



Sentencia 00476 de 2017 Consejo de Estado

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DOCENTE - Régimen aplicable

Los docentes nacionales vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectuará de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. 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. NOTA DE RELATORIA: Consejo de ESTADO, Sección Segunda, Subsección B., sentencia de 23 de febrero de 2006, C.P., Tarsicio Cáceres Toro, rad. 2002-0594

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 58 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 279 / LEY 91 DE 1989 / LEY 60 DE 1993 - ARTÍCULO 6 / LEY 812 DE 2003 - ARTÍCULO 81 / LEY 33 DE 1985 - ARTÍCULO 1

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DOCENTE - Factores. Inclusión en una doceava parte / DESCUENTOS DE APORTES - Omisión

Se tiene que a los empleados públicos regidos por la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicio. En lo que corresponde a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, la Sala considera que son todos los que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé y que difieran de los enunciados en la norma que solo se señalaron a título ilustrativo. Lo anterior, obedeciendo la pauta jurisprudencial sentada por esta Corporación de atar la pensión al salario, pues es válido tener en cuenta todos los factores que lo constituyen, es decir aquellas sumas que percibe el empleado de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé y si no han sido objeto de descuento por aportes pensionales, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social deberá realizar las deducciones pertinentes. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, respecto a la inclusión del valor de aquellos factores cuya causación es anual, caso de las primas de navidad y de vacaciones, su inclusión es en una doceava parte, y no en un 100%. NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección, sentencia de 26 de agosto de 2010, C.P., Víctor Hernando Alvarado Ardila, rad. 1738-08

VACACIONES - No ostenta carácter salarial / VACACIONES - No son factor de liquidación pensional

La Sala se permite precisar, que las vacaciones constituyen un derecho del trabajador a recibir un descanso remunerado, que no tienen carácter prestacional, puesto que no son un auxilio del patrono, como tampoco carácter salarial, al no retribuir un servicio prestado, por lo tanto el sueldo de vacaciones no se puede incluir dentro de la base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante.

CONDENA EN COSTAS - Criterio subjetivo

En cuanto a las costas, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. NOTA DE RELATORIA: Consejo de

Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de enero de 2015, C.P., Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad. 4883-13.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 188 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Rad. No.: 66001-23-33-000-2014-00476-01(0674-16)

Actor: JAIME DE JESÚS PULIDO VARGAS

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FONPREMAG).

Tema: Reliquidación pensional.

Ha venido el proceso de la referencia con informe secretarial de la Sección Segunda del 23 de septiembre del 2016¹, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de octubre del 2015 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Pretensiones.

El señor Jaime de Jesús Pulido Vargas, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda encaminada a obtener la nulidad parcial de la Resolución 0671 del 23 de noviembre del 2009, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira - Risaralda, que le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de \$2.761.372 a partir del 7 de junio del 2009.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) ordenar reliquidar su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; ii) condenar en costas a la demandada; y iii) las demás consecuentes.

1.2. Hechos.

Mediante escrito del 14 de julio del 2009, el actor solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación por sus servicios prestados como docente directivo de vinculación nacional, que fue reconocida a través de la Resolución 0671 del 23 de noviembre del 2009, proferida por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira – Risaralda, en cuantía de \$2.761.372 a partir del 7 de junio del 2009, incluyendo el sueldo, el sobresueldo, la jornada adicional y la prima vacacional.

1.3. Normas vulneradas y concepto de violación.

La parte demandante citó como disposiciones vulneradas las siguientes:

Los artículos 1 de la Ley 33 de 1985 y 15 de la Ley 91 de 1989; la Ley 62 de 1985; y el Decreto 1045 de 1978.

Refiriéndose al artículo 81 de la Ley 812 del 2003, sostuvo que el régimen pensional de los docentes al servicio del estado se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial, esto es, antes o después de la entrada en vigencia de aquella norma, y les es aplicable, siempre y cuando la vinculación sea con posterioridad al 27 de junio del 2003, situación que no es la del demandante.

Manifestó que las Leyes 33 y 62 de 1985 establecen el régimen ordinario de pensiones para los empleados públicos, describiendo de manera enunciativa los factores a tener en cuenta para la liquidación pensional, lo cual ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Corporación como la posibilidad de incluir todos los factores de salario devengados durante el último año de servicios y de este modo atar la pensión al ingreso real como retribución del trabajo prestado.

Por lo anterior, indicó que no puede concluirse que la Ley 33 de 1985 señaló taxativamente los factores a tener en cuenta para liquidar las pensiones, toda vez que el inciso 3° del artículo 3° permite la inclusión de otros, disposición reiterada por la Ley 62 de del mismo año.

1.4. Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FONPREMAG), manifestó que los actos administrativos acusados son legales, pues el reconocimiento de la pensión de jubilación se efectuó de conformidad a lo establecido en las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 812 de 2003 y en el Decreto 3752 de 2003, que consagran los factores salariales base de la liquidación de la prestación, siendo los mismos que sirvieron para efectuar los aportes, los cuales se encuentran señalados en el Decreto 1158 de 1998.

Manifestó que el artículo 3 del Decreto 3752 del 2003, establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 del 2003 no podrá ser diferente a la de cotización sobre la cual realiza aportes el docente, e indicó que para ello, se consideran los factores consagrados en los artículos 8 y 9 del Decreto 688 del 2002, esto, reafirmado por el Acto Legislativo 01 del 2005.

1.5. La sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Risaralda, i) decretó la nulidad parcial del acto acusado; ii) condenó a la demandada, a reliquidar la pensión del demandante con la inclusión del sueldo, el sobresueldo, la asignación adicional, el sueldo de vacaciones y las primas de alimentación especial, de navidad y de vacaciones, con efectos fiscales a partir del 8 de julio del 2011, previos descuentos sobre los factores que no hubieren sido objeto de deducción de ley; iii) ordenó el ajuste de las sumas que resulten a favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 y dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 ibídem; y iv) condenó en costas a la parte demandada.

Manifestó que el actor es destinatario del régimen previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, que señalan los factores salariales para liquidar las pensiones de jubilación, los cuales no pueden considerarse como taxativos sino meramente enunciativos, por lo tanto deben ser incluidos todos aquellos que fueron devengados por el trabajador durante el último año de servicios, esto, con apoyo en lo consagrado en la sentencia de unificación del 4 de agosto del 2010².

Finalmente, afirmó que es válido tener en cuenta todos los factores salariales que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

1.6. Del recurso de apelación.

La parte demandada, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, reiterando que los actos administrativos acusados son legales, pues el reconocimiento de la pensión de jubilación se efectuó de conformidad a lo establecido en las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 812 del 2003 y en el Decreto 3752 del 2003, que consagran los factores salariales base de la liquidación de la prestación, siendo los mismos que sirvieron para efectuar los aportes, los cuales se encuentran señalados en el Decreto 1158 de 1998 y de los cuales los docentes solo devengan la asignación básica y las horas extras.

Manifestó que el artículo 3 del Decreto 3752 del 2003, establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 del 2003 no podrá ser diferente a la de cotización sobre la cual realiza aportes el docente, e indicó que para ello, se consideran los factores consagrados en los artículos 8 y 9 del Decreto 688 del 2002.

Por lo anterior, concluyó que el Decreto 3752 del 2003 y sus decretos reglamentario, modificaron el ingreso base de liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes para pensión, sujetándolas a los factores previstos para cotización, impidiendo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FONPREMAG) incluir en la liquidación de las prestaciones causadas con posterioridad a la mencionada norma, otros diferentes a los previstos, esto, reafirmado por el Acto Legislativo 01 de 1985.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA PARA FALLAR.

2.1. Planteamiento del problema Jurídico.

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la Sala deberá dilucidar como problema jurídico:

Sí en el presente asunto el demandante, como docente oficial, a quien se le reconoció una pensión de jubilación mediante la Resolución 0671 del 23 de noviembre del 2009, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira - Risaralda, tiene derecho a que se le reliquide con la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

2.2. Fundamento normativo para resolver el problema jurídico.

Bajo el marco de una trascendental reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, es preciso afirmar que, como materialización de lo ordenado por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, su entrada en vigencia no alteró aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios.

Con esta norma, el legislador pretendió la estandarización de los regímenes pensionales que antes de su promulgación, se encontraban difusos en el ordenamiento jurídico, estableciendo reglas comunes aplicables a todos los trabajadores del país³, sin considerar la naturaleza de su

relación laboral.

No obstante, de manera expresa en su artículo 279 describió algunos servidores públicos y trabajadores, cuyas situaciones pensionales no serían reguladas por ella, así:

“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 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de seguridad social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de seguridad social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARAGRAFO 1 -La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARAGRAFO 2 - La pensión gracia para los educadores de que tratan las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la caja en el pago de su obligaciones pensionales.

PARAGRAFO 3 - Las pensiones de que tratan las Leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARAGRAFO 4 - Adicionado por el art. 1, Ley 238 de 1995. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

De esta manera, se exceptuaron de la aplicación de la Ley 100 de 1993, algunos sectores que tenían normas especiales, entre los cuales se encuentra el Magisterio cuyas prestaciones se gobiernan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Así, la Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, estableció:

“ARTÍCULO 1.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

(...)

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

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

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

(...)”

De lo anterior se tiene que los docentes nacionales vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectuará de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 60 de 1993, en cuanto al régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, dispuso:

“Artículo 6. (...)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

(...)”

Al respecto, esta Corporación señaló⁴:

“De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de origen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100 de 1993.

(...)

La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1 del artículo 115 claramente dispone: “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”. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o de derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que intitula “Régimen Especial de los Educadores Estatales”, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª de 1945 o el D.L. 3135 de 1968 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron carácter de especiales”.

Ahora bien, el artículo 81 de la Ley 812, “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, (...)”.

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del anterior artículo, mediante la sentencia C – 369 del 27 de abril del 2004, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, expresó:

“Ahora bien, un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente esta Corporación ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio.

Por ello, esta Corte ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos.

Y por ello esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema

general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.”

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.

(...)”.

Las disposiciones analizadas, prevén que 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.

En este orden, la Ley 33 de enero 29 de 1985, “por la cual se dictan algunas medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público”, en su artículo 1 señala:

“ARTICULO 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (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.

(...)” (Subraya fuera del texto original).

Se tiene que a los empleados públicos regidos por la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicio.

A su vez, en cuanto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, dispuso los que deberían considerarse para efectuar los aportes para pensión, en los siguientes términos:

“Art. 3.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su inversión se impute presupuestalmente como funcionario o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario realizado en hora nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de

base para calcular los aportes.” (Subrayado fuera del texto original).

El anterior precepto fue posteriormente modificado por la Ley 62 de 1985, que dispuso en el inciso segundo del Artículo 1:

“Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica ascensorial y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

(...).”

En lo que corresponde a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, la Sala considera que son todos los que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé y que difieran de los enunciados en la norma que solo se señalaron a título ilustrativo.

La posición explicada es la adoptada por esta Corporación para la solución de asuntos como el presente⁵, concluyendo:

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.”

2.3. De lo probado en el proceso y la solución al caso concreto.

El demandante nació el 6 de junio de 1946 y laboró al servicio docente desde el 1 de agosto de 1984 hasta el 6 de junio del 2009⁶.

A través de la Resolución 0671 del 23 de noviembre del 2009⁷, proferida por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira – Risaralda, se dispuso el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor del actor, en una cuantía de \$2.761.372 a partir del 7 de junio del 2009, como docente de vinculación nacional, incluyendo dentro de la base de liquidación el sueldo, el sobresueldo, la jornada adicional y la prima vacacional, devengados en el último año de servicios.

De conformidad con el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios⁸, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMPREG), el actor devengó en el último año de servicios, esto es entre el 7 de junio del 2008 al 6 de junio del 2009: asignación adicional, asignación básica, sueldo de vacaciones y las primas de alimentación especial, de navidad y de vacaciones.

A partir del análisis de las pruebas referidas, la Sala concluye que el actor para el 29 de diciembre de 1989, fecha de expedición de la Ley 91 de la misma anualidad, ya había ingresado a prestar sus servicios como docente nacional, lo que permite establecer que para el reconocimiento pensional la norma aplicable es la Ley 33 de 1985 con sus respectivas modificaciones⁹.

Igualmente, que en la resolución de reconocimiento para la liquidación, sólo se tuvo en cuenta el sueldo, el sobresueldo, la jornada adicional y la

prima vacacional y se aplicó el 75%, lo cual no resultaba acertado, pues conforme al referido formato, el demandante durante el último año de servicios también devengó sueldo de vacaciones y las primas de alimentación y de vacaciones, por lo que resulta propicio reliquidar la prestación como lo concluyó el a quo.

Lo anterior, obedeciendo la pauta jurisprudencial sentada por esta Corporación de atar la pensión al salario, pues es válido tener en cuenta todos los factores que lo constituyen, es decir aquellas sumas que percibe el empleado de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé y si no han sido objeto de descuento por aportes pensionales, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social deberá realizar las deducciones pertinentes.

En el recurso de apelación se expuso que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 3752 del 2003, en relación con el ingreso base de cotización y liquidación de prestaciones sociales, las que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003¹⁰, no podrán ser diferentes de la base de cotización sobre la cual se realizan aportes al docente.

Lo anterior no resulta aplicable para el caso sub júdice, ya que el artículo 81 de la ley en mención establecía que "(...) 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", situación en la que se encuentra el demandante como docente oficial vinculado desde el 1 de agosto de 1984.

De la misma manera lo reitera el párrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que "(...) 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."

Así las cosas, el demandante tiene derecho a la reliquidación que reclamó y que le accedió el tribunal de instancia, como quiera que no se tuvieron en cuenta dentro de la base de liquidación de la prestación los factores de salario que fueron devengados durante el último año de servicio.

Sin embargo, la Sala se permite precisar, que las vacaciones constituyen un derecho del trabajador a recibir un descanso remunerado, que no tienen carácter prestacional, puesto que no son un auxilio del patrono, como tampoco carácter salarial, al no retribuir un servicio prestado, por lo tanto el sueldo de vacaciones no se puede incluir dentro de la base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante.

Así mismo, que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, respecto a la inclusión del valor de aquellos factores cuya causación es anual, caso de las primas de navidad y de vacaciones, su inclusión es en una doceava parte, y no en un 100%.

En cuanto a las costas¹¹, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda¹² de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada.

Por lo anterior, se procederá a modificar la orden de restablecimiento, en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del actor incluyendo el sueldo, el sobresueldo, la jornada adicional y la prima de alimentación y las doceavas partes de las primas de navidad y vacacional. Así mismo, se revocará el aparte relacionado con la condena en costas a la parte demandada, conforme quedó explicado.

Finalmente, no se accederá a reconocimiento de personería para actuar como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FONPREMAG), al abogado Cesar Augusto Hernández Ramos, toda vez que no se aportan los documentos que acrediten la representación legal de quien le confiere poder. En consecuencia, no se atenderá la solicitud de sustitución presentada por el referido profesional que reposa a folio 140 del expediente.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida el 27 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el señor Jaime de Jesús Pulido Vargas en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FONPREMAG), a excepción de los numerales 6.6.6. que se REVOCA y 6.6.2. que se MODIFICA, y que quedará así:

“6.6.2. En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FONPREMAG), reliquidar a favor del señor Jaime de Jesús Pulido Vargas, la pensión de jubilación en cuantía del 75% de lo devengado durante el último año de servicio, incluyendo el sueldo, el sobresueldo, la jornada adicional y la prima de alimentación y las doceavas partes de las primas de navidad y vacacional, con efectos fiscales a partir del 8 de julio del 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.”

SEGUNDO: NO ACCEDER a reconocimiento de personería para actuar al abogado Cesar Augusto Hernández Ramos, identificado con la cédula de ciudadanía 80.194.418 expedida en Bogotá y tarjeta profesional 192.587 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FONPREMAG).

TERCERO: NO ACCEDER a la solicitud de sustitución de poder presentada por el abogado Cesar Augusto Hernández Ramos, identificado con la cédula de ciudadanía 80.194.418 expedida en Bogotá y tarjeta profesional 192.587 del Consejo Superior de la Judicatura, a la abogada Sandra Ximena Rivera Mora, identificada con la cédula de ciudadanía 52.914.572 expedida en Bogotá y tarjeta profesional 166.531 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO: Por Secretaría, devolver el expediente al Tribunal de origen y dejar las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión, por los señores Consejeros.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folio 137.

2 Exp. 0112-2009, Consejero Ponente, Víctor Hernando Alvarado Ardila.

3 Consúltese, artículos 6 y 11 de la Ley 100 de 1993.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Bogotá 23 de febrero del 2006. Expediente 2002 - 0594.

5 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., 26 de agosto del 2010. Radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159-01(1738-08). Actor: Hernando Buitrago Pérez. Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional.

6 De conformidad con el acto de reconocimiento pensional que reposa a folios 3 y 4.

7 Folios 3 y 4.

8 Folios 6 y 7.

9 Ley 62 de 1985.

10 "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario." Derogada por el art. 276, Ley 1450 de 2011, salvo los arts. 20, 59, 61, 64, 65, 81 y 121.

11 Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

12 Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Fecha y hora de creación: 2024-09-26 22:53:22