

Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de mayo de dos mil veintidós (2022).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-003-2016-00196-01
<b>Demandante</b>	CENITH ISABEL ANGEL PATERNINA
<b>Demandado</b>	MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG
<b>Asunto</b>	RELIQUIDACION- IBL- DOCENTE
<b>Magistrado Ponente</b>	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

## II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## III. ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA<sup>1</sup>

#### 1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

#### "II. DECLARACIONES Y CONDENAS:

1. Se declare la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 6860 del 09 de octubre de 2013, expedida por la Nación- Ministerio de Educación Nacional, como representante legal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Oficina Regional del Distrito de Cartagena por la cual "se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación" a **CENITH ISABEL ANGEL DE PATERNINA**, con cedula de ciudadanía No.33.150.420.

2. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se declare que la Nación- Ministerio de Educación

<sup>1</sup> 01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 1-21



*Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a CENITH ISABEL ANGEL PATERNINA con cedula de ciudadanía No.33.150.420 pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó durante el año anterior al status de pensionado.*

3. *Inaplicar por inconstitucional el Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, artículo 3º, por violar ostensiblemente la constitución Política de Colombia, artículo 53 y la ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal b.*

4. *Que sobre la mesada resultante, se hagan los reajustes pensionales de ley, conforma a la ley 71 de 1988.*

5. *Condenar igualmente a la entidad demandada, a reconocer, liquidar, y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A.*

6. *Condenar igualmente a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional del Distrito de Cartagena, a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 195 del C.C.A (Ley 1437 de 2011) y siguientes.*

7. *Se condene en costas a la demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.C.A. (Ley 1437 de 2011).*

## 1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- La demandante CENITH ISABEL ANGEL DE PATERNINA prestó sus servicios como docente nacionalizada durante más de veinte años y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.
- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional del Distrito de Cartagena, mediante Resolución No. 6860 del 9 de octubre de 2013 le reconoció Pensión Vitalicia de Jubilación, efectiva a partir del 24 de febrero de 2010, en cuantía de \$ 1.432.443,00.



- Que para la liquidación de la pensión únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales como son, horas extras y la Prima de Navidad.
- Señala la demandante que, la Resolución No. 6860 del 9 de octubre de 2013, fue notificada de manera personal, donde se indicó que contra la misma, únicamente procedía el recurso de reposición ante el Secretario de Educación del Distrito de Cartagena; no obstante, como este recurso no es obligatorio para agotar la vía administrativa se prescindió de su interposición.

### **1.3. Concepto de violación.**

La parte accionante considera que se vulneró la Constitución Política de Colombia, artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 13°, 23°, 25°, 46°, 48°, 53°, 58°, 228° y 336°, ley 91 de 1989, artículo 15, numerales 1 y 2, literal b. Manifiesta que debe decretarse la nulidad parcial del acto administrativo demandado, teniendo en cuenta que la entidad accionada, en el acto de reconocimiento de la pensión omitió su deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios al momento de adquirir el status de pensionado, para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando las disposiciones legales referidas y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales.

## **2. Contestación de la demanda.**

### **2.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG<sup>2</sup>.**

La entidad demandada Nación - Ministerio De Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la misma, argumentando que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que este haya sido expedido con infracción de las normas en que debe fundarse, sin competencia, en forma irregular, con

<sup>2</sup> 01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 58-72



desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Señala que, la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de controversia se efectuó de conformidad con la ley 33 de 1985; en ese sentido, del análisis exhaustivo de los documentos anexos en la demanda, se puede verificar que la pretensión de la señora CENITH ANGEL DE PATERNINA, no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior de alcanzar el status de pensión.

Asimismo, informa que la Resolución objeto de la Litis fue expedida en vigencia del Decreto 3752 de 2003, el cual establece en su artículo tres que la base de liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentra obligado el FNPSM, como lo es la de la accionante, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

En ese orden, concluye que para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003 los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta son la asignación básica mensual (ley 91 de 1989) y el sobresueldo (Decreto 3621 de 2003).

Por último, la entidad accionada propuso las siguientes excepciones:

- ✓ INEPTITUD DE LA DEMANDA
- ✓ NO AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA
- ✓ INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN
- ✓ COBRO DE LO NO DEBIDO
- ✓ PRESCRIPCIÓN
- ✓ FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA
- ✓ COMPENSACIÓN
- ✓ GENÉRICA E INNOMINADA

### **3. Sentencia apelada<sup>3</sup>.**

Mediante sentencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda, toda vez que, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo demandado.

Señala el A quo, que la pensión de jubilación de la accionante se encuentra cobijada por las leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, toda vez que se vinculó a la docencia el 25 de julio de 1994; en ese orden, la pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes la demandante el último año de servicio siempre y cuando se encuentren enlistados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, de conformidad con lo expuesto en la sentencia de unificación del 25 de abril del 2019 proferida por el Consejo de Estado.

En ese sentido, la demandante solicita que se le reliquide la pensión de jubilación y sean tenidos en cuenta, además de los ya computados, los factores salariales de prima de navidad y horas extras; no obstante, el primer factor deprecado, no se encuentra enlistado en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, quedando claro que no le asiste derecho a que sea tenido en cuenta para la liquidación del IBL.

Por otra parte, respecto a la inclusión de las horas extras, precisa el Juez de primera instancia que, si bien se encuentra enlistado en el artículo en cita, no se acreditó que se hayan efectuado aportes a pensión sobre este factor salarial, ni sobre ningún otro emolumento diferente a los computados por la entidad accionada en el acto administrativo demandado.

Así las cosas, concluye el A quo que no les asiste derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación a la docente CENITH ISABEL, tomando como IBL la totalidad de los factores devengados en el año previo al estatus pensional, incluyendo aquellos sobre los cuales no se efectuaron aportes al sistema y no

---

<sup>3</sup> 01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 190-198

están previstos en la ley 62 de 1985, razón por la cual, a juicio del A-quo, no fue desvirtuada la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo demandado.

Así las cosas, el juzgado de primera instancia resuelve:

*“PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda formulada por CENITH ISABEL ANGEL DE PATERNINA contra LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: Abstenerse de condenar en costas, por los motivos previamente expresados.*

*TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, hágase devolución de los remanentes de gastos del proceso, si los hubiere, y archívese el expediente.”*

#### **4. Recurso de apelación.**

##### **4.1. De la parte accionante<sup>4</sup>.**

La parte accionante, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, donde solicita que se revoque o modifique el fallo proferido; en el sentido que se ordene incluir en el ingreso base de liquidación las HORAS EXTRAS que fueron devengadas por la docente CENITH ISABEL ANGEL, en el año anterior al cumplimiento de su estatus pensional, toda vez que, no fueron tenidas en cuenta al momento de liquidar la pensión.

En primer lugar, la apoderada de la parte demandante hace referencia a la sentencia del 28 de agosto de 2018, proferida por el Consejo de Estado, con el objetivo de precisar que las reglas establecidas en dicho fallo, no se aplican para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

---

<sup>4</sup> 01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 202-204.



Sociales del Magisterio; pues fueron exceptuados del sistema integral de seguridad social por virtud del artículo 270 de la ley 100 de 1993.

Así mismo, manifiesta su desacuerdo con la posición adoptada por el Consejo de Estado en la Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la cual se establece la base de liquidación de las pensiones del personal docente; toda vez que considera ataca la seguridad jurídica, la igualdad y deja a los docentes en una situación de desamparo ante la ley, siendo inaudito que una posición adoptada por la Corporación hace casi 9 años, hoy tenga una revés radical sin tener en cuenta que está acabando con perspectivas reales que tenían los docentes de pensionarse con todos los factores salariales, como venía sucediendo con anterioridad.

Sin embargo, señala que, no existiendo otro camino y viéndose obligada a respetar las decisiones del máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, advierte que contrario a la prima de navidad, el factor salarial de las horas extras, si se encuentra relacionado de manera taxativa en el artículo 1 de la ley 62 de 1985 y fueron percibidas por la demandante el año anterior al cumplimiento de su estatus pensional, por lo tanto, deben ser tenidas en cuenta como promedio base de liquidación de jubilación; de conformidad a lo establecido en las sentencias mencionadas.

## **5. Trámite procesal de segunda instancia.**

Mediante auto de fecha diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.<sup>5</sup>

Mediante auto de fecha seis (06) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.<sup>6</sup>

## **6. Alegatos de conclusión.**

### **6.2. Parte Demandada.<sup>7</sup>**

---

<sup>5</sup> 03AdmiteApelación

<sup>6</sup> 06TrasladoAlegatos

<sup>7</sup> 11AlegatosFiduprevisora



La parte accionada en su escrito de alegatos de conclusión solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que para efectos del reajuste de la pensión de jubilación de la señora Cenith Isabel Ángel de Paternina, sólo se deben incluir en el ingreso base de liquidación aquellos factores sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones y se encuentren taxativos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, lo anterior, en aplicación de la segunda subregla contenida en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 y de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

### **6.3. Concepto del Ministerio Público.<sup>8</sup>**

El Ministerio Público rindió concepto en esta instancia procesal, donde manifestó que la sentencia objeto de apelación debe confirmarse, por cuanto a la demandante no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión con fundamento en todos los factores salariales devengados durante su último año de servicios.

Lo anterior, teniendo en cuenta teniendo en cuenta que para el caso concreto de los docentes y de los demás trabajadores exceptuados expresamente de la aplicación de la Ley 100 de 1993, también resulta aplicable la segunda subregla expuesta por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 18 de agosto de 2018, según la cual, solo hacen parte del IBL, los factores salariales devengados por el docente, durante su último año de servicio siempre que hubieren servido de base para liquidar aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Así las cosas, recalca que la tesis sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, perdió vigencia con respecto al IBL, y por lo mismo, el único criterio de autoridad con que se cuenta en estos momentos para definir asuntos de reliquidación pensional, es el establecido en la providencia de unificación del pasado 18 de agosto 2018.

---

<sup>8</sup> 08ConceptoProcuraduria

#### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

##### **2. Problema jurídico**

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se deberán resolver el siguiente problema jurídico:

*¿Determinar si es procedente que La Nación- Ministerio de Educación, Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquide la pensión de jubilación de la señora Cineth Isabel Ángel de Paternina, teniendo en cuenta el factor salarial de horas extras devengado en el último año de servicios?*

##### **3. Tesis.**

La Sala estima que la jurisprudencia aplicable al asunto bajo estudio es la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, la cual dispuso expresamente que constituye un precedente obligatorio para los casos que en la fecha de su expedición se encontraban pendientes de decidir.



Por otro lado, la docente demandante no tiene derecho a la reliquidación en los términos que reclama, porque estuvo excluida del régimen general de pensiones y se le debe aplicar de forma íntegra las Leyes 33/85 y 62/85, y por mandato de dichas disposiciones, los factores que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidación pensional son aquellos que se encuentren taxativamente en la ley **y sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema** de seguridad social en pensiones. No obstante, como la demandante si demostró que devengó horas extras la misma debe ser reconocida.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

#### **4. Marco normativo y jurisprudencial.**

##### **4.1. De la pensión de jubilación de docentes oficiales.**

El régimen prestacional aplicable, actualmente a los educadores oficiales es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el párrafo transitorio 1 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, 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 esta.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003<sup>9</sup>, señaló 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 su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de

---

<sup>9</sup> Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario"



la misma 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.

Ahora bien, en cuanto toca al régimen pensional de los docentes que regía antes del 27 de junio de 2003, se encuentra que la Ley 115 de 1994 -Ley General de Educación-, en su artículo 115<sup>10</sup>, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso 3º del artículo 6º de la ley 60 de 1993<sup>11</sup>, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales **vinculados antes del 27 de junio de 2003**, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el **contenido en la ley 91 de 1989**<sup>12</sup>.

---

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

\* 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 cualesquiera 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.

(. . .)"

<sup>12</sup> Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

"La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;..." (Sección Segunda del Consejo de Estado en (Sentencia del 6 de abril de 2011, CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))



Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio), en el numeral 1 del artículo 15 consagró que los docentes nacionales y los vinculados **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, esto es, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes<sup>13</sup>.

A su vez, el numeral 2º literal b)<sup>14</sup> de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Conforme a lo anterior, a los docentes nacionales y los vinculados a partir del **1 de enero de 1990** les era aplicable el régimen general previsto para los empleados públicos nacionales -decretos 3135/68, 1848/69 y 1045/78- y los docentes nacionalizados **vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989** estaban cobijados por el régimen territorial es decir la **ley 6 de 1945**.

**Lo anterior se mantuvo hasta la expedición de la ley 33 de 1985, la cual unificó el régimen pensional.**

Ahora bien, la ley 33 en el parágrafo 2º del artículo 1º consagró un régimen de transición, el cual previó para los trabajadores oficiales que hubieren cumplido **15 años continuos o discontinuos** de servicio a la fecha de su

<sup>13</sup> "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 1º 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."

» "Artículo 15. (...)



entrada en vigencia (13 de febrero de 1985), la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en la norma anterior, esto es, la ley 6º de 1945 y las normas que la complementaron y reglamentaron.

En orden a lo expresado, se entiende que a los docentes (nacionales, nacionalizados y territoriales), vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, les es aplicable el régimen pensional general previsto en la ley 33 de 1985, a menos que se encuentren cobijados por el régimen de transición contemplado en esa normatividad.

#### **4.2. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional docente. (SENTENCIA DE UNIFICACIÓN)**

La Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>15</sup>; en su función unificadora, estableció 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, y sentó 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 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."**

Así entonces queda decantada una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación 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".

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente; César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).



Se precisó en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones" y se subrayó que "los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación". **Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Lev 62 de 1985.**

## 5. Caso concreto.

### 5.1 Hechos relevantes probados

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- ✓ Obra en el expediente formato único para la expedición de certificado de historia laboral, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que constan que la demandante se vinculó al sistema educativo oficial desde el 25 de julio de 1994. (01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 31-33).
- ✓ Obra en el expediente Resolución No. 6860 del 09 de octubre de 2013, proferida por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, mediante la cual se le reconoce a la accionante una pensión de jubilación, teniendo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, devengadas en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, efectiva a partir del 24 de febrero de 2010. (01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 22-26)
- ✓ Obra en el expediente formato único para la expedición de certificado de salarios, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que constan los factores salariales devengados por la docente Cineth Isabel Ángel de Paternina en los años 2009 y 2010. (01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 29-30)
- ✓ Certificado de historia laboral donde consta los sueldos y asignaciones



devengados por la demandante.

(01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 102-103).

- ✓ Copia auténtica del expediente laboral de la demandante, referente al reconocimiento de la pensión de vejez.

(01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 104-166).

## **5.2. Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el sub iudice, pretende la parte accionante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 6860 del 9 de octubre de 2013 mediante la cual la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena le reconoció a la docente CINETH ISABEL ANGEL DE PTERNINA pensión vitalicia de jubilación sin incluir la totalidad de los factores salariales percibidos en el último año anterior al retiro definitivo; horas extras; a título de restablecimiento del derecho, solicita que la entidad demandada le reconozca pensión de jubilación equivalente al promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada.

A su turno, la parte accionada al contestar la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda; toda vez que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, en razón a que, quedó acreditado en el caso de marras que el factor salarial de prima de navidad no hace parte de los factores salariales consagrados en el artículo 1 de la ley 62 de 1985; y respecto a las horas extras no se demostró que se hubieran efectuado los descuentos a la seguridad social sobre el mismo, carga demostrativa que pesaba bajo las espaldas de la demandante.

La parte accionante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque o modifique el fallo en cuestión; lo anterior, toda vez que si bien se encuentra en desacuerdo con lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en



aras de acatar lo consignado en el mismo, es procedente tener en cuenta como promedio base de liquidación de jubilación, el factor salarial de las horas extras, al encontrarse consagrado en el artículo 1 de la ley 62 de 1985 y haber sido percibido por la demandante en el año anterior de adquirir el estatus de pensionada.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado, los hechos probados en el presente asunto, y el objeto del recurso de apelación impetrado, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

De acuerdo con el material probatorio arrojado al plenario; se tiene que la demandante CINETH ISABEL ANGEL DE PARTERNINA se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003; esto es, el 25 de julio de 1994, según se corrobora del certificado de historia laboral, proferido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en 01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 31-33.

En efecto, se encuentra acreditado que la actora prestó sus servicios como docente vinculada desde el 25 de julio de 1994 y adquirió el status de jubilado el 23 de febrero de 2010 (01DemandaNulidadRestablecimiento Folios Digitalizados 22-26); así mismo, que se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado su calidad de docente y acorde con lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, circunstancia que la excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenida en la Ley 100 de 1993 y las normas que posteriormente la modificaron o reglamentaron, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores, aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

Acorde con el contenido de la Ley 91 de 1989, las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionalizados se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro.

Sobre tal aspecto es necesario precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son



aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención, la cual dispuso respecto de la pensión de jubilación el "*equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio*", para aquellos empleados oficiales que hayan cumplido 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

Por lo anterior, se tiene que el régimen pensional aplicable a la accionante es el contenido en la Ley 33 de 1985, habida cuenta que no se encuentra cobijado por la transición consagrada en tal normatividad.

En cuanto a los factores salariales, la mencionada ley (modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985), dispone que "*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, ascensional 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 ese sentido, tal como se precisó en el marco normativo y jurisprudencial, en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y **que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.**

En este orden, en el sub judice, en la liquidación de la actora, se tuvieron en cuenta: el sueldo básico y la prima de vacaciones; sin embargo, solicita la inclusión de las horas extras y prima de navidad, al haber sido devengadas en el año anterior a la adquisición del status de pensionada.



En el presente caso no es procedente la reliquidación deprecada con inclusión de la prima de navidad, en razón a que no está enlistados en las pluricitadas leyes 33 y 62 de 1985.

Respecto de las horas extras, advierte la Sala que, que dicho factor si esta incluido dentro del listado señalado en el **artículo 1° de la Ley 62 de 1985**, no obstante, no hay prueba de que el empleador haya cotizado a pensiones sobre las horas extras, debió hacerlo por mandato legal; y por ello se dispondrá incluir dicho factor salarial para efectos de establecer su IBL y reliquidar su pensión de jubilación y, en caso de que no se hubieran hecho los aportes sobre dicho factor, se deberá descontar del valor de la condena la suma que correspondía al docente con destino al FOMAG.

Por lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia apelada, pues si bien resulta improcedente la reliquidación de la pensión del demandante incluyendo en el IBL todos los factores salariales devengados durante el año de servicios previo a la adquisición del estatus pensional, se demostró que había recibido **horas extras** durante ese periodo, factor salarial que debe ser incluido en el IBL a la luz del artículo 1° de la Ley 62/85.

### **De la prescripción de los derechos laborales.**

Ahora bien, resulta procedente estudiar lo relacionado con el tema de la prescripción de los derechos reconocidos, teniendo en cuenta que es una excepción que también puede ser declarada de oficio por la Sala, toda vez que se trata de una excepción que ataca el derecho sustancial reclamado de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA.

Advierte la Sala que, mediante Resolución No. 1055 del 03 de abril de 2007 notificada el 12 de abril de 2007 fue reconocida pensión de jubilación al actor, posteriormente fue reliquidada dicha pensión por el retiro definitivo del actor mediante la **Resolución No. 6860 del 09 de octubre de 2013**, y la demanda se presentó el **23 de septiembre de 2016**, de tal manera que, a juicio de esta corporación, no operó la prescripción de las mesadas pensionales.

### **5.3. Condena en costas en segunda instancia**



En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En el presente caso el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante fue resuelto en forma parcialmente favorable, por lo cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **VI. FALLA**

**PRIMERO:** REVOCAR parcialmente la sentencia apelada, la cual quedará así:

*“**PRIMERO:** Declarar la nulidad parcial de la **Resolución No. 6860 del 09 de octubre de 2013**, mediante la cual se ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la señora **CENITH ISABEL ANGEL PATERNINA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordena **1)**. A la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación de la señora **CENITH ISABEL ANGEL PATERNINA**, incluyendo una base de liquidación del 75% del promedio de los factores salariales cotizados durante el último año de servicio, teniendo en cuenta además del sueldo básico y la prima de vacaciones, las horas extras 2). Se condena al pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales como consecuencia de la reliquidación ordenada en esta providencia, a partir del 24 de febrero de 2010.*

***TERCERO:** La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, deberá*



*descontar de las sumas derivadas del numeral 1) del artículo primero de esta sentencia, los aportes correspondiente a los factores salariales cuya inclusión se ordena, siempre y cuando sobre estos no se hubieren practicado el descuento legal devengados el año anterior a la fecha de adquisición del status pensional, en el evento en que no hayan sido objeto de aportes; así mismo, sobre las diferencias que se ordena reconocer y pagar a favor de la demandante, se deberán efectuar los descuentos de ley, destinados al sistema de seguridad social en salud.*

**CUARTO:** Las sumas que se reconozcan a favor del demandante serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

**QUINTO.** Se deniegan las demás pretensiones.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

### **LOS MAGISTRADOS**



**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA**