



13001-33-33-007-2015-00202-01

Cartagena de Indias D. T. y C, Treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-007-2015-00202-01
Demandante	Ángel Antonio Tapia Rodríguez
Demandado	Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reliquidación de pensión docente oficial

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2016, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

a). Pretensiones: El demandante formuló las siguientes:

1. Que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL declare la nulidad parcial de la Resolución 0810 del 5 de junio de 2006 y se dicte otra en la que se incluyan los factores salariales tales como: prima de navidad, prima de vacaciones, prima de exclusividad, y reajustes de pensión que fueron omitidos por la resolución demandada desconociendo lo ordenado por el decreto 1045 de 1978.

2. Que en la nueva resolución se utilice como base salarial, para liquidar la pensión de mi mandante, lo que ganaba un docente de su escalafón, al 28 de noviembre del 2005, instante en el cual, cumple con los requisitos para obtener su pensión, ello es 20 años de servicio y 55 años de edad.

3. Que como consecuencia de la pretensión uno, dos la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, DISTRITAL en el nuevo acto administrativo le reconozca a mi mandante los reajustes de pensión para cada año, así como todas y cada una de las diferencias monetarias dejadas de percibir, desde el día en que alcanzó el estatus hasta el día que se produzca el respectivo fallo de instancia.

b) Hechos.

Para sustentar sus pretensiones el demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:





13001-33-33-007-2015-00202-01

Prestó sus servicios al Estado como Docente Oficial adscrito a la Secretaría de Educación Distrital, por más de 20 años de servicio y el 28 de noviembre de 2005 cumplió 55 años de edad, adquiriendo así el estatus pensional.

La Secretaría de Educación de Bolívar, mediante Resolución No. 0810 de Junio 25 de 2006, le reconoció su pensión en cuantía de \$1.118.377,00 efectiva a partir de los años 2001-2002, calculada con la asignación básica de esos años y, desconociendo los factores salariales.

c) Normas violadas y concepto de violación.

Considera vulneradas las siguientes:

- Ley 1437 de 2007: Artículos 138 y 164 literal C.
- Decreto Nacional 1045 de 1978: artículo 45.
- Ley 91 de 1989: artículo 15.
- Leyes 33 y 62 de 1985.
- Ley 1151 del 2007: artículo 160.
- Decreto 2272 de 1979.
- Decreto 4164 2004.
- Decreto 4250 de 2004.
- Decreto 598 de 2005.
- Decreto 595 de 2006.

En síntesis señala el demandante que la demandada, al proferir la resolución acusada, transgrede normas legales y constitucionales pues al calcular el monto pensional no tuvo en cuenta la prima de vacaciones y prima de navidad, rubros que fueron certificados como devengados y pagado en el último año de servicio.

También transgrede los principios estatuidos y regulados por la Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985, que estipula, que el monto pensional habrá de calcularse con el 75% del promedio de los factores certificados en el último año de servicio, haciendo un listado ejemplificativo: la asignación básica mensual, los gastos de representación y la prima técnica, los dominicales y feriados, las horas extras, los auxilios de alimentación y transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último día de servicio, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.





13001-33-33-007-2015-00202-01

No es cierto como lo indica el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que los factores de salario sobre los cuales se determina el monto de la pensión, son únicamente la asignación básica y la prima de vacaciones, y que la liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición del Decreto 812 de 2003, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre el cual realiza los aportes el docente, porque aunque no se le practico los descuentos por aportes a seguridad social, no impide que este sea estimado para el cálculo del monto pensional.

1.2. Contestación de la demanda.

- **El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:** se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando en resumen lo siguiente:

- Para la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, el señor Ángel Antonio Tapias Rodríguez no contemplaba 15 años de servicios continuos o discontinuos, y mucho menos se encontraba retirado del servicio por haber cumplido 20 años de labor continua, en ese sentido solo podía ser tomada en cuenta para el reconocimiento de su pensión de jubilación, la Ley 33 de 1985.

Igualmente transcribió sentencias del Consejo de Estado y concluyó que la pensión de jubilación del demandante debía ser liquidada con los factores salariales que fueron establecidos en el artículo primero de la Ley 62 de 1985, tal como lo tomo en consideración la entidad demandada al incluir la asignación básica, y al excluir otros factores salariales como primas de alimentación especial, vacaciones y navidad, al no estar contemplada en el listado del artículo primero de la ley mencionada.

Así mismo, señaló que los actos administrativos demandados no vulneran las disposiciones invocadas por el actor, y están ceñidos a derecho, pues a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, no tenía 15 años o más de tiempo de servicio, por tanto no debió ser beneficiado con la excepción contemplada en la misma normatividad.

Para concluir su intervención, propuso las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción de derechos, compensación y excepción genérica o innominada. (fs. 54-68)

- **El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias,** se opuso a las pretensiones de la demanda, exponiendo en síntesis lo siguiente:





13001-33-33-007-2015-00202-01

Señaló que el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, son obligación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no pueden ser estos pagos diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

En el reconocimiento de las pensiones de jubilación, el valor de la mesada pensional, antes de la vigencia del Decreto 3752 de 2003, estaba integrado por todos los factores salariales devengados en el último año de servicio del docente. Desde diciembre de 2003, solamente deberá liquidarse con sobresueldos nacionales y horas extras, si sobre estos el docente aportaba; es decir, después de la entrada en vigencia del Decreto de la referencia, no es posible incluir para liquidar la pensión de jubilación los factores salariales que reclama el demandante.

En el caso concreto, si bien es evidente que el Secretario de Educación Distrital suscribió el acto administrativo de reconocimiento de pensión del demandante, esa suscripción fue realizada en calidad de representante del FONPREMAG, razón por la cual la relación sustancial que dio origen a la demanda, es directamente con FONPREMAG, por lo cual Distrito debe ser sustraído de la misma.

Por último, manifiesta que debe excluirse al Distrito de una eventual condena en su contra, por lo que solicita como excepciones la falta de legitimación por pasiva e inexistencia de derecho para pedir. (fs. 79-85)

1.3. Sentencia apelada.

El Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 26 de abril de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"Primero.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución 810 del 5 de junio de 2006, proferida por la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto de la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, mediante la cual se reconoció la pensión de jubilación al docente ANGEL ANTONIO TAPIA RODRIGUEZ, en lo relativo al sueldo básico y los factores salariales tenidos en cuenta para su liquidación.

Segundo.- A título de restablecimiento del derecho se ORDENA a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor ANGEL ANTONIO TAPIA RODRIGUEZ, a partir del 29 de noviembre de 2005, actualizando el sueldo básico correspondiente al grado 14 del Escalafón docente vigente para el año 2005, según el Decreto 4164 de 2004 e incluyendo para su cálculo todos



13001-33-33-007-2015-00202-01

los factores devengados en el año anterior a la consolidación de su estatus pensional que identificamos en la parte considerativa de esta providencia y de acuerdo con las certificaciones que militan en el expediente.

Tercero.- Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a la demandante de las diferencias causadas que o se hayan visto afectadas por la prescripción trienal de los derechos laborales en los términos de la parte considerativa de esta sentencia, esto es, a partir de del 26 de enero de 2012. Estas sumas serán indexadas de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 187 del CPACA. LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, podrá deducir los correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción que correspondan por ley a la parte demandante. Precizando que este descuento opera sobre los factores devengados en el año anterior a la consolidación de su estatus pensional.

Cuarto.- Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, en consecuencia, se declaran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 26 de enero de 2012.

Quinto- Las sumas que resulten a favor de la demandante y los aportes que deberán deducirse, se ajustaran en la forma expresada en esta sentencia y se dará cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 189, 192, 195 del CPACA.

Sexto.- Las declaraciones y condenas establecidas en esta providencia quedan condicionadas a que a que se cumpla la condición establecida en el numeral segundo de la sentencia del 1 de marzo de 2016 proferida por el Juzgado Décimo Tercero de Cartagena en el proceso radicado bajo el numero 13 001 33 33 013 2015 00038 en donde es parte el señor ANGEL ANTONIO TAPIA RODRIGUEZ y demandado el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y el demandante, decida quedarse con la pensión reconocida en la Resolución 810 de 2006.

Séptimo.- Sin condena en costas.

Octavo- Declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho propuesta, buena fe y pago propuestas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

Noveno.- Una vez en firme esta sentencia, por Secretaría devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, expídanse las copias con las anotaciones legales para su cobro ante la entidad demandada y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Decimo.- Notificar esta providencia por secretaria conforme al artículo 209 del CPACA."

Para sustentar su decisión afirmó, en resumen, lo siguiente:

En primer lugar, que está probado que el actor goza de dos pensiones de jubilación derivadas de su actividad como docente, una reconocida





13001-33-33-007-2015-00202-01

mediante Resolución N° 810 de 5 de junio de 2006, por prestar sus servicios como Docente Nacionalizado en la Institución Educativa Colegio Nocturno Rafael Núñez y, otra reconocida mediante Resolución 809 de 5 de junio de 2006, por prestar sus servicios como Docente Nacional en la Institución Educativa INEM José Manuel Rodríguez Torices.

Como el demandante se vinculó como docente nacionalizado desde el 23 de marzo de 1981, su régimen pensional es el vigente antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, por lo que la pensión debe liquidarse de conformidad con la Ley 91/1989 y la Ley 33 de 1985 y las normas que lo adicionaron o modificaron.

Agregó que al demandante le es aplicable la Ley 62 de 1985, por lo tanto, ordenó a la entidad demandada reliquidar la pensión con la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, la prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones.

No obstante, condicionó la sentencia a que se cumpla el numeral segundo de la sentencia del 1° de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Décimo tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que ordenó la reliquidación de la pensión reconocida mediante Resolución N° 809 de 5 de junio de 2006, pero a condición de que el demandante dentro del término de un mes contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, decida sobre cuál de las dos pensiones reconocida desea seguir percibiendo.

1.4. Del recurso de apelación

1.4.1. El apoderado de **la parte demandada** señaló que la decisión del A quo no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, por lo siguiente:

"En materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dada la particularidad y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, los cuales contemplan iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos (...).

Como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional (...). Además el artículo 3 del





13001-33-33-007-2015-00202-01

Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la clasificación de los empleos, no es aplicable al personal docente, por ende tiene su propio Estatuto Docente.

Por tanto, la Ley 91 de 1989 referente a las prestaciones sociales como factor salarial, no es aplicable a los docentes, **"El fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio no pagará las siguientes prestaciones que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora...en favor del personal vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989- primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones"**.

Señaló que la prima de servicios para el personal docente no ha sido creada por la Ley 91 de 1989; además de que las asignaciones relacionadas en dicha norma, son meramente enunciativas.

La regla general, consagrada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, no se aplica a los regímenes especiales, dentro de los cuales no se encuentra el ramo de la docencia, al menos en lo referente al régimen pensional, concretamente a la materia de la edad para tener derecho a la pensión de jubilación ordinaria, aspecto que se encuentra regulado en los Decretos 3135 de 1968, artículo 27, 1848 de 1969, artículo 68 y 1045 de 1978, según lo contemplado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los cuales no constituyen un estatuto especial sino normas de carácter general.

Reiteró que los requisitos para acceder a la pensión están expresamente delimitados en las Ley 91 de 1989 (asignación básica mensual) y Decreto 3621/2003 (sobresueldo) fuera de ellos no existe la posibilidad de reconocer y pagar el reajuste a la cuantía de la pensión vitalicia de jubilación a favor del docente.

De acuerdo a lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia de 19 de septiembre de 2016 y, en caso de que no se revoque, se de aplicación al principio procesal de la *no reformatio in pejus* en lo que se refiere a la deducción legal de aportes ordenada en el numeral tercero de la parte resolutive del fallo apelado.

1.4.2. El apoderado de la **parte demandante** presentó recurso de apelación contra la providencia de primera instancia, argumentando lo siguiente:

La providencia recurrida **rompe con el principio de la justicia rogada**: la sentencia echa mano de unos hechos y unos materiales probatorios que no tienen que ver con las pretensiones de la demanda y lo contestado por la demandada, en la medida en que las pretensiones de la demanda se ciñen única y exclusivamente a estudiar la legalidad de la Resolución 0810 del 5 de junio del 2005, por medio de la cual se reconoció una pensión ordinaria



13001-33-33-007-2015-00202-01

de jubilación al señor Ángel Antonio Tapia Rodríguez, en lo que respecta a factores salariales, ello es así, pues es el mismo demandante, quien deprecia la nulidad parcial de resolución en comento, por lo que lo demandado no es la totalidad de la resolución, sino solo una parte de ella a saber: la parte de la resolución que al momento de liquidar la pensión, no incluyó los factores salariales a que tenía derecho.

De otra parte, la demanda fue contestada circunscribiéndose a lo pedido en la demanda, y así fue fijado el litigio; no obstante, a merced del oficio No. 21, remitido en cumplimiento de la sentencia No. 16 proferida en el proceso radicado N° 1300133330132010003800, tramitado en el Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Cartagena, el 1° de marzo, se allegaron unas pruebas documentales al juzgado.

Dichas pruebas demuestran que el actor tiene dos pensiones ordinarias de jubilación, por lo que la sentencia objeto del presente recurso, en su parte resolutive, condiciono la reliquidación de los factores salariales, a que se renuncie a una de las dos pensiones, hecho que nada tiene que ver con lo deprecado en la demanda y lo expresado en la contestación de la misma, criterio que viola el principio de la justicia rogada; puesto en el proceso no se está discutiendo si un docente puede tener dos pensiones ordinarias de jubilación, esa es una circunstancia fáctica que eventualmente puede ser objeto de otro proceso ordinario administrativo.

De otra parte, esta sentencia así proferida, es decir, condicionando lo resuelto al hecho de que mi apadrinado escoja entre una de sus dos pensiones, rompe con el **principio de la congruencia** en la medida en que de acuerdo al problema jurídico visible a folio 4 y 5 de la sentencia, nada se menciona respecto de si un docente puede tener dos pensiones ordinarias de jubilación. Sin embargo, extrañamente, es objeto de estudio por la providencia aquí recurrida en su parte motiva y en el ordinal sexto de la parte resolutive.

Por lo tanto, la providencia no cumple con la finalidad del restablecimiento del orden jurídico perdido, ni con la administración de justicia, en la medida que condicionar la sentencia, es someter su cumplimiento a hechos futuros e inciertos, más aún cuando la otra sentencia, esto es la proferida por el JUZGADO DÉCIMO TERCERO ADMINISTRATIVO dentro del proceso 13001333301320150003800, que ni siquiera está en firme, pues ha sido objeto de censura (recurso de apelación e incidente de nulidad), siendo susceptible de ser revocada o declarada nula, con lo que de ocurrir este evento, la sentencia del presente caso, sería inejecutable, lo que se





13001-33-33-007-2015-00202-01

traduciría en una denegación flagrante de justicia a un ciudadano, es decir, la materialización del anti-derecho.

Finalmente, existe una **violación al debido proceso**, toda vez que el artículo 29 de la constitución política de Colombia y que es fuente del derecho administrativo y el 214 de la ley 1437 del 2011 establecen que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso, esto es sin brindarle a las partes la posibilidad de controvertirlas. Para el caso concreto es más ostensible que se configura nulidad en la medida en que las pruebas sobre las que no se ejerció el derecho de contradicción, fueron allegadas con posterioridad al cierre del debate probatorio el día 1 de marzo del 2016 y por un funcionario sin la competencia para hacerlo, circunstancia que genera que la prueba no reúna dos de sus condiciones esenciales para su producción, una de carácter extrínseco y otra de carácter intrínseco, como son la contradicción y la licitud.

Al aportar la prueba después de que se hubiera cerrado el debate probatorio y por una funcionaria que no tenía competencia para ello, se está desconociendo las formalidades requeridas para la producción de la prueba y violándose los derechos fundamentales del actor, lo que torna en ilícita la misma.

1.5. Trámite de segunda instancia

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 2 de octubre de 2017 se admitió el recurso de apelación presentado por ambas partes contra el fallo de primera instancia (f. 274 del cuaderno 2) y mediante providencia de 20 de noviembre de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 279 del cuaderno N° 2).

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada ratificó los argumentos mencionados en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado,





procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

III.- CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

3.2. Problema jurídico

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que se re-liquide su pensión de jubilación, tomando como base todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición de su status pensional.

Así mismo, debe resolver la Sala, si tal y como lo afirma la parte demandante, no se debió condicionar la sentencia a la renuncia de otra pensión que no fue objeto de litigio dentro del proceso, porque vulnera el principio de la justicia rogada, debido proceso y principio de la congruencia.

3.3. Tesis de la Sala.

La Sala confirmará parcialmente el fallo apelado, en lo atinente a la reliquidación de la pensión de jubilación, toda vez que la demandante demostró que el año anterior a la adquisición del estatus pensional, además de la asignación básica, devengó prima de navidad y prima de vacaciones, conceptos que corresponden a factores salariales, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, proferida al amparo del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Por lo anterior, hay lugar a declarar la nulidad de los actos demandados y, ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, que reliquide la pensión de la demandante teniendo en cuenta, todos los factores salariales percibidos durante el año anterior a la adquisición del status pensional, tal como lo hizo el A quo.



13001-33-33-007-2015-00202-01

La decisión tomada en segunda instancia con apoyo en los criterios anteriores no agrava la condena impuesta en primera instancia en contra de la parte demandada.

Se revocará la condición impuesta al cumplimiento de la sentencia, consistente en la renuncia del actor a una de las dos pensiones reconocidas, toda vez que la misma viola la presunción de legalidad de los actos administrativos, el derecho de defensa y contradicción, el principio de la justicia rogada y de congruencia.

3.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado debe la Sala determinar cuáles son las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor en su calidad de docente.

3.4.1. De la pensión de jubilación del nivel nacionalizado.

El régimen prestacional y pensional de los servidores del sector oficial ha sido fijado por las Leyes **6ª de 1945** y **4ª de 1966** y los **Decretos 3135 de 1968** y **1848 de 1969**, que frente al monto pensional establecieron que el mismo sería calculado sobre el 75% de todo lo percibido por concepto de salario en el último año de servicios.

Posteriormente, el Decreto 2272 de 1979 expidió el estatuto docente, cuyo artículo 1º expresó:

"Artículo 1º. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales."

Si bien el estatuto docente consagró un régimen especial docente, éste sólo se limitó a materias como ingreso, estabilidad, ascenso y retiro del ramo, dejando por fuera lo relacionado con el régimen prestacional de dichos servidores, así:

A su turno, la Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas normas sobre las Cajas de Previsión y las prestaciones sociales para el sector público,





13001-33-33-007-2015-00202-01

vigente a partir del 13 de febrero de 1985,¹ y aplicable a los empleados oficiales de **todos los órdenes**, en su artículo 1º dispuso que las pensiones de los empleados oficiales fueran liquidadas sobre los mismos factores que sirvieron para calcular sus aportes durante el último año de servicios. Para tal efecto, en su artículo 3º hizo una relación de los factores que serían tenidos en cuenta para la determinación de la base de liquidación de los aportes, así:

ARTICULO 3o. 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 remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento 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;**
- **prima técnica;**
- **dominicales y feriados;**
- **horas extras;**
- **bonificación por servicios prestados; y**
- **trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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. (Negrillas y subrayas de la Sala)

Cabe anotar que esta ley, en su artículo 25, derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias.

Contempló además, que las normas allí contenidas no serían aplicables a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Adicionalmente, en su artículo 1º párrafo 2º ² estableció un régimen de transición en virtud del cual, los empleados oficiales tanto del orden

¹ Sobre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, puede consultarse la sentencia C 932-06 de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

² "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 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.





13001-33-33-007-2015-00202-01

nacional como departamental que a la fecha de su promulgación dada el 13 de febrero de 1985, contarán con 15 años continuos o discontinuos de servicio o hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse, se sujetarán a las disposiciones anteriores.

Finalmente, el contenido del artículo 1º de la ley en estudio (33 de 1.985) fue modificado por la Ley 62 de 1985, vigente a partir del 16 de septiembre, así:

"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, ascensional y de capacitación;
Dominicales y feriados;
Horas extras;
Bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio."**

En virtud del proceso de nacionalización de la educación dispuesto en la Ley 45 de 1975, se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ordenó que a partir de su vigencia el personal nacional y nacionalizado seguiría en materia prestacional las siguientes reglas:

"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 1.990 será regido por las siguientes reglas:

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".

Acorde con la Ley 91 de 1989 las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales se rigen por las normas **vigentes** aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848

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

...Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley."



13001-33-33-007-2015-00202-01

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 Ley 115 de 1994 – General de Educación-, remitió la regulación del régimen prestacional de los educadores estatales a lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y a lo dispuesto en esa misma ley.³

Por otra parte, con la Ley 100 de 1993 se introdujo una modificación al anterior sistema general de pensiones, en cuanto a edad, tiempo de servicios y factores de liquidación, regulando en materia pensional que el monto de la prestación oscilaría entre el 65% y el 85% del Ingreso Base de Liquidación, disposición de cobertura general que dejó atrás los regímenes establecidos a través de las normas dictadas con anterioridad a su expedición, salvo situaciones especiales en las que no sería aplicable y que fueron consagradas bajo la figura del régimen de transición para quienes a la fecha de su vigencia contarán con 35 años de edad o más en el caso de mujeres o 40 años de edad para los hombres:

Finalmente, la Ley 812 de 2003 que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006, reglamentada por el Decreto 3752 del mismo año, dispuso que los docentes de todos los órdenes gozarían del régimen prestacional sería el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia. Así mismo, recopilando la disposición contenida en la Ley 33 de 1985⁴, ordenó que las prestaciones sociales que se causaran a partir de su vigencia y que estuvieran a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se calcularían teniendo en cuenta la base de la cotización sobre la cual se aporta.

“Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales 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

³ Art. 115 Ley 115 de 1994.

⁴ Parágrafo del Artículo 3°.



13001-33-33-007-2015-00202-01

Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente."

El artículo transcrito (3° de la Ley 812/03) fue derogado por la Ley 1151 de 2.007.

En síntesis, el régimen pensional de los **docentes nacionalizados** vinculados con anterioridad al año 1989 es el descrito por las Leyes 33 y 62 de 1985, a menos que se encuentren dentro del régimen de excepción previsto en la Ley 33 de 1985, evento en el cual son aplicables los Decretos anteriores, esto es, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

3.4.2 Tratamiento jurisprudencial en cuanto a los factores de salario a tener en cuenta para la reliquidación pensional.

Esta Sala se ceñirá al precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, Exp. No 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sobre los factores de salario a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, donde concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985 tienen carácter enunciativo y no taxativo por las siguientes razones:

*"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación amiba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador **durante el último año de prestación de servicios.**"*

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de Julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó⁵:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación."

(...) La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia 9 de Julio de 2009, Ref: Expediente No (0208-2007).





13001-33-33-007-2015-00202-01

sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación trae como consecuencia la regresividad de los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. (...)

(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en tomo 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 salarios, además 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 incluyen los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978..." (Negritas y subrayas de la Sala).

3.5. CASO CONCRETO

3.5.1. Hechos probados

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

- Mediante Resolución No. 0810 del 05 de junio de 2006, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, en nombre y representación de la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación al señor **Ángel Antonio Tapia Rodríguez**, en cuantía de **un millón ciento dieciocho mil trescientos setenta y siete pesos (\$1.118.377,00)**, efectiva a partir del **29 de noviembre de 2005**, como docente de vinculación nacionalizado y, teniendo en cuenta para su liquidación el 75% de lo devengado por concepto asignación básica en el último año de servicios anterior al status. (fs. 12-13).

De acuerdo con el formato único de expedición de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la demandante





13001-33-33-007-2015-00202-01

recibió en su último año de prestación de servicio anterior a la adquisición del estatus de pensionada: asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones docente (fl. 128)

3.5.2. Estudio y decisión de los motivos de inconformidad de la demandada.

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad de la Resolución 0810 del 05 de junio de 2006, mediante la cual se le reconoció su pensión de jubilación sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

La entidad demandada liquidó la pensión de jubilación del accionante tomando como factor salarial, solo la asignación básica que devengaba (Fs. 12-13).

Ahora bien, se acreditó que la demandante fue afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dada 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 contenido 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.

Adicionalmente se pudo constatar que el demandante adquirió status pensional el día 28 de noviembre de 2005 (f. 12), fecha en que alcanzó los 55 años de edad (los 20 años de servicios prestados los había cumplido desde antes), razón por la cual dicha prestación se encuentra sometida a la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85.

Ahora bien, se probó igualmente que para el día 13 de febrero de 1985 (fecha de vigor de la L. 33/85) la accionante no había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión, destacándose que tampoco hace parte de un régimen especial de pensiones, circunstancia que le impedía exceptuarse de su aplicación, de lo cual se deduce que su situación pensional se rige íntegramente por las normas contenidas en ella, así como por la modificación introducida por la Ley 62 de 1985, tal y como lo consideró el A quo.

Luego, la pensión de jubilación debía ser liquidada con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, por las razones expuestas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación descrita previamente.





La apoderada de la parte demandada reconoció en el recurso de apelación que el régimen aplicable a la accionante en calidad de docente es el contenido en la Ley 33 de 1985, pero considera que dicha ley es clara en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando sean de aquellos taxativamente señalados en dichas normas.

El argumento anterior desconoce que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, entre otras decisiones en la sentencia de unificación descrita previamente y que ha sido reiterada en múltiples oportunidades, han señalado que las entidades encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones no pueden excusarse, para disminuir el monto de las pensiones de los empleados, en que los empleadores no efectúan los aportes o cotizaciones teniendo en cuenta todos los factores salariales, pues la obligación de hacer dichos aportes no corresponde al empleado sino al empleador, quien debe asegurarse de hacerlos en la forma y los estrictos términos establecidos por la Ley; y en todo caso las entidades que recaudan los aportes tienen el derecho y el deber de ejercer las acciones que correspondan para recaudar las cotizaciones no efectuadas por el empleador.

Si bien las normas y criterios en que se apoya el apelante tienen por objeto garantizar el equilibrio del sistema general de seguridad social en materia de pensiones, lo cierto es que el mismo se asegura, disponiendo en la sentencia, que del valor de la condena a favor de la demandante por concepto de reliquidación se hagan los descuentos de las sumas de dinero a su cargo por concepto de los aportes en seguridad social que no fueron percibidos oportunamente por el respectivo fondo de pensiones, en el evento en que el empleador no haya hecho los descuentos oportunamente con base en todos los factores salariales que el empleado devengaba.

La obligación de hacer las deducciones correspondientes a los aportes no corresponde al empleado sino a la entidad que cancela los salarios o las prestaciones sociales, quien debe asegurarse de hacerlos en la forma y los estrictos términos establecidos por la Ley, esto es, debe asegurarse de cotizar por todos y cada uno de los factores devengados por el empleado y que constituyan "salario".

El criterio que utiliza la demandada según el cual únicamente deben considerarse como ingreso base de liquidación los factores salariales señalados expresamente en la ley, desconoce el principio de primacía de



13001-33-33-007-2015-00202-01

la realidad sobre las formas, y justifica que el Estado, mediante la simple denominación de un factor salarial desconozca la verdadera naturaleza del salario.

De acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado examinada previamente, por salario deben entenderse incluidas *"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 salarios, 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 incluyen los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado..."*

Al estar demostrado que la demandante percibió en el año anterior a la adquisición del estatus pensional – enero de 2004 a diciembre de 2005-, asignación básica, prima de navidad, prima de alimentación especial y prima de vacaciones docentes (f.14), es claro que se impone la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados, pues al expedirlos no se tuvo en cuenta que, tratándose de la liquidación de pensiones de jubilación, las normas aplicables al caso se deben interpretar de cara a los postulados y principios constitucionales que propenden por la favorabilidad y progresividad.

3.5.2. Estudio y decisión de los motivos de inconformidad de la demandante.

El demandante considera que en el momento de dictar sentencia, el A-quo, vulneró su derecho al debido proceso y los principios a la justicia rogada y congruencia, pues, valoró una prueba allegada al proceso por fuera de la etapa probatoria, sin darle la oportunidad de contradicción; condicionó el fallo al cumplimiento de una ordenada dentro de una sentencia proferida en otro proceso judicial, decidiendo sobre un hecho que nada tiene que ver con lo deprecado en la demanda y lo expresado en la contestación de la misma, puesto en el proceso no se discute si un docente puede tener dos pensiones ordinarias de jubilación.

El carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativo y el principio de congruencia vienen determinados por las siguientes normas jurídicas:



El artículo 162 del CPACA establece:

Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.
3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación

Los artículos 280 y 281 del Código General del Proceso, establece respecto del contenido de la sentencia y la congruencia de la misma, lo siguiente:

Artículo 280. Contenido de la sentencia. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido



13001-33-33-007-2015-00202-01

después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio (...)"

El artículo 164 ibídem, establece respecto del debido proceso, lo siguiente:

Artículo 164. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

De acuerdo con las disposiciones transcritas, es evidente que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo el objeto del litigio viene determinado principalmente por los hechos y pretensiones de la demanda, así como por el concepto de la violación, y por ello la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado de manera reiterada que los jueces de dicha jurisdicción, en los casos en que se demande la nulidad de un acto administrativo, en la sentencia deben limitarse a enjuiciar la legalidad del mismo y no pueden estudiar cargos no formulados en la demanda, ni estudiar la legalidad del acto demandado a la luz de todo el ordenamiento, sino únicamente de las normas que se citan como violadas.

Lo anterior, para garantizar el principio de congruencia de la sentencia, respetar el derecho de defensa de la parte contra quien se invocan hechos

13001-33-33-007-2015-00202-01

nuevos que no pudo controvertir, e incluso la igualdad de las partes en el proceso.

De allí que en aplicación de las normas y jurisprudencia mencionadas, el Juez no debió estudiar la legalidad del acto que reconoció la pensión del actor, cuya legalidad se presume y no estaba sometida a juicio, sino la legalidad del acto que le negó el reajuste, que sí fue demandado.

Adicionalmente, decidió el Juez condicionar el cumplimiento de la sentencia con base en una providencia de otro Juzgado en que se afirma que el demandante tiene otra pensión que es incompatible con la que se pretende reajustar en este proceso, y en la resolución de la misma demandada que reconoció la otra pensión de jubilación al actor, documentos que no fueron decretados como pruebas y que la parte demandante no tuvo posibilidad de controvertir.

La conducta procesal del juez desconoce sin duda la regla conforme a la cual toda decisión debe fundarse en pruebas oportuna y regularmente decretadas y practicadas en el proceso.

No sobra agregar que el cumplimiento de la sentencia que reconoce el reajuste deprecado, se condicionó a la renuncia por parte del actor de una de las dos pensiones reconocidas al actor en condición de docente, con lo cual, no solo desconoce la presunción de legalidad de los actos administrativos, que son obligatorios mientras no se hayan suspendido o anulado por esta jurisdicción (artículo 88 del CPACA), sino que desconoce que los derechos pensionales han sido considerados como fundamentales, ciertos e indiscutibles y por tanto irrenunciables (artículo 53 de la Constitución Política).

Luego, a juicio de la Sala no debió el juez condicionar el cumplimiento de sus sentencia al reconocimiento del reajuste pensional en los términos en que lo hizo.

No quiere decir lo anterior que los jueces deban amparar pensiones que pudieran haberse adquirido contrariando cualquier disposición constitucional o legal, pues deben suspenderlos o declarar su nulidad cuando se someta a su consideración.

Pero en casos como el presente, lo que corresponde es mantener la presunción de legalidad del derecho pensional reconocido al demandante, sin perjuicio de que se exhorte a la parte demandada para que revise la



13001-33-33-007-2015-00202-01

situación pensional de aquél a la mayor brevedad, ante la evidencia de que se han reconocido dos pensiones que, en principio, serían incompatibles, y proceda demandar su nulidad y eventualmente el restablecimiento de derechos si a ello hubiere lugar, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del CPACA., en la cual podrá solicitar las medidas cautelares que estime necesarias, entre ellas la suspensión provisional de los efectos del acto demandado y la limitación de los pagos correspondientes.

El presente caso tiene la particularidad de que, prima facie, la entidad demandada reconoció al actor dos pensiones teniendo en cuenta el desempeño en dos cargos de docente, situación que en algún tiempo se dio en nuestro país y al cual aluden algunas sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado, y en ambos empleos habría hecho cotizaciones a seguridad social relacionados con los factores salariales devengados.

Esa situación plantea una complejidad particular, porque habría que establecer, si al demandante actualmente solo se le mantuviera una pensión, cuáles serían los aportes a seguridad social y los factores salariales devengados que deben tenerse en cuenta, y cual el destino de los aportes que se hicieron en alguno de los cargos que no se tengan en cuenta para efectos pensionales, entre otros temas.

Esas situaciones que contemplamos apenas a modo de hipótesis, no deben ser estudiadas y decididas en este proceso sino en otro proceso que puede promover la parte demandada.

Por lo anterior se revocará la condición impuesta al cumplimiento de la sentencia, consistente en la renuncia del actor a una de las dos pensiones reconocidas.

5.3. Condena en costas en segunda instancia

Aplica la Sala el artículo 188 del C.P.A.CA, 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 ese sentido, como la parte vencida es la demandada, se encuentra procedente condenarla en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte





13001-33-33-007-2015-00202-01

demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

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 el numeral sexto de la sentencia de 26 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

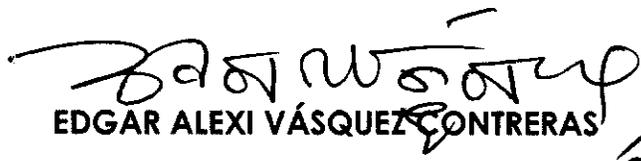
SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Condenar en segunda instancia a la parte demandada al pago de costas procesales a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Juzgado de primera instancia, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

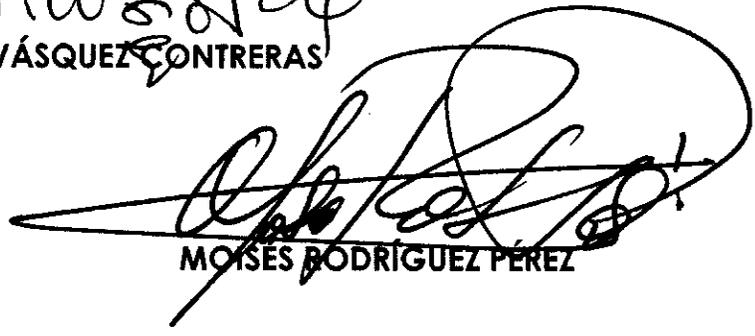
CUARTO: Exhortar al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación Distrital de Cartagena para que proceda a revisar la situación pensional del accionante y en el evento que se establezca el reconocimiento de pensiones incompatibles proceda a tomar las medidas administrativas y las acciones judiciales que corresponda, de acuerdo con la parte motiva.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

