

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2016-00061-01
Demandante	REMBERTO ANTONIO ANGULO MARTÍNEZ
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DISTRITO DE CARTAGENA
Tema	<i>Reliquidación pensión invalidez post-mortem-- aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado – régimen aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003.- Confirma.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 21 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor REMBERTO ANTONIO ANGULO MARTINEZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 15-21 cdno 1

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó en resumen las siguientes pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo No. 3471 del 30 de abril de 2015, expedido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena por el cual niega el reajuste de la pensión de invalidez post-mortem.
2. Que se condene a la entidad demandada a reliquidar la pensión de invalidez post-mortem con el 75% de todos los factores salariales devengados para la fecha del status de la señora causante Gloria Ruth Flórez Pérez y se le pague en un 100% al demandante.
3. Condenar a la entidad demandada a los reajustes correspondientes.
4. Que se ordene a la demandada al cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.
5. Se condene al FOMAG al pago de costas.

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El señor Remberto Angulo Martínez en calidad de beneficiaria sustituto solicitó el 10 de febrero de 2015 la reliquidación de la pensión de invalidez post-mortem que inicialmente le había sido conferida a la docente Gloria Ruth Flórez Pérez, debido a que a la causante solo le tuvieron en cuenta la asignación básica, omitiendo factores como la prima de navidad y prima de vacaciones.

Afirma que mediante Resolución No. 3471 del 30 de abril de 2015 se resuelve la anterior petición de manera negativa.

³ Fols. 15-16 Cdno 1.

⁴ Fols. 16 Cdno 1

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política Art.s 2, 6, 13, 25, 53 y 58.
- Decreto 1848 de 1969
- Ley 91 de 1989
- Ley 62 de 1985
- Ley 60 de 1993 art. 6
- Ley 100 de 1993 arts. 279
- Ley 115 de 1994 art. 115
- Código Sustantivo del trabajo Art.21
- Ley 1395 de 2010

Afirma que vulnera la entidad accionada con el acto demandado la jurisprudencia unificada existente en torno a las Leyes 33 y 62 de 1985 al no incluir todos los factores salariales, incurriendo en una desviación de poder.

Indica que se vulneran derechos constitucionales al expedirse un acto sin dar cumplimiento a las normas que regulan el tema, trasgrediendo derechos como el del trabajo, pensiones, y el de la situación más favorable al trabajador en caso de duda.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. Distrito de Cartagena⁵

La entidad fue vinculada en el auto admisorio de la demanda, tuvo como ciertos todos los hechos de la demanda, sin embargo, indicó que no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones, debido a que, en cuanto a los factores salariales que se deben tener en cuenta como base de liquidación de la pensión de invalidez a la que tuvo derecho la causante, se debe tener presente que las prestaciones sociales de los docentes están regidas por normas especiales.

En el caso de la causante, aduce que el FOMAG tuvo en cuenta para calcular el valor de la liquidación de la pensión de invalidez los factores salariales que

⁵ Fols. 56-63 cdno 1

13-001-33-33-004-2016-00061-01

regían para la época son los que se indican en el acto de reconocimiento, en este caso, le correspondía el Decreto 3752 de 2003 el cual determina que se reconocerán sobre aquellos factores que se haya realizado aportes.

Como excepciones propuso: (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) presunción de legalidad del acto demandado; (iii) buena fe; (iv) prescripción; (v) compensación.

3.2.2. Nación- Ministerio De Educación Nacional – Fondo De Prestaciones Sociales Del Magisterio⁶:

La entidad accionada dio contestación a la demanda, manifestando que se oponen a las pretensiones de esta, aduciendo que los actos administrativos que reconocen la pensión de la causante gozan de presunción de legalidad, la cual no es desvirtuada en el proceso. No tiene como ciertos los hechos de la demanda.

Igualmente, señala que no existió omisión, ni violación de derecho, toda vez que la docente fue retirada del servicio por declaración de insubsistencia y el dictamen médico es posterior al retiro.

Como excepciones propone: (i) Buena fe; (ii) Genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Por medio de providencia del 21 de marzo de 2019, la Juez Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

Al respecto sostuvo que no era procedente la reliquidación de la pensión de invalidez que disfruta el actor en un 75% del salario promedio devengado por la causante en el año anterior a la adquisición de su status con inclusión de todos los factores percibidos en dicho lapso, como quiera que, si bien es cierto le resulta aplicable las normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decretos 1848 de 1969, también lo es, que tales normas deben aplicarse en forma conjunta con el acto legislativo 01 de 2005, que señala que en la

⁶ Fols. 74-77 Cdo no 1.

⁷ Fols. 145-152 Cdo no 1.

13-001-33-33-004-2016-00061-01

liquidación de las pensiones se tendrán en cuenta solo los factores sobre los cuales cada persona efectuó cotizaciones.

En esa medida, y como quiera que sobre los factores pretendidos no fue acreditado los aportes sobre la prima de navidad y la prima de vacaciones denegó las pretensiones de la demanda.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁸

Por medio de escrito del 05 de abril de 2019 el demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, aduciendo que el argumento de no existir prueba de los descuentos realizados por los aportes solicitados desconoce el régimen legal de la pensión de jubilación de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y lo establecido en el art. 15 numeral 2 literal B de la Ley 91 de 1989, al hablar del 75% del salario mensual promedio del último año incluye todas las sumas que percibe el docente de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios.

Finaliza manifestando que, como hay norma expresa posterior esto es, la (Ley 91 de 1989), la Ley 33 de 1985 se debe aplicar respecto a los requisitos de edad y tiempo de servicio, en cuanto a los factores salariales tiene plena vigencia la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, por lo que si no hubo aportes sobre los mismos se ordene su descuento.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 16 de mayo de 2019⁹, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de junio de 2019¹⁰; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 19 de septiembre de 2019¹¹.

⁸ Fols. 155-157 Cdno 1.

⁹ Fol. Cdno 2

¹⁰ Fol. 5 Cdno 2

¹¹ Fol. 34 Cdno 2.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Fiduprevisora¹²: Presentó escrito de alegatos el 01 de octubre de 2019, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

3.6.2. Ministerio Público¹³: Presentó el concepto de su competencia el 21 de octubre de 2019, requiriendo se confirme la negativa de pretensiones de la demanda.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Tiene derecho el señor REMBERTO ANGULO MARTÍNEZ como sustituto pensional de la señora Gloria Ruth Flórez Pérez a la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados por su causante en el último año de servicios?

¹² Fols. 38-42 cdno 2

¹³ Fols. 45-49 cdno 2

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, toda vez que el accionante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios antes de la adquisición del estatus, como quiera que, el precedente jurisprudencial planteado por la sentencia SU del 25 de abril de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, determinó que, a los docentes beneficiarios de la Ley 91 de 1989, solo deben reconocérsele los factores señalados de forma taxativa en la Ley 33 de 1985, para la liquidación de su pensión.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Régimen pensional de los docentes oficiales¹⁴

La Ley 100 de 1993¹⁵, creó el sistema general de pensiones, derogó los regímenes pensionales existentes a su expedición, instituyó un régimen unificado de seguridad social y, en su artículo 279, estableció los regímenes o situaciones pensionales exceptuadas de esa regulación normativa, dentro de los cuales se encuentran los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El referido fondo fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con recursos manejados a través de fiducia¹⁶, con el objeto de atender el pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales¹⁷, de acuerdo con las previsiones del artículo 15, así:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02208-00(AC)

¹⁵ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Artículo 4.º.

¹⁷ Artículo 5.º.

13-001-33-33-004-2016-00061-01

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 registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

[...]

Se estableció entonces 1) que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen vigente que tenían en su entidad territorial; y, 2) que los docentes nacionales y los que se vincularan a partir de 1.º de enero de 1990, se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, previstas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o lo que se expidieran en el futuro.

De manera que la remisión del régimen pensional docente a aquel previsto para los pensionados del sector público nacional, se puede concluir que el personal docente no goza de un sistema especial de pensiones sino que se gobierna por el que se aplica a la generalidad de los servidores públicos entre la expedición de la Ley 91 de 1989 y la Ley 100 de 1993.

A 29 de diciembre de 1989, fecha de entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, el régimen de jubilación vigente para los docentes nacionales era la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1.º, fija los siguientes requisitos para adquirir el derecho pensional:

Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

[...].

De acuerdo con el contenido de la mencionada norma, los empleados públicos cobijados por la Ley 33 de 1985, adquieren el estatus jurídico de pensionado al cumplir 20 años continuos o discontinuos de servicios y 55 años de edad; y, la liquidación de su pensión se debe efectuar con el 75% del salario promedio que haya servido de base para calcular los aportes en el último año de servicio.

Posteriormente, se expidió la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81, modificó el

13-001-33-33-004-2016-00061-01

régimen prestacional de los docentes, en el siguiente sentido:

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, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

[...].

Es decir, que al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la norma, el régimen prestacional aplicable a los docentes oficiales —nacionales, nacionalizados y territoriales—, es el previsto en las disposiciones vigentes, que como se dejó visto corresponde a la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta a los docentes vinculados a partir de 27 de junio de 2003, se prevé que serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media, previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en estas, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 1 de 2005, artículo 1.º, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, constitucionalizó las reglas pensionales instituidas en la Ley 812 de 2003, en el siguiente sentido:

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

[...]

Y en lo que se refiere a pensión de invalidez de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, el artículo 15 de la ley 91 de 29 de diciembre de 1989, establece que

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y

13-001-33-33-004-2016-00061-01

nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. (sic) de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 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, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

[...].

5.4.2. Sobre la pensión de invalidez.

El artículo 60 y siguiente del Decreto 1848 de 1969, "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968", regula la pensión de invalidez así:

"PENSIÓN DE INVALIDEZ ARTÍCULO 60.- Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que se halle en situación de invalidez, transitoria o permanente, tiene derecho a gozar de la pensión de invalidez a que se refiere este capítulo. Ver: Artículo Decreto Nacional 3135 de 1968 Artículo 46 Decreto Nacional 1045 de 1978.

ARTÍCULO 61.- Definición.

1. Para los efectos de la pensión de invalidez, se considera inválido el empleado oficial que por cualquier causa, no provocada intencionalmente, ni por culpa grave, o violación injustificada y grave de los reglamentos de previsión, ha perdido en un porcentaje no inferior al setenta y cinco por ciento (75%) su capacidad para continuar ocupándose en la labor que constituye su actividad habitual o la profesional a que se ha dedicado ordinariamente.

2. En consecuencia, no se considera inválido el empleado oficial que solamente pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al setenta y cinco por ciento (75%). Ver (Artículo 38 Ley 100 de 1993). Artículo 23 Decreto Nacional 3135 de 1968.

ARTÍCULO 62.- Calificación de la incapacidad laboral.

1. La calificación del grado de invalidez se efectuará por el servicio médico de la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial que pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

2. En defecto de dicha afiliación esa calificación se hará por el servicio médico de la entidad o empresa empleadora



13-001-33-33-004-2016-00061-01

3. Las entidades y empresas oficiales que no tengan servicio médico, deberán contratar dicho servicio con la Caja Nacional de Previsión Social, para la calificación a que se refiere este artículo. Ver: Artículo 25 y ss Decreto Nacional 3135 de 1968.

ARTÍCULO 63.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión de invalidez se liquidará con base en el segundo salario devengado por el empleado oficial y será equivalente al grado de incapacidad laboral, conforme a los porcentajes que se establecen a continuación, así:

a. Cuando la incapacidad sea superior al noventa y cinco por ciento (95%), el valor de la pensión mensual será igual al último salario devengado por el empleado oficial, o al último promedio mensual, si fuere variable.

b. Si la incapacidad excediere del setenta y cinco por ciento (75%) sin pasar de noventa y cinco por ciento (95%), la pensión mensual será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual.

c. Si la incapacidad laboral es del setenta y cinco por ciento (75%), dicha pensión será igual al cincuenta por ciento (50%) del último salario devengado por el empleado oficial, o del último promedio mensual, si fuere variable. Ver Artículo 38 Ley 100 de 1993. Artículo 23 Decreto Nacional 3135 de 1968 Artículo 46 Decreto Nacional 1045 de 1978".

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Solicitud de reliquidación de pensión realizada por el actor sin fecha de radicación ante la entidad demandada¹⁸.
- Resolución 3471 del 30 de abril de 2015 por la cual se resuelve de manera desfavorable una solicitud de ajuste a la sustitución de pensión de invalidez del actor¹⁹.
- Formato único para la expedición de certificado de salarios de la causante Gloria Flórez Pérez²⁰ , en el que se avizora que devengó:

¹⁸ Fols. 4 cdno 1

¹⁹ Fols. 2-3 cdno 1

²⁰ Fols.5 cdno 1

13-001-33-33-004-2016-00061-01

asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad, y prima de vacaciones.

- Cedula de ciudadanía de la causante Gloria Flórez Pérez²¹.
- Resolución No. 2471 del 06 de julio de 2007, por la cual se reconoce la pensión de invalidez a la docente causante Gloria Flórez Pérez²².
- Resolución No. 0533 del 11 de febrero de 2013, por la cual se reconoce y ordena el pago de la sustitución de una pensión de Gloria Flórez Pérez, al actor²³.
- Certificado de historia laboral de la causante expedido por el FOMAG²⁴

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine el acto enjuiciado es acto administrativo No. 3471 del 30 de abril de 2015, expedido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena por el cual niega el reajuste de la pensión de invalidez post-mortem del actor.

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que a la señora GLORIA LUZ DEL ROSARIO FLÓREZ PÉREZ le fue reconocida pensión de invalidez por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación Distrital de Cartagena mediante Resolución No. 2471 del 06 de julio de 2007, en calidad de docente nacionalizada, tal como se avizora en el cuerpo de la mencionada resolución. Por otro lado, se encuentra que el último año de servicio anterior al status de pensionada de la causante fue el que transcurrió entre el año 2006-2007.

Cabe recordar que, ante la falta de regulación taxativa de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de invalidez del Decreto 1848 de 1969, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional a través de múltiples pronunciamientos, en casos similares ha determinado que se deben tener en cuenta únicamente los factores salariales sobre los cuales

²¹ Fol. 7 cdno 1

²² Fols. 8-11 cdno 1 y dctos 1-4 expediente administrativo 2

²³ Fols. 12-14 cdno 1

²⁴ dctos 1-2 expediente administrativo 1



13-001-33-33-004-2016-00061-01

se haya realizado aportes, resalta la Sala que los argumentos de inconformidad del actor radican a su juicio en el desconocimiento del régimen legal de las pensiones de jubilación y la no aplicación de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 proferida por el máximo Tribunal de la jurisdicción contenciosa.

El Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019) determinó:

“Igualmente, esta Sala advierte que respecto de los factores salariales que se deben incluir para calcular el IBL a efecto de la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, indicó:

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge 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 y sienta jurisprudencia 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, 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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional, en sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017 no se pronunció en concreto sobre el régimen de los docentes, lo cierto es que sí indicó que en procura de la sostenibilidad financiera del sistema pensional todas las pensiones, independientemente del régimen que les sea aplicable, deben liquidarse conforme a los factores salariales frente a los cuales se realizaron efectivamente los aportes.

13-001-33-33-004-2016-00061-01

Por otro lado, el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, establece el ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales, determinado que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

En el presente caso, de conformidad con el precedente judicial sentado por el Consejo de Estado mediante la SU del 25 de abril de 2019, a fin de establecer el régimen aplicable, la Sala solo debe tener en cuenta la fecha de vinculación de la señora Gloria Luz del Rosario Flórez Pérez al servicio oficial docente, que de acuerdo con lo probado en el proceso fue el 18 de agosto de 1977.

Según lo anterior, como la vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen aplicable a la causante es el previsto en la Ley 33 de 1985, tesis sostenida en la sentencia de unificación del SU del 25 de abril de 2019, al determinar que 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.

Ahora bien, una vez determinado el régimen aplicable a la causante, las reglas fijada en la sentencia citada, señalan los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 y sobre los cuales se hubieran efectuado los correspondientes aportes, a saber:

- Asignación básica mensual
- Gastos de representación
- Prima técnica, cuando sea factor de salario
- Primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- Remuneración por trabajo dominical o festivo
- Bonificación por servicios prestados
- Remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

13-001-33-33-004-2016-00061-01

Como se muestra de la lista de factores sobre los que se deben calcular los aportes para los docentes en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985; en el caso particular de la señora Flórez Pérez, solo podía incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación, la asignación básica puesto que, de acuerdo al certificado aportado a folio 5, los factores relacionados allí (prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad), no hacen parte de la Ley 33 de 1985; por lo que no habría lugar a ordenar su inclusión.

En el presente caso, el demandante no acreditó que la causante hubiera realizado aportes sobre los factores solicitados; además, no se encuentran enlistados en el artículo 1 de la Ley 62/1985, por medio de la cual se modificó la Ley 33/1985, como parte del ingreso base de cotización. Por ello, atinó la entidad demandada al no incluirlos en el IBL.

Es preciso subrayar que la postura con base en la que fue analizado su caso concreto, es el criterio de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, para efectos de la liquidación del IBL pensional, sin distinguir entre regímenes especiales o generales, en ese sentido el criterio general de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 concluye que solo se deberían tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se realizaron los aportes pensionales²⁵.

Por tanto, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de invalidez tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores **devengados** en el último año de servicio, incluyendo aquellos sobre los que no se efectuaron los aportes al sistema y no están previstos en la Ley 62 de 1985, como fue solicitado en la demanda.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmada, pero por las razones aquí expuestas.

²⁵ Asimismo, cabe anotar que la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Colegiatura del 28 de agosto de 2018, dictada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho número 52001-23-33-000-2012-00143-01, reformuló su criterio respecto de la regla contenida en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 emanada de la Sección Segunda, de la cual se alega el desconocimiento. En la mencionada sentencia se fijaron reglas sobre los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen especial previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, en el sentido que sólo se incluyen aquellos sobre los cuales se haya efectuado aporte o cotización, no obstante, en dicho proveído se advirtió que aquellas no cobijaban «...a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio».

5.6. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 045 de la fecha.



13-001-33-33-004-2016-00061-01

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN