

Cartagena de Indias D. T. y C, veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-014-2016-00430-01
<b>Demandante</b>	JUAN GUSTAVO PRENS YANCES
<b>Demandado</b>	NACION MIN. EDUCACION FOMAG
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
<b>Tema</b>	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 13 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto (14) Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES

### 2.1. LA DEMANDA

#### 2.1.1 Pretensiones. <sup>1</sup>

En síntesis, se pretende se declare la nulidad de la Resolución No. 2053 del 22 de junio de 2010 mediante el cual se reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

De igual manera, declarar la nulidad de la Resolución No. 1349 del 11 de marzo de 2016 que, negó la solicitud de reajuste pensonal.

Como pretensión consecuencial ruega porque se condene a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados en los doce meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado.

<sup>1</sup> Demanda admitida mediante auto interlocutorio No. 402 de fecha 06 de diciembre de 2016, Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena.

## 1.2. Hechos

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

Sostiene la apoderada judicial que, el actor laboro más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió sus requisitos de ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por parte de la entidad demandada.

Arguye que la Resolución No. 2053 del 22 de junio de 2010, solo incluyo: asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones, dejando por fuera la prima de navidad y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

Manifiesta que presento petición el día 28 de julio de 2015, solicitando la reliquidación de la pensión; sin embargo, esta fue negada mediante la Resolución No. 1349 del 11 de marzo de 2016.

## 1.3. Normas violadas.

Citó como violadas las siguientes normas:

- Ley 91 de 1989, art. 15.
- Ley 33 de 1985, art. 1.
- Ley 62 de 1985.
- Decreto 1045 de 1978.
- Ley 812 de 2003.
- Ley 1151 de 2007.

## 1.4. LA CONTESTACIÓN.

### - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG (Fls. 37-55)

Sostiene que la parte accionante no acredita sumariamente que los actos administrativos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse y que además estos gozan de presunción de legalidad.

Propone como excepciones la ineptitud de la demanda, el no agotamiento de la vía gubernativa como requisito indispensable para la presentación de la demanda, la inexistencia de la obligación por cuanto el monto de la mesada pensional acogida fue liquidada de acuerdo a la normatividad legal, el cobro de lo no debido porque no hay nada que justifique la solicitud de reliquidación, prescripción, compensación y finalmente la excepción genérica o innominada para que sea el juez quien oficiosamente reconozca las excepciones cuyos hechos se encuentren acreditados en el proceso.

- **DISTRITO DE CARTAGENA (Fls. 56-61)**

Sostiene que la ley 33 de 1985 en su artículo No. 3 señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes, la cual fue modificada por la ley 62 de 1985.

Así las cosas, manifiesta que no viola las disposiciones invocadas por el actor, toda vez que en el último año de servicios devengo: sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de exclusividad y, por tanto, de acuerdo a la ley se concluye que solo la asignación básica o sueldo es factor común con relación a los que se observan en la certificación de salarios aportada y sobre ella dese hacerse la liquidación.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (Fls. 92-96)**

El Juzgado Décimo Cuarto (14) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena mediante sentencia de 13 de diciembre de 2017, accedió a las suplicas de la demanda, argumentando que la demandada no obro conforme a derecho al excluir la prima de navidad, por lo tanto, se declara la nulidad parcial de la Resolución No. 2053 de 22 de junio de 2010 y la nulidad absoluta de la Resolución No. 1349 de 11 de marzo de 2016. Sumado a lo anterior, se declaró la falta de legitimidad en la causa por pasiva del Distrito de Cartagena. Por lo anterior, falla:

**“PRIMERO: DECLARAR** la nulidad parcial de la Resolución No. 2053 del 22 de junio de 2010, proferida por el Secretario de Educación de Cartagena en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se reconoce y ordena el pago de pensión vitalicia de jubilación al señor JUAN GUSTAVO PRENS YANCES, identificado con C.C. No. 9.092.641, en cuanto no incluyo para efectos de su liquidación, la prima de navidad dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional y la nulidad absoluta de la Resolución No. 1349 del 11 de marzo de 2016 por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión”.



**SEGUNDO:** Como consecuencia de la nulidad declarada en el numeral anterior y a título de restablecimiento del derecho, ORDENESE a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a RELIQUIDAR la pensión de jubilación reconocida en favor del señor JUAN GUSTAVO PRENS YANCES, incluyendo además del sueldo básico, prima de alimentación y prima de vacaciones, los siguientes factores salariales, devengados en el último año de servicios anterior a que se adquirió el estatus pensional (febrero de 2009 a febrero de 2010): prima de navidad.

**TERCERO:** Las sumas y valores de que tratan los numerales anteriores deberán ser ajustadas tomando como base el índice de precios al consumidor de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del CPACA”.

#### **4. RECURSO DE APELACIÓN**

##### **- FOMAG**

La parte demandada por intermedio de su apoderado apela la decisión de primer grado aduciendo que la decisión adoptada no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación a la parte demandante, por cuanto la normatividad es clara al establecer los factores salariales que constituyen el IBL de la pensión de jubilación.

De otra parte, en caso contrario, dar aplicación al principio procesal de la **no reformatio in pejus**.

#### **TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso de apelación fue repartido el 30 de octubre de 2018 por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Doctor Roberto Mario Chavarro Colpas quien funge como Magistrado del Despacho 001, a quien la secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 19 de noviembre de 2018.

Posteriormente mediante auto de fecha 22 de noviembre de 2018, se admitió para su trámite, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Posteriormente en auto de fecha 05 de diciembre de 2018 se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y también se ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo si lo consideraba conveniente.

## 5. ALEGACIONES

Solo la parte demandante presentó por escrito sus alegatos de conclusión tal y como consta en los folios 209 al 225.

## 6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público se abstuvo de realizar manifestación alguna respecto de la controversia puesta en consideración.

## II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado 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.

## III.- CONSIDERACIONES

### 3.1. Competencia

Con fundamento en lo mencionado 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.

### 3.2 Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le



corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

**“Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

En conclusión, de acuerdo con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y de conformidad con la jurisprudencia<sup>2</sup> 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 reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional.

### **-TESIS**

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00642-02(20718). 17 de mayo de 2018. Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO.



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 Estado<sup>3</sup> aplicable al asunto, el actor no tiene derecho a que la prima de navidad constituya un factor salarial que conforme su IBL por cuanto el art. 1 de la ley 62 de 1985 es claro al establecer la taxatividad de los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación y en él no se encuentra enlistada dicha prestación; 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 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 2005<sup>4</sup>, por el cual se modificó el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003<sup>5</sup>, señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> "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.]".

<sup>5</sup> Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario"



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 115<sup>6</sup>, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso 3° del artículo 6° de la ley 60 de 1993<sup>7</sup>, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, es el contenido en la ley 91 de 1989<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Artículo 6. “[...El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial...]”

<sup>8</sup> Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado:

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



Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio), en el numeral 1º del artículo 15 consagró que los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes<sup>9</sup>.

A su vez, el numeral 2º literal b)<sup>10</sup> de la citada disposición, precisó que los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

---

<sup>9</sup> "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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

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

<sup>10</sup> "Artículo 15. (...)

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."



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

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

Por demás, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo<sup>11</sup> 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 1º de la Ley 62 de**

<sup>11</sup> 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).



**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 1º 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 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 del señor JUAN GUSTAVO PRENS YANCES, con la inclusión del factor salarial de la prima de navidad y por tanto se declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 2053 del 22 de junio de 2010 y la nulidad absoluta de la Resolución No. 1349 del 11 de marzo de 2016.

Allegados a el *sub lite*, se tiene que conforme a las probanzas allegadas oportunamente se logró demostrar que el accionante se vinculó como docente<sup>12</sup> desde el 25 de febrero de 1981 hasta el 17 de febrero de 2010, 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 Magisterio<sup>13</sup>; en efecto, el actor adquirió el status de jubilado el 17 de febrero de 2010, tal y como se observa de la resolución N° 2053 del 22 de junio de 2010 contando con 55 años de edad para la época, de la que también se desprende que se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bolívar.

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

*"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 párrafo 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 cobijado 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"*

<sup>12</sup> Fls. 18-20.

<sup>13</sup> Fls. 22-23.



En ese orden de ideas y teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley en comento (el 13 de febrero de 1985), el actor empezó a laborar con anterioridad 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, el actor 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, la prima de vacaciones y la prima de alimentación, omitiendo tener en cuenta la 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 pensionado.

Expuesto lo anterior, encuentra la Sala que, la pensión de jubilación del demandante se liquidó conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985<sup>14</sup>, que consagró una pensión de jubilación “*equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio*”, para aquellos empleados oficiales que hayan cumplido 55 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos.

Ahora bien, en cuanto a los factores salariales, debió, como en efecto se hizo, darse aplicación a lo previsto en el artículo 3<sup>15</sup> de la mencionada ley

<sup>14</sup> 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 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) sin 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.

<sup>15</sup> 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

(modificado por el artículo 1º 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 el 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 pensionado, sino solamente los 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.21)	Fact. Salarial reconocido en la R. N°2053 del 22 de Jun. de 2010, para liquidación de la pensión de jubilación de la actor

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.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SENTENCIA No. 53/2020**  
**SALA DE DECISIÓN No. 001**

**SIGCMA**

Radicado: 13-001-33-33-014-2016-00430-01  
Demandante: JUAN GUSTAVO PRENS YANCES

<p>“Condenar a 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 resultas del proceso, a que reconozca a mi mandante una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 18 de febrero de 2010 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 estatus jurídico de pensionado, indicando, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado”.</p>	<p>«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”.</p>	<p>asignación básica</p>	<p>asignación básica</p>	<p>Sueldo Básico Promedio</p>
<p>Conceptos / folio 21<sup>16</sup>  Asignación básica.  Prima de navidad.  Prima de vacaciones.  Prima de alimentación especial.</p>	<p>Todos los años laborados fueron como empleada pública. (Docente de la Institución Educativa Soledad Acosta de Samper).</p>	<p>gastos de representación</p>	<p>Prima de Navidad</p>	<p>Prima de alimentación</p>
	<p>Se certificó por la entidad demandada que la libelista laboró por 28 años, 11 meses y 21 días, desde el 25 de febrero de 1981 hasta el 17 de febrero de 2010<sup>17</sup></p>	<p>Primas de antigüedad técnica ascensional y de capacitación</p>	<p>Prima de vacaciones docentes</p>	<p>Prima de vacaciones docentes</p>
		<p>Dominicales y feriados</p>	<p>Prima de alimentación especial</p>	

<sup>16</sup> Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. Formato único para la expedición de certificado de salarios.

<sup>17</sup> Folios 18-20.





**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SENTENCIA No. 53/2020**  
**SALA DE DECISIÓN No. 001**

**SIGCMA**

Radicado: 13-001-33-33-014-2016-00430-01  
Demandante: JUAN GUSTAVO PRENS YANCES

		Horas extras		
		Bonificación por servicios prestados		
		Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna. 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 reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de los factores salariales alegados por el actor (**prima de navidad**), toda vez que, como pudo observarse, esta no hace parte del IBL pensional, en virtud de la Normatividad aplicable, es decir, **no se encuadra en lo estipulado en el listado taxativo del artículo 01 de la Ley 62 de 1985**, lo cual da razón suficiente para concluir que a los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 2053 del 22 de junio de 2010 y 1349 del 11 de marzo de 2016, no les sobreviene ilegalidad alguna, puesto que, la primera (la cual reconoce la pensión ordinaria de jubilación) tuvo en cuenta los factores salariales (**asignación básica, prima de vacaciones y además incluyo la prima de alimentación, la cual pese a no encontrarse enlistada en la normatividad, fue reconocida de manera favorable al actor**) establecidos en la Ley ibídem para liquidar la pensión aludida y la segunda resolución negó la reliquidación apoyándose en lo regulado por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, no comparte esta Sala, la decisión de primera instancia, en cuanto a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. No. 2053 del 22 de junio de 2010 y la nulidad absoluta de la Resolución No. 1349 del 11 de marzo de 2016, toda vez que, no se le puede imponer al Sistema una carga que el accionante no asumió y que por el contrario las mismas son beneficiosas para el actor por cuanto se encuentran ajustadas a los mandatos legales.



Por tanto, el juez de primera instancia erro en ordenar la reliquidación y que hubiese lugar a incluir dicho factor, por cuanto pese a que el señor Prens devengó dicha prestación, se ha explicado reiteradamente, que la decisión del *a quo* 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.

Conforme a lo expuesto en el desarrollo de la presente providencia, se resuelve el problema jurídico planteado contestando que no procede la reliquidación 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, toda vez que los factores salarios que fueron tenidos en cuenta por las resolución en comento, se encuentran adecuados a los criterios establecidos por el legislador para conformar el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones ordinarias de jubilación.

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.

### **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 diciembre de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en sus numerales primero, segundo y tercero; en su lugar, **NIEGÁNSE** las súplicas de la

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

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

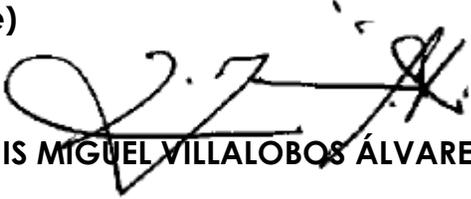
Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

#### 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:

**0ce6d2f1021d28042d25d6922fa7a5f914b43859be130c4d304169884d4ccda3**

Documento generado en 21/10/2020 07:01:30 a.m.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SENTENCIA No. 53/2020**  
**SALA DE DECISIÓN No. 001**

**SIGCMA**

Radicado: 13-001-33-33-014-2016-00430-01  
Demandante: JUAN GUSTAVO PRENS YANCES

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

