimiento de pensión de jubilación no se ajusta a derecho, toda vez que para definir el valor de la mesada pensional excluyó alguno de los factores pensionales que devengó en el último año de servicio.

Providencia recurrida. El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de fecha 10 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda, porque no obstante tratarse de un docente nacionalizado vinculado a partir del 4 de marzo de 1975, con anterioridad al artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y a la vigencia de la Ley 812 de 2003, y por tanto beneficiario del régimen contenido en la Ley 33 de 1985, ya que conforme al más reciente pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado (Sección Segunda, sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, Expediente 68001233300020150569-01 (0935-2017), CP CESAR PALOMINO CORTES), no se acreditó que efectivamente el demandante haya cotizado sobre los factores que pretende sean incluidos en la reliquidación de su pensión de jubilación, a pesar de encontrarse certificados por el empleador; además, varios de los factores que se pretenden sean incluidos en el IBL no se encuentran enlistados en la ley.

En efecto, en el proceso apareció el formato único para expedición de certificado de salarios del FNPSM, sobre los factores salariales percibidos durante el último año anterior a la adquisición del status de pensionado, documento donde se evidencia que además del salario básico y sobresueldo, devengó prima de alimentación, prima de transporte, prima de clima, prima de habitación, prima de escalafón, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de antigüedad, factores que no obstante estar certificados por el FNPSM, no se encuentran enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985,

a excepción de la prima de antigüedad que sí se encuentra enlistado, pero no se acredita que sobre los mismos se haya hecho aportes o sirvieron de base para calcular los aportes.

Recurso de apelación. La apoderada del demandante solicita que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, debido a que el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010 de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, que luego fue reformada por otra sentencia de unificación y que posteriormente puede ser reformada por otra u otra, como efectivamente pasó, no cabe duda de la evidente inseguridad jurídica frente al caso que nos ocupa, pues no es claro el Consejo de Estado frente a los derechos que le atañen al personal docente, pues su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el principio de seguridad jurídica se realiza en aplicación de la confianza legítima del Estado, favorabilidad, progresividad; pudiendo con la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, generarse fallos contradictorios, ante la existencia de dos sentencias de unificación de los derechos de los demandantes, cuyos derechos se causaron en la aplicación del precedente del año 2010.

Aduce que no existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme lo establece la sentencia de 4 de agosto de 2010, radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, pero que, en razón a la congestión judicial con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica ya establecida.

Dice que existe una vulneración de derechos para aquellas personas que estando en iguales condiciones tienen sentencias contrarias al otro grupo de personas, cuyos fallos fueron conforme al respecto de sus derechos pensionales establecidos en la citada sentencia del 4 de agosto de 2010.

Advierte, que el juez de instancia debe analizar cómo regula la Ley 91 de 1989 en su artículo 8, los aportes al fondo prestacional del magisterio, que se hace para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del magisterio.

De esta manera resulta evidente que los docentes vinculados al FNPSM que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la ley, es decir, que en este asunto se está exigiendo el cumplimiento de la ley.

Finalmente manifiesta que más que estudiar la posibilidad o no que le asiste a su poderdante de percibir factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, lo que el *ad quem* debe analizar es cuál jurisprudencia aplicar al caso presente, toda vez que al momento de radicación de la respectiva demanda estaba claro y así lo estaban fallado tanto en juzgados como en tribunal, y dado que se tenía la confianza legítima de una sentencia de unificación al respecto, máxime cuando la sentencia del año 2019, no deja taxativamente sin efecto la

sentencia de unificación del año 2010, es por esta razón que insiste en el derecho que le asiste a su representada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales.

Alegatos de conclusión. En esta oportunidad procesal, la parte demandante, solicita que se revoque lo decidido por el *a quo*, reiterando las razones expresadas en el recurso de apelación y los argumentos expuestos en el acápite del concepto de violación del escrito de la demanda, esto es, el derecho que tiene la demandante a que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, tal como lo reconoce el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 26 de agosto de 2010, en la que se determina que los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, no deben interpretarse de forma taxativa sino meramente enunciativa, pues de lo contrario se vulneraría el principio de progresividad, igualdad y de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Reitera que teniendo en cuenta que la vinculación de la actora fue con anterioridad al 26 de junio de 2003, le son aplicables las normas de la Ley 91 de 1989, según la cual los docentes tienen derecho a la pensión de jubilación establecida en la norma vigente para los empleados del sector público nacional, esto es, la Ley 33 de 1985, en cuanto a los requisitos de tiempo y edad y en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, es decir, el IBL se le debe aplicar la norma especial de la Ley 91 de 1989, que dice: "se les reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, sin indicar que sean o no los que sirvieron de base para realizar los aportes.

Insiste en que las reglas de unificación de la sentencia de 28 de agosto de 2018, no le son aplicables a los docentes, por estar exceptuados expresamente de la aplicación del régimen de prima media que se consolidó en la Ley 100/1993, siendo las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la que en ella se definió.

Por su parte, la entidad demandada manifiesta que como quiera que en el presente caso se discute precisamente lo concerniente a la reliquidación de pensión con inclusión de factores salariales, resulta absolutamente procedente la aplicación de la sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado del día 25 de abril de 2019, Consejero Ponente Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS, Rad. 680012333000201500569-01, donde se indicó que 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 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.

También se dijo en la citada jurisprudencia que 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.

Frente al factor prima de antigüedad, indica que no puede ser tenida en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional de los docentes, debido a que el Concejo Municipal al momento de su creación no estaba facultado para fijar el régimen salarial ni prestacional a los empleados municipales.

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia, en cuanto fueron negadas en su totalidad las pretensiones de la demanda.

A su turno, el Ministerio Público a través del Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos, en su concepto estima que la sentencia recurrida debe confirmarse, argumentando que si bien la sentencia de unificación dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado el 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, exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social, lo cierto es que sí hizo mención expresa a la normativa aplicable al personal docente nacional y nacionalizado de acuerdo con la fecha de vinculación del servicio, según lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005.

Que además la segunda subregla fijada en dicha sentencia de unificación, sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, determina que solo se incluyen aquellos factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización, siendo entonces una norma jurídica o regla de interpretación vinculante dentro del sistema de fuentes, que sustenta una tesis contraria a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010 y que se aplicaba a los docentes a quienes por virtud de la Ley 91 de 1989 consolidaban su status pensional en las condiciones previstas en el régimen general de la Ley 33 de 1985.

Cita la sentencia de unificación SUJ-014 –CE-S2-2019 de fecha 5 de abril de 2019, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que se refiere en forma concreta al IBL en el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señala que sobre este particular y teniendo en cuenta el material probatorio allegado al expediente, observa que en efecto, mediante el acto de reconocimiento pensional del actor se dispuso, al establecerse el ingreso base de liquidación de la pensión, tener en cuenta: la asignación básica y el sobresueldo. Sin embargo, según el certificado expedido por la Secretaría de Educación Municipal, el demandante percibió en el último año de servicios, además de aquellos, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

Atendiendo al precedente jurisprudencial vigente, dichos factores salariales podrían ser tomados a efectos de la reliquidación pensional, si y solo si, se encontrare enlistado en la ley y sobre ellos se hubiere realizado cotización al sistema, es decir, se hubiesen efectuado aportes.

Toda vez que no se cumple con tales requisitos pues esos conceptos devengados en el año anterior a la adquisición del status, no se encuentran enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985 (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 días de descanso obligatorio), no puede ordenarse la reliquidación pretendida.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 10 de junio de 2019, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso el señor WILSON FERNANDO OCHOA DÍAZ aduce 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 el 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 Segunda<sup>1</sup> 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.

En ese orden de ideas, en el presente caso, a la liquidación de la pensión 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, al 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 administrativo que reconoció la pensión de jubilación al actor<sup>2</sup>, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Folios 4-5.

en la base de liquidación, además de la asignación básica, el sobre sueldo, factor este último que no está incluido 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 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.

El actor pretende que además sea incluida en la base de liquidación de su pensión de jubilación la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad y horas extras, percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

Ahora, está acreditado en el expediente que el demandante durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado devengó además de los factores reconocidos en el acto acusado, los siguientes: prima de vacaciones y prima de navidad, pero estos factores no podían ser incluidos por la entidad demandada en la base de liquidación prestacional del actor, como quiera que los mismos no se encuentran enlistadas en la Ley 62 de 1985, como factores que conforman la base de liquidación pensional.

Y en cuanto a las horas extras y prima de antigüedad, es de indicar que aunque las mismas se encuentran enlistadas como factor que conforma la base de liquidación pensional en la Ley 62 de 1985, no se demostró procesalmente que hubiesen sido devengadas por el actor durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, y que sobre las mismas se hubieran efectuado aportes al sistema de seguridad social en pensión, como lo exige la sentencia de unificación arriba citada.

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 10 de junio de 2019, por el Juzgado Sexto 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.

Reconocer personería a los doctores LUÍS ALFREDO SANABRIA RÍOS y ANGIE MARCELA ALFONSO BONILLA, como apoderados principal y sustituta respectivamente de la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos y para los efectos a que se contrae el poder conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 006.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado