

Cartagena de Indias D. T. y C, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2017-00281-01
Demandante	CIRA ELENA CORREA VILLALOBOS
Demandado	NACION - MIN. EDUCACION - FOMAG
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	IBL/DOCENTE

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

LA DEMANDA

-PRETENSIONES.

En síntesis, se pretende que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 6615 del 26 de septiembre de 2013 mediante el cual se reconoce una pensión mensual vitalicia.

En concordancia a lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al accionado a reconocer una pensión ordinaria de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales percibidos en el último año de servicio.

-HECHOS

Han sido enunciados en síntesis los siguientes:

La accionante adquirió su estatus pensional por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaria de Educación Distrital de

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



Cartagena de Indias mediante Resolución N° 6615 del 26 de septiembre de 2013.

Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, se tomaron en cuenta, los factores: asignación básica mensual y prima de vacaciones, desconociendo los demás factores salariales como son: prima de servicios, prima de navidad, percibidos en el último año de servicios.

-NORMAS TRASGREDIDAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Enuncio como trasgredidas las siguientes normas:

- Ley 812 de 2013 art. 81.
- Ley 1157 de 2007.
- Ley 91 de 1989.
- Ley 100 de 1993.
- Ley 33 de 1985.
- Código Sustantivo del Trabajo.

Considera la accionante que la entidad accionada incurrió en una desviación de poder al no incluir todos los factores salariales, así mismo al omitir actualizar la base de liquidación de la pensión de jubilación contrariando lo establecido en la jurisprudencia, la Constitución y la ley.

LA CONTESTACIÓN.

- FOMAG (Fls. 34-47)

Sostiene la demandada que los actos administrativos se encuentran acogidos por la presunción de legalidad y propone las excepciones de:

- Ineptitud de la demanda.
- Inexistencia de la obligación.
- Cobro de lo no debido.
- Prescripción.
- Falta de legitimidad en la causa por pasiva.
- Compensación.
- Excepción genérica o innominada.

Aduce la Entidad que no es viable proceder a un reajuste de la pensión porque no fueron cotizados durante el año status de pensión. Además, se tuvo en cuenta su tiempo de servicios (20 años) y la edad (55 años) tal y como consta en la Res. No. 6615 del 26 de septiembre de 2013.

- DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS (Fls. 54-61)

Arguye que el art. 1 de la ley 33 de 1985 señala cuales son los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de los empleados oficiales. Además, propone las excepciones de:

- Buena fe.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Inexistencia del derecho reclamado por el demandante.
- Expedición regular del acto cuya nulidad se impetra.
- Excepciones innominadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (fls.152-155)

El Juzgado Sexto (06) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante providencia de fecha 13 de agosto de 2018, concedió las pretensiones de la demanda, ordenando la re liquidación de la pensión de jubilación de la actora en cuantía equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio con inclusión de la prima de navidad que hubiere sido devengada por ella de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, puesto que las Normas aplicables al caso se deben interpretar de cara a los postulados y preceptos Constitucionales que propenden por la favorabilidad y progresividad.

RECURSO DE APELACIÓN

FOMAG (Fls. 159-169)

La parte demandada por mediante apoderado presenta recurso de alzada contra la decisión de primer grado, aduciendo que se debe revocar la sentencia, toda vez que no cuenta con el ordenamiento jurídico de manera integral.

TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



El recurso de apelación fue repartido el 24 de octubre de 2018, por la Oficina de Servicios de Cartagena, conforme consta en el acta individual de reparto, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la Secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 31 de octubre de 2018.

Mediante auto de 22 de noviembre de 2018, se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 15 de enero de 2019, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Solo la parte demandante, presento sus alegatos de conclusión. (fls. 190-200)

MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

Constatado el expediente se observa que, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia, se ejerció control de legalidad del mismo, conforme lo preceptuado en el artículo 207 del CPACA, por ello y teniendo en cuenta que en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV.- CONSIDERACIONES

-COMPETENCIA

En virtud de lo enunciado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

-MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



De acuerdo con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y de conformidad con la jurisprudencia¹ y los artículos 320 y 328 del C.G.P. se procederá a resolver el recurso de apelación, de conformidad con la remisión del art. 306 de la ley 1437 de 2011.

-PROBLEMA JURÍDICO.

Se contraerá a establecer si debe revocarse o no la sentencia apelada.

Para resolverlo se determinará si le asiste a la parte actora el derecho a que su pensión sea re liquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional.

-TESIS

Se sostendrá que, la sentencia apelada debe revocarse por cuanto, a la luz de la ley y la jurisprudencia de unificación de 25 de abril de 2019 del Honorable Consejo de Estado² aplicable al asunto, la actora no tiene derecho a que los factores salariales discutidos conformen su IBL; por tanto, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia.

FUNDAMENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

-MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA PENSIÓN ORDINARIA DE LOS DOCENTES OFICIALES.

A continuación, se efectuará el análisis de la normatividad que regula la pensión ordinaria docente y los precedentes jurisprudenciales en la materia.

En principio se debe señalar que actualmente el régimen prestacional aplicable a los educadores oficiales es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio

¹ CONSEJO DE ESTADO. Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00642-02(20718). 17 de mayo de 2018. Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejero Ponente: Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01.

del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005³, por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003⁴, señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de la misma serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Ahora bien, en cuanto toca al régimen pensional de los docentes que regía antes del 27 de junio de 2003, se encuentra que la Ley 115 de 1994 -Ley General de Educación-, en su artículo 115⁵, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso 3º del artículo 6º de la ley 60 de 1993⁶, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados

³ "Artículo 1º. "(...Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta....)".

⁴ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario"

⁵ Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

⁶ Artículo 6. "(...El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial...)"

sería el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la ley 91 de 1989⁷.

Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio), en el numeral 1° del artículo 15 consagró que los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes⁸.

A su vez, el numeral 2° literal b)⁹ de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y

⁷ Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

"La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así: 1) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular;...". (Sección Segunda del Consejo de Estado en (Sentencia del 6 de abril de 2011, C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))

⁸ "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

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

⁹ "Artículo 15. (...)

nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

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

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

Ahora bien, la ley 33 en el párrafo 2° del artículo 1° consagró un régimen de transición, el cual previó para los trabajadores oficiales que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio a la fecha de su entrada en vigencia -13 de febrero de 1985-, la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en la norma anterior, esto es, la ley 6° de 1945 y las normas que la complementaron y reglamentaron.

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

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos.

Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar esta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."



Por demás, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo¹⁰ acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985, que se había fijado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con anterioridad (sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018) y sentó jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.”

Así entonces queda decantada una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual, “en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios”.

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

Recapitulando, la regla es la siguiente:

*“Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son **únicamente: asignación básica, gastos de***

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Sentencia de unificación suj-014 -ce-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

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 conclusión de lo antes expuesto, los docentes vinculados con anterioridad a la ley 812 de 2003 se les aplica íntegramente la ley 33 de 1985 que consagra una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del último año de servicios para los empleados oficiales que cumplieron 55 años de edad y 20 años de servicio continuos o discontinuos, con sus respectivas modificaciones introducidas por la ley 62 de 1985, manteniendo la taxatividad de los aportes sobre los que efectivamente se cotizó; mientras que, a los docentes nacionalizados que se vincularon después de la entrada en vigencia de la ley de 2003, se les aplica el régimen contenido en la ley 100 de 1993 por el principio de favorabilidad y en atención a la jurisprudencia del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019 que indicó que dichas personas tienen un régimen pensional previsto en la ley 91 de 1983.

ARGUMENTACIÓN FÁCTICA Y PROBATORIA

Este despacho advierte que en sentencia de primera instancia fue concedida la pretensión de la reliquidación de la pensión de jubilación de la Cira Elena Correa con la inclusión del factor salarial de prima de navidad.

Allegados a el *sub lite*, se tiene que conforme a las probanzas allegadas oportunamente se logró demostrar que la accionante se vinculó Fondo Territorial del Departamento de Bolívar¹¹ el 13 de marzo de 1986 y al sistema educativo oficial 15 de febrero de 1994, quiere decir, con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, según se constata de la certificación de historia laboral expedida por Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹²; en efecto, la actora adquirió el status de jubilado el 22 de agosto de 2011, tal y como se observa de la resolución N° 6615 del 26 de septiembre de 2013 contando con 57 años de edad para la época, de la que también se desprende que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bolívar.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia No. 2018-01920 sostiene que:

¹¹ Fls. 14-17.

¹² Fls. 23-24.

“A los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les aplican las disposiciones anteriores, excepto en lo que resulte procedente atendiendo al principio de favorabilidad laboral. Este mandato fue ratificado por el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 22 de julio 2005”.

De acuerdo a los supuestos fácticos antes relacionados y el marco normativo expuesto, se tiene que el régimen pensional aplicable al accionante es el contenido en la Ley 33 de 1985 pues no se encuentra cobijada por la transición consagrada en la ley 100 de 1993 de acuerdo a lo estipulado en la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado fechada 25 de abril de 2019 que expresó:

“La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la misma sentencia la Sala Plena precisó que la regla establecida en esa providencia, así como la primera subregla, “no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley en comento (el 13 de febrero de 1985), la actora empezó a laborar con posterioridad a dicha ley, por tanto, le resulta aplicable **íntegramente** el régimen general contenido en esta, con sus respectivas modificaciones introducidas por la Ley 62 de 1985.

Dicho esto, la actora solicita la reliquidación y pago de la pensión de jubilación con todos los factores salariales debido a que en la liquidación solo se tuvo en cuenta la asignación básica mensual y la prima de vacaciones, omitiendo tener en cuenta la prima de servicios, prima de navidad y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

Expuesto lo anterior, encuentra la Sala que, la pensión de jubilación de la demandante debió liquidarse conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985¹³, que consagró una pensión de jubilación “equivalente al 75%

¹³ ARTICULO 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de

del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”, para aquellos empleados oficiales que hayan cumplido 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

Ahora bien, en cuanto a los factores salariales, debió, como en efecto se hizo, darse aplicación a lo previsto en el artículo 3¹⁴ de la mencionada ley (modificado por el artículo 1° de la ley 62 de 1985), en el cual se dispone que **“la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”**

En aplicación de lo expuesto en el presente asunto, se denota que la accionante no tiene derecho a que su mesada pensional se liquide tomando como base todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en la que adquirió el estatus de pensionada, sino solamente los

la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. PARÁGRAFO 1o. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán con jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 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.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad si son mujeres o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

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

¹⁴ ARTÍCULO 3. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. 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 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.

Parágrafo único. La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

factores que hayan servido de base para calcular los aportes y sin que difieran estos de la lista taxativa expuesta por el aludido artículo 1 de la Ley 62 de 1985, cuales son:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación.
- Dominicales y feriados.
- Horas extras.
- Bonificación por servicios prestados.
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Para ilustrar mejor lo anterior, se procede a esclarecer la normatividad prevista para el caso en concreto:

FACTORES SALARIALES SOLICITADOS POR LA DEMANDANTE	PENSION DE JUBILACION EN LA LEY 33 DE 1985	Fact. salarial Art 1 de la Ley 62 de 1985 (aplica la taxatividad)	Fact. salarial devengado por la actora en el ultimo año anterior al status pensional (fl.22)	Fact. Salarial reconocido en la R. N°6615 del 26 de Sep. de 2013, para liquidación de la pensión de jubilación de la actora
"Reconocer una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 23 de agosto de 2011 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 pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional".	«ARTÍCULO 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".	asignación básica	asignación básica	asignación básica
Conceptos / folio 22 ¹⁵ Prima de servicios. Prima de navidad.	Todos los años laborados fueron como empleada pública. (Docente de vinculación nacional fuente de recurso situado fiscal / presupuesto ley 91 - Plantel	gastos de representación	Prima de Navidad	Prima de vacaciones

¹⁵ Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. Formato único para la expedición de certificado de salarios.



	Institución Educativa Santa María – Cartagena.			
	Se certificó por la entidad demandada que la libelista laboró por 25 años, desde el 13 de septiembre de 1986 hasta 22 de agosto de 2011 ¹⁶	Primas de antigüedad técnica ascensional y de capacitación	Prima de vacaciones docentes	
		Dominicales y feriados		
		Horas extras		
		Bonificación por servicios prestados		
		Trabajo suplementario o realizado en jornada noct. o en día de descanso obligatorio		

Es así que, en cuanto al alcance de la anterior disposición, como viene de comentarse, la sentencia de unificación de 25 de abril del 2019, consideró que el listado contenido en el artículo en comento tiene carácter taxativo y por tanto no es admisible la inclusión de otros factores salariales.

Dicho lo anterior, queda claro, que no es procedente la re liquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de los factores salariales alegados por la actora (**prima de navidad, prima de servicios, (prima navidad, prima de vacaciones, grado y prima de alimentación especial)**, toda vez que, como pudo observarse, estos no hacen parte del IBL pensional, en virtud de la Normatividad aplicable, es decir, **no se encuadra en lo estipulado en el listado del artículo 01 de la Ley 62 de 1985**, lo cual da razón suficiente para concluir que al acto administrativo contenido en la Resolución No. 6615 del 26 de septiembre de 2013 no sobreviene con ilegalidad alguna, puesto que, tuvo en cuenta los factores salariales (**asignación básica y prima de vacaciones**) establecidos en la Ley ibídem para liquidar la pensión aludida.

¹⁶ Folios 14-17.



En ese sentido, no comparte esta Sala, la decisión del a quo en cuanto a que se hubiese acreditado que la demandante percibió en el año anterior a la adquisición del status pensional, la prima de navidad y ello no fue controvertido por la demandante, toda vez que, no se le puede imponer al Sistema una carga que la accionante no asumió y que si se pusiere en tela de juicio que dicha prestación fue percibida, la misma no se encuentra en el listado de factores que deben tenerse en cuenta al momento de la liquidación de la pensión. Por tanto, el juez de primera instancia erro en ordenar la re liquidación y que hubiese lugar a incluir dicho factor, por cuanto pese a que la señora Correa si devengó dicha prestación, se ha explicado reiteradamente, que no se adecua al criterio de taxatividad previamente establecido en la ley 62 de 1985, que dispone los factores a tener en cuenta para conformar la base de liquidación de la pensión, y del otro, previene que de los factores enunciados en ella.

En cuanto a la prima de servicios, se comparte la decisión adoptada por el juez, debido a que no se demostró dentro del caso de marras que hubiese sido devengada por la actora durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada y por tanto no puede incluirse dentro de los factores salariales para la reliquidación de su pensión.

Conforme a lo expuesto en el desarrollo de la presente providencia, se resuelve el problema jurídico planteado contestando que no procede la re liquidación de mesada pensional en la forma despachada por el a quo, pues con base al imperativo del criterio de taxatividad dispuesto en la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985, hay lugar a colegir que no se acreditó, más allá de lo que revelan los propios actos demandados, cuáles fueron los factores sobre los cuales la actora efectuó las cotizaciones al sistema, o que los invocados en la demanda deban conformar el ingreso base de liquidación.

Así las cosas, lo que impera es la revocatoria parcial de la de la sentencia apelada y en consecuencia se denegarán las suplicas de la demanda.

COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en los art. 365 y 366 Código General del Proceso.

Así las cosas, no habrá condena en costas por cuanto el recurso de alzada salió airoso para la parte demandada – FOMAG, de manera parcial.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE PARCIALMENTE la sentencia de fecha trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en sus numerales tercero, cuarto y sexto; en su lugar, **NIEGÁNSE** las suplicas de la demanda, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Firmado Por:

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6384c826e8262e8e61198ed543a5ea57eaa900d28a4f97a3259b9410405bb883

Documento generado en 24/09/2020 05:12:17 p.m.