



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

C O R P O R A C I O N



SIGCMA

## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO  
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
RADICADO: 20-001-33-33-005-2018-00212-01  
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

### I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 30 de mayo de 2019, por medio de la cual se negó a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES.-

#### 2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Manifestó la apoderada del señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO, que éste laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.

Finalmente, afirmó que la entidad demandada tomó como base de liquidación pensional, en su reconocimiento, sólo la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad, prima de servicios, horas extras y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicio, anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

#### 2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0453 del 21 de agosto de 2012, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, que reconoció la pensión de jubilación al señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OFPSM-0208 del 4 de abril de 2017, por medio del cual el Secretario de Educación Municipal de Valledupar negó la reliquidación pensional solicitada, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Así mismo solicita, que se declare que su poderdante tiene derecho a que la entidad demandada, le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 22 de junio de 2012, 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, como consecuencia de ello, sea ésta entidad condenada al pago de dicha pensión.

Igualmente, que del valor reconocido se le descuente lo que le fue cancelado en virtud de la Resolución No. 0453 del 21 de agosto de 2012, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, que reconoció la pensión de jubilación de su poderdante.

Además, que se ordene a la entidad demandada a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, se le aplique los reajustes de la ley para cada año, como también el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado y que el pago del incremento decretado, se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

Seguidamente, solicita que se ordene a la parte demandada a dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de la sentencia como lo dispone el artículo 192 y siguientes del C.P.A.C.A., así como también le reconozca y pague a favor de su poderdante los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensiones decretadas, tomando como base la variación del I.P.C.

Finalmente, solicita que se le ordene a ésta entidad al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla la totalidad de la condena, además, que sea condenada en costas de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo.

### III.- TRÁMITE PROCESAL.-

#### 3.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La entidad demandada contestó la demanda de manera extemporánea.

### IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo que bajo los parámetros de la nueva sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, al demandante no le asistía derecho a la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, toda vez que si bien se acreditó que en dicho período el actor devengó otros factores diferentes a los tenido en cuenta por la entidad, también lo es que los factores no estaban enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, y además no se acreditó que sobre éstos se hubiesen efectuado aportes.

En cuanto a la prima de antigüedad señaló, que no procedía su inclusión pese a estar enlistada, en atención a un precedente de este Tribunal en la cual se negó por ser de creación extralegal.

#### V.- RECURSO INTERPUESTO.-

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, persiguiendo que sea revocada.

Señala, que una vez fue proferida la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2010, la demandante admitió que tenía derecho a reclamar la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tal como la providencia lo sostenía, por lo tanto existe una confianza legítima en la administración de justicia.

Indica, que el operador judicial debe observar lo que pasa con el proceso, cuando fue radicado bajo un precedente existente basado en una sentencia de unificación del año 2010, pues de lo contrario se genera una inseguridad jurídica, pues no es claro que el Consejo de Estado frente a los derechos que les atañen al personal docente cambie su posición en diferentes maneras.

Trae a colación diferentes pronunciamientos sobre la seguridad jurídica, para reiterar que se debe sentar jurisprudencia para evitar sentencias contradictorias, que fue lo sucedido con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la cual afecta la seguridad jurídica y los principios de favorabilidad, debido proceso y progresividad de los derechos laborales.

Agrega, que el mismo Consejo de Estado ha señalado que se debe aplicar los criterios vigentes para la ocurrencia de los hechos, pues se debe respetar los precedentes y las leyes existentes en el tiempo y al momento de causar el derecho correspondiente, por lo que considera, en este proceso se debe dar aplicación a la sentencia de unificación del año 2010 frente a la actual.

#### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

En el presente proceso presentó alegatos de conclusión la parte actora para ratificar los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La entidad demandada no presentó alegatos de conclusión.

#### VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

## VIII.- CONSIDERACIONES.-

### 8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

### 8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El presente asunto se contrae a determinar, si le asiste o no el derecho al señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO, a que se le reliquide su pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y/o en el año anterior de adquirir el estatus pensional.

### 8.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013<sup>1</sup>, tal como es el caso que nos ocupa.

Así las cosas, para efectos de puntualizar el derecho pretendido, corresponde a esta Sala de Decisión, en primer lugar, realizar un análisis de los hechos probados en el proceso, en lo pertinente, así:

Que mediante Resolución No. 0453 del 21 de agosto de 2012, la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció al señor ENRIQUE DE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO su pensión mensual vitalicia de jubilación por los servicios prestados como docente Nacional, efectiva a partir del 23 de junio de 2012, estableciendo como factores salariales el sueldo básico y la prima de vacaciones. (Folios 8 y 9).

Se demostró, que mediante Oficio No. OFPSM-0208 del 4 de abril de 2017, la entidad demandada negó la reliquidación pensional con inclusión de todos los factores salariales al demandante. (Folio 7)

De igual forma se encuentra acreditado, que el señor ENRIQUE JESUS HERNÁNDEZ CABALLERO en el último año antes del status (2011-2012), devengó los siguientes factores: asignación básica, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de vacaciones. (Folio 10)

<sup>1</sup> Acta No. 010.

Finalmente se encuentra acreditado, que al señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO se le hicieron descuentos por aportes sobre el factor prima de antigüedad. (Folio 100).

#### 8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

La Ley 115 de febrero 8 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, publicada el 8 de febrero de 1994 en el Diario Oficial No. 41214, dispone:

*“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.* (Sic).

Por su parte, la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 279, las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social allí contenidas, preceptuando:

*“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

*Así mismo, se exceptúan a los afiliados del 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...).”* (Sic).

Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados, y territoriales, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de dicho personal.

En su artículo 15 la citada ley estableció:

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

1º. 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 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley (...)*. (Sic).

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º 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, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario”*, dispuso:

*“ARTÍCULO 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. 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 la presente ley.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, (...)*. (Sic)

De la misma manera el párrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció:

*“Artículo 1. (...)*

*PARÁGRAFO TRANSITORIO 1. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público 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 ésta.*

*(...)*. (Sic)

Así las cosas, según la normatividad analizada, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003.

Está probado en autos, que el actor en su calidad de docente prestó sus servicios en el ramo de la educación, con anterioridad al año de 2003<sup>2</sup>, por ende, se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985.

En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985, que es régimen legal general.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no sólo equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación, sino que estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones:

*“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, 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.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*

*En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.*

*Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.*

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...).” (Sic).*

El inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Por disposición del artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, y municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros.

<sup>2</sup> Tal como se desprende de la resolución por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación, folios 8 y 9.

Los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

No obstante lo anterior, en materia de pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.

Bajo estos supuestos, no se cumple la exigencia del inciso segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, pues el demandante no goza de un régimen especial para el reconocimiento de su pensión de jubilación ordinaria.

Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 consagró la posibilidad para los empleados oficiales de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, pero con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, al 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la ley mencionada.

Sin embargo, el accionante tampoco cumplía con las exigencias señaladas en la anterior disposición, pues, para el 13 de febrero de 1985, fecha de la promulgación de la Ley 33 de 1985, no cumplía con el tiempo de servicio requerido.

En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al actor debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 33 de 1985, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional.

Y bajo esta ley para tener derecho a dicha prestación, se exige que el empleado de cualquier orden (territorial, nacional, etc.) haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad; requisitos acreditados por el señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO, tal y como lo afirma la resolución mediante la cual se le reconoció su pensión.

Así las cosas, la Ley 33 de 1985 no resulta aplicable al señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sino que, se itera, ello obedece a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, según la fecha de ingreso a la docencia oficial.

Corolario a lo anterior, se itera, que en el asunto de autos no tiene aplicación los preceptos contenidos en la Sentencia de Unificación 230 de 2015 proferida por la Corte Constitucional; pues lo allí establecido tiene que ver con la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985, empero en virtud del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, circunstancia, que no sucede en el asunto de marras.

Ahora, si bien es cierto, en tales asuntos este Tribunal venía aplicando el precedente jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 4 de agosto de 2010, en cuanto a la reliquidación pensional con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y/o en el año anterior de adquirir el estatus pensional, según el caso, también lo es, que en reciente sentencia de unificación radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, M.P. César Palomino Cortés, de fecha 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de esa Corporación cambió el anterior criterio, señalando que esa tesis se adoptó a partir del alcance y sentido del concepto de salario y factor salarial, no obstante determinaron, que ello traspasaba la voluntad del legislador quien enlistó los



factores que conformaban la base de liquidación pensional y a éstos es que se debía limitar dicha base, así se indicó en la sentencia en cita:

“(...)

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 sólo 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.” (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Debe decirse, que el argumento central que motivó este cambio de jurisprudencia en el Consejo de Estado, fue la sujeción al principio de solidaridad como uno de los principios del Estado Social de Derecho, argumentando que el nuevo criterio interpretativo se ajustaba más al artículo 48 de la Constitución Política, así:

“(...)

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. (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Se aclara, que si bien es cierto la sentencia de unificación transcrita opera únicamente para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, en el cual lógicamente no se incluye a los docentes, tal como se indicó al inicio de estas consideraciones, no es menos cierto que al venir aplicando este Tribunal el criterio interpretativo consagrado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, el cual como se señaló, fue cambiado por la máxima Corporación en la sentencia que se transcribe, ello es motivo suficiente para que en tales asuntos, se deje de utilizar como referencia la sentencia del 4 de agosto de 2010, acogiendo por el contrario apartes de la nueva sentencia de unificación, en lo referente a los factores salariales que deben servir de base para la liquidación pensional.

En virtud de lo anterior, este Tribunal cambió el criterio que venía adoptando al momento de resolver asuntos como el que hoy se discute, para en su lugar, 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 de aquellos a quienes se les aplique la Ley 33 de 1985, deberá tenerse en cuenta únicamente los factores salariales devengados por éstos en el último año de servicios y/o en el último año antes de adquirir el status, siempre que se encuentren enlistados en la ley y sobre los mismos se hubiere realizado los respectivos aportes.

Es menester señalar, que en un caso similar al presente, la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado<sup>3</sup>, negó la reliquidación pensional de un docente con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, dando aplicación a la sentencia de unificación de la Sala Plena de esa corporación de fecha 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente: doctor CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Expediente 2012-00143-01, Demandante: GLADIS DEL CARMEN GUERRERO DE MONTENEGRO. Dijo lo siguiente:

“(...)

*Y concluyó 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 garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*

*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*

<sup>3</sup> Sentencia de 10 de octubre de 2018, C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Radicación: 05001 23 33 000 2015 00871 01 (3058-17), Actor: María Victoria Bustamante García, Demandado: Nación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación de Medellín.

debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

En este punto es importante precisar que la Sala Plena dejó establecido que la regla jurisprudencial referida anteriormente, así como la primera subregla, referida al periodo que debe tomarse para efectuar la liquidación, 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. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.

En tal sentido, advirtió que 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. 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).

Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la señora María Victoria Bustamante García, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el a quo." (Sic para lo transcrito)

Más aún, en reciente sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado<sup>4</sup> dejó establecido cuáles son los factores salariales que deben ser reconocidos en las pensiones a los docentes, señalando claramente que sólo aquellos que hubieren sido devengados en el último año, siempre y cuando estén enlistados en la ley y se hubieren efectuado aportes, así:

"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.

1. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda 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.

2. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

<sup>4</sup> Consejo de Estado SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, expediente: 68001233300020150056, No. Interno: 0935-2017, M.P. Cesar Palomino Cortés.

3. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

4. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

5. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que 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.

(...)

v. Efectos de la presente decisión

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este

*pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en 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.” (Sic para lo transcrito)*

En ese orden de ideas, en el presente caso, la Sala de Decisión acoge el reciente criterio expuesto por el Consejo de Estado, el cual se aplica directamente para los docentes, motivo por el cual a la liquidación de la pensión de jubilación 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.

#### 8.5.- CASO CONCRETO.-

Pues bien, teniendo en cuenta que al accionante, por remisión de la Ley 91 de 1989, le resulta aplicable Ley 33 de 1985, aquél contaba con la expectativa legítima de pensionarse, según lo dispuesto en dicha norma, y las que la modificaron o adicionaron, expectativa que, una vez cumplidos los requisitos exigidos para acceder a la pensión, devino en un derecho laboral adquirido, cuyo desconocimiento contraviene la Constitución Política y la ley.

En consecuencia, en el caso concreto, al señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO, se le debía reconocer la pensión de jubilación teniendo en cuenta los factores salariales devengados por éste en el último año en que adquirió el status, siempre y cuando éstos estuvieran enlistados en la ley y sobre ellos se hubiese efectuado los aportes, de conformidad con la nueva tesis dictada por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la cual es acogida por este Tribunal, en el asunto bajo estudio, tal y como se dijo en párrafos anteriores.

Ahora, la Ley 62 de 1985, la cual se le aplica al demandante, señala en forma taxativa los factores salariales que sirven de base para la liquidación pensional, estos 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, por lo tanto, es sobre dicha base sobre la cual debe fundamentarse la liquidación pensional efectuada por la entidad demandada.

En ese orden de ideas, la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció la pensión de jubilación al señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior que adquirió el estatus pensional, y como factores salariales el salario básico y la prima de vacaciones.

No obstante en el último año antes del status (2011-2012), el actor devengó otros factores salariales diferentes a los tenidos en cuenta por la entidad demandada, tales como: prima de antigüedad y la prima de navidad, de conformidad con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios<sup>5</sup>, sin embargo la prima de navidad no puede ser incluida en la base de su liquidación prestacional, como quiera que no se encuentra enlistada en la ley, ni se demostró que sobre ésta se hubiese realizado aportes a pensión.

<sup>5</sup> Folio 10.

Ahora bien, en cuanto a la prima de antigüedad, pese a estar incluida como factor salarial en la Ley 62 de 1985 y se demostró haber efectuado aportes sobre ella, ésta no puede ser incluida en la base de la liquidación pensional, pues en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, que cuando la prima de antigüedad tiene como fuente un acto de una entidad colegiada del orden territorial, ésta no puede ser tenida en cuenta como factor salarial, como quiera que la autoridad territorial se arrogó competencias que están destinadas para el Congreso de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política.<sup>6</sup>

Debe recordarse, que este Tribunal, con ponencia de la Magistrada Doris Pinzón Amado, dentro del proceso radicado 20-001-23-31-004-2011-00290-00, mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, declaró la nulidad del Acuerdo Municipal No. 13 del 14 de abril de 1983, por medio del cual el Concejo Municipal de Valledupar creó la prima de antigüedad para los empleados municipales, por considerar que dicha Corporación no tenía competencia para crearla, siendo su competencia exclusiva del legislador. Así señaló en esa oportunidad este Tribunal:

*“De la lectura de las normas anteriores, se advierte que ni a los Consejos Municipales ni a las Asambleas Departamentales se les atribuyó competencia para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, facultad que quedó radicada exclusivamente en el Congreso de la República o del Presidente de la República.*

*Así lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 29 de octubre de 2009, Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), con ponencia de la Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez:*

*“Al respecto esta Sala ha reiterado que la Constitución Nacional de 1886 no le otorgaba la competencia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, pues los artículos 76, numeral 9, y 120, numeral 21, consagraron la facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente de la República, de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos, incluido el de los del nivel territorial...”<sup>7</sup> –Sic para lo transcrito-*

##### **5.- CASO CONCRETO.-**

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

*En virtud de lo anterior, las excepciones propuestas por el Apoderado del Sindicato de Trabajadores Públicos de la Alcaldía de Valledupar **SINSERPUAL** no tienen vocación de prosperidad, y en consecuencia, esta Corporación decretará la nulidad del Acuerdo Municipal No. 13 de 1983.” (Sic para lo transcrito)*

<sup>6</sup> Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 8 de septiembre de 2016, radicado: 080012333000201400018 01, radicado interno 4840-2015, M.P SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 29 de octubre de 2009. Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), Magistrado Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

En ese orden de ideas, no existe duda que la prima de antigüedad cancelada al demandante, fue creada a través de un acuerdo municipal, por lo que claramente, el Concejo Municipal no estaba facultado para fijar el régimen salarial ni prestacional a los empleados municipales, circunstancia que conlleva a que la misma no sea tenida en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional del demandante, pese a que dicho factor hubiese sido devengado en el último año de servicios.

Lo anterior, ha sido tema reiterativo del Consejo de Estado, quienes han determinado que si el factor devengado en el último año de servicio, fue creado por fuera del marco de competencias, éste no puede ser incluido en la base de liquidación pensional:

*“Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional.”*

*La Sección Segunda - Subsección B, con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), en sentencia de 4 de julio de 2013, Expediente: 050012331000200102924 01 (0033-2013), actor: Marco Fidel Suárez Mesa, consideró que no era posible incluir factores salariales. Tratándose de la pensión de jubilación cuando estos provienen de disposiciones municipales tales como Acuerdos o Decretos, de la siguiente manera:*

*“Ahora bien, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República le corresponde fijar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos, por lo que es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a esto tópico. En ese sentido, los demás factores salariales que percibió el demandante, tales como, las primas de vida cara y aguinaldo, los cuales fueron creados por el Acuerdo Nos. 29 de 1.978 y el Decreto Municipal No. 120 de 1983, razón por la cual es posible tenerlos en cuenta dentro de la liquidación pensional, por cuanto fueron concebidos con total desconocimiento de las normas superiores, situación que hace imposible su reconocimiento, pues no le es dable al Juez prohiar derechos cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal.”<sup>8</sup> (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)*

En virtud de lo anterior, en el presente asunto, al señor ENRIQUE JESÚS HERNÁNDEZ CABALLERO, no le asiste el derecho de que su mesada pensional sea reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, como quiera que no se demostró que sobre éstos se hubiese efectuado aportes a pensión, salvo la prima de antigüedad, que pese a que está acreditado que la devengó en su último año de servicios y sobre ésta se

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia de fecha 13 de febrero de 2014, radicado: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), M.P Alfonso Vargas Rincón.

efectuó cotizaciones a pensión, ella no puede ser tenida en cuenta para liquidar la prestación, de conformidad con los argumentos expuestos en líneas anteriores.

Se advierte, que si bien es cierto, en el acto administrativo que reconoció la pensión al actor, la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además del sueldo básico, la prima de vacaciones, factor que no está incluido en la Ley 62 de 1985, también lo es que dicho 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, por lo tanto, no es posible modificar el acto acusado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

En virtud de lo anterior, la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, debe ser CONFIRMADA.

#### 8.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

En esta instancia no habrá condena en costas, como quiera que no se observa una conducta dilatoria o de mala fe que hiciera procedente la misma.

#### DECISIÓN.-

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 30 de mayo de 2019, por medio de la cual, se negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de Decisión No. 006, efectuada en la fecha.

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
PRESIDENTE

  
CARLOS GUECHÁ MEDINA  
MAGISTRADO

  
OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
MAGISTRADO