

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

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

|                    |                                                                              |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| Medio de control   | Nulidad y restablecimiento del derecho                                       |
| Radicado           | 13001-33-33-0012-2015-00557-01                                               |
| Demandante         | Armida Isabel López Alvis                                                    |
| Demandado          | Nación - Ministerio de Educación – FOMAG y Secretaría de Educación Distrital |
| Magistrado Ponente | Edgar Alexi Vásquez Contreras                                                |
| Asunto:            | Reliquidación pensión docente                                                |

## II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 31 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. LA DEMANDA

a). **Pretensiones:** La demandante formuló las siguientes:

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución N° 1341 del 13 de mayo de 2008, por medio de la cual se reconoció a mi mandante la pensión vitalicia de jubilación en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional, en la que no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.
2. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 3705 del 11 de mayo de 2015, a través de la cual negó la solicitud de ajuste la Resolución N° 1341 del 13 de mayo de 2008, en lo que tiene que ver con dicha determinación por cuanto no se incluyeron todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.
3. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – vinculado, Distrito de Cartagena de Indias – Secretaría de Educación Distrital por tener interés en las results del proceso), le reconozca y una pensión ordinaria de Jubilación, a partir del 9 de julio de 2007, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional.
4. Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener





interés en las resultas del proceso), a que reconozca y pague a mi mandante una pensión ordinaria de jubilación, a partir del **09 de julio de 2007**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

5. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), a que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.

6. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), a que se efectúe el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina de la pensionada. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

7. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor

8. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

9. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Vinculado: DISTRITO DE CARTAGENA- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso).

#### b). Hechos

Para sustentar sus pretensiones la demandante, afirmó lo siguiente:

Laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.



La entidad demandada, solo tuvo en cuenta como base de liquidación pensional, la asignación básica, omitiendo los demás factores salariales devengados, tales como la prima de navidad, prima de vacaciones y otros, percibidos el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.

**c). Normas violadas y concepto de la violación.**

La demandante considera vulnerados los artículos 15 de la Ley 91 de 1989; 1º de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

Como concepto de la violación manifestó que su régimen pensional es el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, teniendo en cuenta la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal.

La ley 33 de 1985, en su artículo 1º, expresa de manera general que la *pensión vitalicia de jubilación se pagará sobre el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio*. Aunque no están definidos los factores salariales de manera expresa, no impide que se incluyan todos los emolumentos devengados por el trabajador y en ese sentido, al no ser reconocidos se está ocasionando un perjuicio económico en su patrimonio, ya que su ingreso resulta inferior al que debería estar recibiendo.

Por su parte, el artículo 15 de la ley 91 de 1989, deja en evidencia que la inclusión de factores salariales en la pensión de jubilación reclamada por la accionante se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que determinan que se deben tener en cuenta para el cálculo del valor de la mesada pensional todos los factores salariales que devengó el docente durante el último año de servicio.

En consecuencia, la pensión de jubilación que le fue reconocida, deberá reliquidarse con base a los demás factores que no se tuvieron en cuenta y que fueron devengados.

**3.2. Contestación de la demanda.**

**3.2.1. Distrito Turístico y Cultural Cartagena de Indias.**

Sostuvo que el ingreso base de cotización y liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentra obligado el Fondo, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realizó aportes.





En ese sentido, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tuvo como base para calcular el monto de dicha prestación los mismos factores que sirvieron de base al empleado para pagar el valor de los aportes para pensiones.

Por otra parte, las autoridades territoriales carecen de competencia, para disponer el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, a docentes, por obrar por delegación de funciones de la Nación.

Propuso como excepciones la falta de legitimación por pasiva, presunción de legalidad del acto administrativo demandado, buena fe y compensación. (fs. 42-50)

### 3.2.2. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fs. 81-95).

Se opuso a todas las pretensiones de la demandada por carecer de sustento fáctico y jurídico, ya que los actos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y cuenta con todos los factores salariales devengados en el año de estatus de pensión.

Como la demandante acreditó los presupuestos previstos en la Ley 33 de 1985, mediante Resolución N° 1341 de 13 de mayo de 2008 reconoció pensión de vejez.

La mesada pensional reconocida, fue liquidada de acuerdo a la normativa legal y reglamentaria aplicable, toda vez que solo debe tenerse en cuenta la asignación básica y los sobresueldos, en caso de que se devengue y atención al principio de sostenibilidad financiera.

Solicitó se declare la prescripción de las obligaciones, al no ser reclamadas dentro de los tres (3) años siguientes a la exigibilidad del derecho pensional, que para el presente caso transcurrió a partir del 13 de mayo de 2008.

### 3.3. La sentencia apelada. (fs. 133-141)

El Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 31 de marzo de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

**PRIMERO:** Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 1341 del 13 de mayo de 2008, mediante la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación a la actora, y la nulidad de la Resolución N° 3705 del 11 de mayo de 2015, ambas emanadas de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a través de la SECRETARIA DE EDUCACION





DISTRITAL DE CARTAGENA, por las razones expuestas en el presente proveído.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACION. MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reajustar y reliquidar la pensión de la señora ARMIDA ISABEL LOPEZ ALVIS, identificada con la C.C No 33.150.162, sobre el setenta y cinco (75%) por ciento del promedio de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al del cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, de conformidad con la certificación de fecha 07 de enero de 2015, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, en la cual se incluirán, además del sueldo básico los siguientes factores: Prima de navidad y prima de vacaciones docentes, pero con efectos fiscales a partir del 12 de marzo de 2012, por prescripción trienal.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente formula:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICAL}}$$

INDICE INICAL

Donde el valor presente ( R ) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor de la demandante una vez se haya liquidado y actualizado la base de liquidación de la pensión de jubilación cuando esta se reconoció, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vidente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

**TERCERO:** Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los nuevos factores señalados anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar a la pensionada, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y que fueron devengados durante el año inmediatamente anterior al del cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional, en caso que ello no se hubiere hecho.

**CUARTO:** Se declara la prescripción del derecho al pago de las sumas de dinero a que hubiere tenido derecho la actora, por concepto de diferencias entre la pensión de jubilación recibida y la que habría recibido si se hubieran incluido la totalidad de los factores salariales, sobre las mesadas anteriores al 12 de marzo de 2012.

**QUINTO:** Condenar en costas a la parte vencida, con inclusión de agencias en derecho equivalentes al 5% del valor de la cuantía estimada en la demanda. Su liquidación se efectuará por Secretaría.

**SEXTO:** Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del CPACA.





**SÉPTIMO:** Previa solicitud, devuélvanse a la actora, el remanente de los gastos ordinarios del proceso los cuales corresponden a la suma de Diecinueve Mil Cuatrocientos Pesos M/Cte. (\$19.400) m/Cte.

**OCTAVO:** Una vez ejecutoriada la presente sentencia, expídase copia para su cumplimiento con su correspondiente constancia de ejecutoria y archívese el expediente.

Para sustentar su decisión el A-quo, luego de describir el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso, de acuerdo con la cual la base de liquidación de la pensión de los docentes no se integra únicamente con las sumas reconocidas de manera expresa en la ley como salario, sino también con todos los factores realmente devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional que se paguen de manera habitual y periódica, y tengan como objeto la retribución de la labor del empleado, en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas.

Anoto que en el proceso está probado que la demandante adquirió su estatus de pensionada el 9 de julio de 2007.

Como al liquidar la pensión de vejez la entidad demandada solo tuvo en cuenta, el salario básico y excluyó los demás factores que devengó durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional - salario básico, prima de navidad y prima de vacaciones -, se debe ordenar la liquidación de la pensión con todos esos factores en un porcentaje del 75%.

Declaró prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 12 de marzo de 2012, de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Ordenó el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena, sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

### 3.4. Del recurso de apelación (fs. 144-155).

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 dadas las 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 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.

La ley 91 de 1989, referente a las prestaciones sociales como factor salarial, no es aplicable a los docentes, porque **"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".**

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 apelada y se aplique el 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 resolutiva.

### 3.5. Actuación procesal en segunda instancia

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto 2 de octubre de 2017 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (f. 166) y mediante auto de 20 de noviembre de 2017 corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f.170).

**La parte demandada** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fs. 173-178)

**La parte demandante y el Ministerio Público** no intervinieron en esta ocasión.

## IV. 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.



## V. CONSIDERACIONES

### 4.1. 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.

### 4.2. Problema jurídico

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar: i) si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía equivalente a un 75% por concepto de sueldos y demás salarios en el último año de servicio cumplidos los requisitos correspondientes; ii) si, en caso de que deba confirmarse la sentencia, procede aplicar 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.

### 4.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará el fallo apelado, 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.

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.

### 4.4. 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.







#### 4.4.1. De la pensión de jubilación del nivel nacional

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**, los cuales 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, con el Decreto 2272 de 1979 se expidió el estatuto docente, en el que si bien se 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.

*"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."*

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, vigente a partir del 13 de febrero de 1985<sup>1</sup>, 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.**

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





***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 parágrafo 2º<sup>2</sup> estableció un régimen de transición en virtud del cual, los empleados oficiales tanto del orden nacional como departamental que a la fecha de su promulgación dada el 13 de febrero de 1985, que contaran con 15 años continuos o discontinuos de servicio o hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse, se sujetarían 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, al indicar:

"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

<sup>2</sup> "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.

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."

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".

De acuerdo con lo anterior, 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 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 en esa misma ley.<sup>3</sup>

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 contaran 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, de igual forma 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

<sup>3</sup> Art. 115 Ley 115 de 1994.



contenida en la Ley 33 de 1985<sup>4</sup>, 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 Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente."*

Cabe destacar que pese a que el artículo transcrito (3° de la Ley 812/03) fue derogado por la Ley 1151 de 2007, su cita es necesaria por cuanto el mismo se encontraba vigente para la época de los hechos que dieron al presente proceso.

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 del artículo 3° de 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.

#### **4.4.2. 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 de fecha 4 de agosto de 2010, Exp. No 0112-09, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, sobre los factores de salario a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, concluyendo que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa 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 arriba 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*

<sup>4</sup> Parágrafo del Artículo 3°.



cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó<sup>5</sup>:

**"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 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 torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos **los factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros**, solo para señalar algunos factores de 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..." (Negrillas y subrayas de la Sala).

## 5. Caso concreto.

### 5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución 1341 de 13 de mayo de 2008, por medio de la cual la entidad demandada reconoce una pensión de jubilación a la demandante (fs. 20-22)
- Copia de la Resolución N° 3705 de 11 de mayo de 2015, "Por medio de la cual se niega una solicitud de ajuste a la pensión de jubilación" (fs. 23-25)
- Copia del Certificado de Salarios de 07 de enero de 2015, suscrito por el Técnico de Certificados de la Secretaría de Educación Distrital de

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





Cartagena, por medio de la cual se hace constar que la demandante devengó desde el 1 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2007, prima de navidad, prima de vacaciones y sueldo básico. (f. 27)

- Copia de la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación presentada por la demandante el 1º de agosto de 2015 (fs. 17-18).

## 5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad de la Resoluciones Nos. 1341 de 13 de mayo de 2008 y 3705 del 11 de mayo de 2015, expedidas por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, mediante las cuales se reconoció la pensión vitalicia de Jubilación sin tener en cuenta todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionada.

La entidad demandada liquidó la pensión de jubilación de la accionante tomando como factor salarial, solo la asignación básica (fs. 20-22).

Ahora bien, se acreditó que la demandante estaba afiliada 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 la demandante adquirió status pensional el día 8 de julio de 2007 (f. 20), fecha en que alcanzó los 55 años de edad y ya tenía prestado más de 20 años de servicios, razón por la cual dicha prestación se encuentra sometida al imperio de la Ley 812 de 2003, norma que de igual forma remite a las disposiciones anteriores que regulan la materia, esto es, las Leyes 6ª de 1945, Decreto Legislativo 3135 de 1968, Decreto Legislativo 1045 de 1978 o la Ley 33/85, siendo esa última la aplicable al caso concreto dada su condición de docente nacional.

Ahora bien, se probó igualmente que el 13 de febrero de 1985 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 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





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 2006 a diciembre de 2007-, asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones docentes (fs. 27), 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.

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

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que 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, la parte vencida es la demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría de la Corporación, 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,





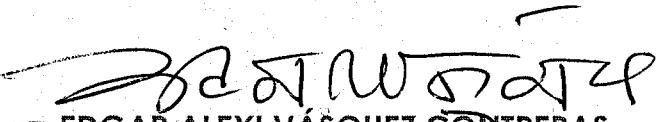
VI. FALLA

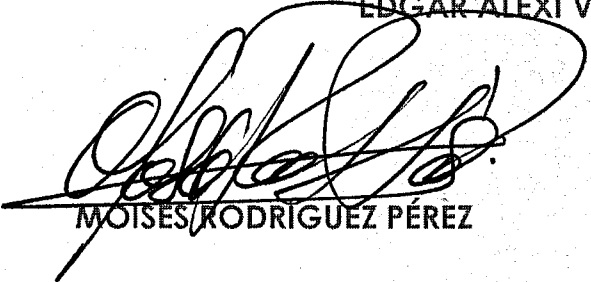
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 31 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena.

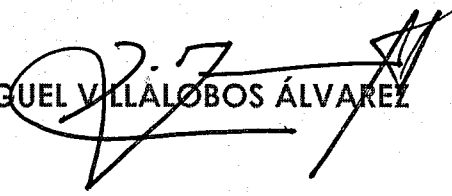
**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** 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

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

|                    |                                                                              |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| Medio de control   | Nulidad y restablecimiento del derecho                                       |
| Radicado           | 13001-33-33-0012-2015-00557-01                                               |
| Demandante         | Armida Isabel López Alvis                                                    |
| Demandado          | Nación - Ministerio de Educación – Fomag y Secretaría de Educación Distrital |
| Magistrado Ponente | Edgar Alexi Vásquez Contreras                                                |
| Asunto:            | Reliquidación pensión docente                                                |