



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR  
Valledupar, veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

REF.: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APELACIÓN SENTENCIA  
ACTOR: NULVIS DEL CARMEN RINCONES AMAYA  
DEMANDADA: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO  
RADICACIÓN: 20-001-33-33-005-2018-00218-01  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, en audiencia inicial realizada el día 5 de junio de 2019, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

#### I. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretensiones. La demandante solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 003730 del 25 de julio de 2016, proferida por la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, en calidad de representantes de la Nación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde reconocen una pensión de jubilación, por un valor de \$3.028.980.00, la cual se hizo efectiva a partir del 29 de mayo de 2016, a favor de la docente NULVIS DEL CARMEN RINCONES AMAYA.

También solicita que se declare la existencia y la nulidad del acto administrativo ficto negativo, respecto de la petición elevada a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, FNPSM, fechada 6 de septiembre de 2017, frente al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados por la demandante dentro del último año antes de adquirir el estatus de pensionada: bonificación mensual, prima de servicios.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la señora NULVIS DEL CARMEN RINCONES AMAYA, tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión vitalicia de Jubilación con la inclusión de todos los factores salariales como prima de servicios y bonificación mensual.

Condenar a la entidad demandada, a cancelar las diferencias dejadas de pagar en las mesada pensionales que resulten de la reliquidación pensional, asimismo, para que sobre la sumas adeudadas pague a la demandante los reajustes de valor conforme a la variación del índice de precios al consumidor (IPC).

Ordenar a la parte demandada que se dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en la Ley 1437, de 2011, y finalmente que esta sea condenada en costas y agencias en derecho.

Hechos. La apoderada manifiesta que la señora NULVIS DEL CARMEN RINCONES, fue nombrada en propiedad mediante la Resolución No. 000242 del 02 de febrero de 1981, proferida por el Departamento del Cesar, a quien le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 003730 del 25 de julio de 2016, por el valor de \$3.028.980.

Dice que en la liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no le tuvo en cuenta lo devengado en el año anterior a adquirir el status de pensionada, toda vez que no le incluyeron todos los factores salariales: bonificación mensual y prima de servicios, pues, la entidad al liquidar la pensión lo realizó tomando solo el promedio de los factores salariales: asignación básica mensual, prima de vacaciones y prima de navidad.

Señala que el 6 de septiembre de 2017, la actora presentó derecho de petición ante la Secretaría de Educación Departamental, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando la revisión de la pensión vitalicia de jubilación, y le fuera reliquidada incluyendo todos los factores salariales por ella devengados.

Indica que la Secretaría de Educación Departamental, mediante oficio CSED ex No. 4908 del 18 de septiembre de 2017, informó proyecto el acto administrativo el cual fue enviado a FIDUPREVISORA S.A., para que esta dependencia realizara el respectivo estudio, y que una vez ésta estudiara la aprobación o denegación de la solicitud prestacional, la Secretaría comunicaría tal decisión, por tal motivo las entidades demandadas, incurrieron en silencio administrativo ficto negativo, ya que no han resuelto de fondo la petición formulada por la actora.

Normas violadas y concepto de la violación. Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: El párrafo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005; artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 46, 48, 53 y 228 de la Constitución Política; artículo 15 de la Ley 91 de 1989, art. 15 numeral 1, inciso 2 Ley 60 de 1993, Ley 100 de 1993 art. 279; Ley 115 de 1994 y Ley 812 de 2003, artículo 81; Ley 33 de 1985, artículo 45 de Decreto 1045 de 1978; artículos 83, 102, 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

Manifiesta que la entidad demandada no tuvo en cuenta los principios constitucionales, artículos 13 y 53 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 de 2005, al momento de no liquidar la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados por la docente, al igual, al guardar silencio frente a la reclamación de la reliquidación de la misma.

Con su actuar, desconoció lo establecido en la Ley 812 de 2003, esto es que la vinculación de la demandante al magisterio es anterior a la vigencia de esta norma, situación determinante para la aplicación de la Ley 33 de 1985, incurriendo así, en una injusta violación flagrante de la ley, ya que desmejoró notablemente la pensión de la accionante al no tener en cuenta todos los factores salariales devengados, sin justificación legal alguna, al igual al negarse a revisar y reliquidar la pensión, cuando el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), ha dejado sentado el alcance del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, manifestando que al momento de liquidar la pensión se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, jurisprudencia aplicable y vigente, a pesar de ello, el Fondo Nacional

de Prestaciones Sociales del Magisterio, es renuente y sin duda hace caso omiso a dicho pronunciamiento.

Providencia recurrida. El Juzgado de primera instancia mediante sentencia de fecha 5 de junio de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

Señala que teniendo en cuenta que mediante la Resolución No. 003730 del 25 de julio de 2016, la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, le ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante, liquidada con base en el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio e incluyó como factores salariales el sueldo básico, sobresueldo, prima de navidad y prima de vacaciones, es claro que bajo los parámetros fijados por la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 29 de abril de 2019, a la demandante no le asiste el derecho a que se reliquide su pensión incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, toda vez que si bien se acreditó que en el último año ésta devengó además pago de sueldo de vacaciones, bonificación mensual y prima de servicios, dichos factores no podían ser incluidos en la base de su liquidación prestacional, como quiera que no se encuentran enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, que fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y tampoco se acreditó que sobre estos se hubiese realizado cotizaciones. Por lo tanto, no hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora.

Recurso de apelación. La apoderada de la demandante, solicita se revoque el ordinario primero de la sentencia de fecha de 5 de junio de 2019, donde el Juzgado Quinto Administrativo de Valledupar dispuso negar las pretensiones de la demanda.

Aduce que la línea jurisprudencial vigente del Consejo de Estado, y conforme al principio de favorabilidad con las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016, con las cuales se hacen valer los principios de favorabilidad, igualdad en materia laboral, realidad sobre las formalidades, inescindibilidad de la norma, progresividad y no regresividad de los derechos sociales, esto es, la aplicación íntegra y el alcance de la Ley 33 de 1985, en cuanto a la inclusión del promedio de todos los factores salariales devengados dentro del último año antes de la adquisición del status de pensionada de la actora.

Dice que en el expediente se encuentra demostrado que la demandante se encuentra vinculada al magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, además también se evidenció que su prestación no fue correctamente liquidada con todos los factores salariales percibidos, ya que, no le fue promediado la prima de servicios ni la bonificación mensual, los que efectivamente percibió y se encuentran enlistados y tomando como referente los enunciados en el Decreto 45 de 1978, tal y como lo estableció la sentencia de unificación en comento, debe ser reliquidada la prestación con la inclusión de todo lo obtenido, desde el 29 de mayo de 2016.

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

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 5 de junio de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso la señora NULVIS DEL CARMEN RINCONES AMAYA, 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 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,

<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.

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 de la demandante, no se le pueden incluir factores adicionales a los señalados por la ley, así hayan sido devengados por el servidor durante el tiempo en que prestó sus servicios.

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

Así las cosas, al analizar el acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación a la actora<sup>2</sup>, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además de la asignación básica, el sobresueldo, prima de vacaciones y prima de navidad, factores que no están incluidos 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

<sup>2</sup> Folios 2-3

acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

El control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

La actora pretende que además sea incluida en la base de liquidación de su pensión de jubilación la bonificación mensual y la prima de servicios, percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada. Pero estos factores a pesar de estar acreditado que fueron devengados por la actora durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, no podían ser incluidos por la entidad demandada en la base de liquidación prestacional de la demandante, como quiera que los mismos no se encuentran enlistadas en la Ley 62 de 1985, como factores que conforman la base de liquidación pensional.

De este modo, será confirmada la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda, toda vez que de acuerdo con la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, no es posible ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de los docentes con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, sino solo sobre aquellos que se efectuaron los aportes al sistema y están previstos en la Ley 62 de 1985, conforme se explicó precedentemente.

No habrá condena en costas, por no haberse probado su causación.

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

**FALLA:**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 5 de junio de 2019, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

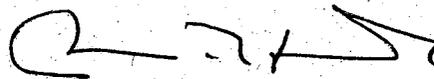
Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 012.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Presidente



DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada



CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado