

13-001-33-33-013-2015-00038-01

Cartagena de Indias D. T. y C, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2015-00038-01
Demandante	ANGEL ANTONIO TAPIA
Demandado	NACION MIN. EDUCACIÓN - 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 demandante contra la sentencia de fecha primero (01) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones.

En síntesis se pretende la nulidad parcial de la resolución 0809 del 5 de junio de 2006 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante la cual se reconoció el pago de una pensión de jubilación al señor docente ANGEL ANTONIO TAPIA RODRÍGUEZ.

Como pretensión consecuencial ruega porque se condene a la demandada a la inclusión en su pensión de jubilación de todos los factores salariales devengados durante el último año.

1.2. Hechos

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

13-001-33-33-013-2015-00038-01

Mediante resolución 0809 del 28 de junio del 2009, se le reconoció al actor pensión de jubilación en razón de que prestó su servicio como docente por las 20 años.

Para la liquidación de la citada pensión, únicamente se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, sin tener en cuenta todos y cada uno de los factores salariales dispuesto en el decreto 1045 de 1978.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Citó como violadas las siguientes normas:

- Decreto nacional 1045 de 1978: artículo 45
- Ley 91 de 1989: artículo 15
- Ley 33 y 62 de 1985

Esboza que la resolución demandada viola el artículo 15 de la ley 91 de 1989 en el entendido que para los docentes del orden nacional se les debe aplicar las normas de los servidores públicos del orden nacional, es decir, la ley 33 y 62 de 1985, donde se enuncian todos y cada uno de los factores salariales que deben tenerse en cuenta, en armonía con el decreto nacional 1045 de 1978 que en su artículo 45 determina la forma de liquidar la pensión.

Asegura que el ingreso base de liquidación debe estar compuesto por todo lo devengado en el último año de servicios, según la interpretación expuesta pro el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto del 2010deradicacion 011209 y de la que fue ponente el Dr. Víctor Alvarado Ardila, entre otras.

1.4. La contestación.

Guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

El fallo apelado accedió a las pretensiones y ordenó la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados el último

13-001-33-33-013-2015-00038-01

año anterior a la fecha de adquisición del status pensional, pero condicionando su orden de la siguiente manera:

“(…) siempre y cuando se cumpla por la parte demandante con la condición señalada en la parte considerativa de esta sentencia, es ello que el actor, dentro del término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de este fallo, manifieste de forma clara e inequívoca a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio si opta por la prestación periódica – pensión de jubilación reconocida en el acto administrativo inicialmente mencionado al serle más conveniente económicamente en comparación con la pensión de jubilación ordinaria también reconocida en la Resolución 810 de 5 de junio del 2006.

Explicó como razón de ser del condicionamiento que el actor en su condición de docente oficial actualmente es titular de dos pensiones de jubilación de carácter ordinario; una reconocida mediante la resolución 809 del 5 de junio del 2006, por su vinculación de orden nacional ante el INEM – José Manuel Rodríguez Torices, por servicios prestados desde el 11 de febrero de 1977, y la segunda reconocida mediante resolución 810 del 5 de junio de 2006, por su vinculación de orden nacionalizado, por servicios prestados en el Colegio Nocturno Rafael Núñez de Cartagena desde el 23 de marzo de 1981 al 9 de noviembre de 2005.

Aseguró que el actor no puede a la fecha estar devengando las dos pensiones de carácter ordinario, así una se hubiere reconocido por su vinculación directa con la Nación y otra por su vinculación con un ente territorial antes de entrar en vigencia la ley 91 de 1989.

La ley solo permite – aduce – la compatibilidad de asignaciones que provengan del erario público, cuando se refiere a docentes del orden oficial, cuando se está frente a salarios o ante una pensión gracia que tiene una connotación especial.

Agrega que no es este un caso de excepción a la prohibición de recibir dos o más asignaciones del erario público y adicional a ello, se debe tener en cuenta que las dos prestaciones del actor son pagadas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que vienen a ser fuente de los recursos con que se cancelan las pensiones ordinarias correspondiente al situado fiscal/presupuesto según la ley 91.

13-001-33-33-013-2015-00038-01

Precisó entonces que, siendo procedente la reliquidación en la forma pedida en la demandada, pero hallándose el actor en la condición aludida (doble pensión), es menester dar aplicación a lo consagrado en el decreto 3135 de 1968, artículos 31 y 88, para que previamente a que se proceda por la entidad demanda al reajuste pensional y que afectaría la prestación reconocida mediante resolución 809 del 5 de junio del 2006, el actor manifieste en forma clara e inequívoca ante al Fondo de Prestaciones Sociales si opta por esta al serle más conveniente económicamente, o por la que le fue reconocida en resolución 810 del 5 de junio del 2006.

Así mismo, ordenó el fallador de primer grado a la demandada, que si dentro del plazo dado a la parte actora (que fue de 10 mes posterior a la ejecutoria), no le es indicado por el señor ANGEL ANTONIO TAPIA, si opta por la pensión de jubilación reconocida mediante resolución 809 del 5 de junio del 2006, entonces la entidad demandada deberá iniciar las actuaciones administrativas y/o judiciales respectivas para retirar del ordenamiento jurídico dicho acto administrativo.

4. Recurso de apelación.

Resiste el fallo el actor fundamentalmente por ser incongruente y en tanto terminó resolviendo sobre un asunto no puesto en consideración en la demanda y que por ello escapa o debe escapar del problema jurídico a resolver.

Asegura sobre el particular que el *a quo* enfocó equivocadamente la fijación del litigio, pues no se circunscribió a los hechos y pretensiones de la demanda, sino que proveyó en total contraposición de la preceptiva legal en el caso concreto, resolviendo sobre unos hechos que no fueron objeto de demanda, ni considerados en la contestación de la misma.

Precisó que sobre el problema jurídico trazado por el juez sobre si se podía devengar dos pensiones del erario público, la decisión de fijar el litigio en ese sentido se basó en unas pruebas oficiosamente pedidas por el despacho a la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena con el objeto de que se allegaras el expediente administrativo, pero esa prueba fue recaudada y nunca puesta de presente para que se pudiera controvertir, lo que transgrede el debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que con base en esas pruebas

13-001-33-33-013-2015-00038-01

fue que el juez fijó el litigio respecto de hechos que no fueron objeto de la demanda, ni de su contestación.

Sostiene que la indebida y equivocada fijación del litigio, generó que tanto la parte motiva como la parte resolutive de la sentencia giraran en torno a hechos, que al no ser objeto del proceso, no le estaba dado al sentenciador, pronunciarse frente a los mismos.

Que en virtud del principio pretoriano de justicia rogada, pilar fundamental del derecho administrativo, la juez tenía la obligación legal de ceñirse a lo que fue objeto de la demanda (a la pretensión) y habida cuenta que la misma no fue contestada por el demandado.

Señala que la resolución 0810 no ha sido demandada y es un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, razón por la que está prohibido al juzgador condicionar o determinar la legalidad de la resolución demandada, a que se escoja por el actor con que pensión quedarse, siendo que ello implicaría anular de facto aquella.

Finalmente indica que los documentos aportados por el Distrito de Cartagena (expediente pensional) equivalen a prueba nula de pleno derecho, por cuanto, siendo la audiencia inicial la oportunidad probatoria para descorrer el traslado de esos documentos, ya que en ella se prescindió de la de prueba y se profirió sentencia, nunca se pusieron de presente tales documentos, por lo que restó la posibilidad de controvertirlos, desconocerlos o tacharlos de falso.

5. Concepto del ministerio público.

El Agente del Ministerio Público en esa oportunidad no emitió concepto.

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.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



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. Problema jurídico.

Evidentemente encierra el fallo apelado la resolución de un aspecto que no fue considerado como elemento fáctico de la demanda, aun cuando en esencia, la resolución del caso comprendió el extremo fijado en la pretensión, como quiera que se decretó la nulidad del acto acusado y se despachó el restablecimiento del derecho en la forma solicitada.

Dicho aspecto hace alusión a que el actor era beneficiario de dos pensiones de jubilación, situación no narrada en la demanda, una reconocida por una acto que no fue demandado y la otra, precisamente originada en la decisión cuestionada.

De allí partió el juez para, en aplicación a la normativa superior, que prohíbe la recepción de dos pensiones del erario público, condicionar las ordenes y condenas emitidas en el fallo apelado, a que el demandante escoja, por petición hecha a la entidad pagadora la prestación respecto de la cual se demanda reliquidación en el *sub lite*, y decline de la otra, so pena de que si así no ocurre en el término de un mes posterior a la ejecutoria el fallo pierde toda eficacia.

Es obvio pues que la sentencia, aun cuando resolvió el punto de derecho puesto a consideración (condicionadamente) conlleva a oponer efectos frente a un acto administrativo que no fue demandado (resolución 810 del 5 de junio del 2006), pues para cumplir la condición y hacerse a la reliquidación despachada, es necesario, en todo caso, dejar sin efecto el acto no demandado.

Se contraerá el debate a determinar lo siguiente:

13-001-33-33-013-2015-00038-01

- Si le es posible al Juez Contencioso Administrativo apartarse de los extremos que enmarcan la pretensión y la causa petendi, para resolver asuntos no sometidos a consideración o que van más allá de la pretensión invocada.
- Si es nula de pleno derecho la prueba requerida de oficio por el juez, tanto en el auto admisorio de la demanda, como en el que fijó fecha para la audiencia inicial, equivalente al expediente administrativo prestacional del actor.
- Si en el sub examine debe pervivir la declaración realizada en la sentencia censurada respecto del derecho pensional invocado, o por el contrario hay lugar a revocarla.

3.3. Tesis

Esta Sala de Decisión sustentara que, aun cuando no es contrario a derecho soslayar el principio de rogatividad y congruencia en el asunto concreto, por las mismas razones que se acepta ello, debe REVOCARSE la decisión para reivindicar el estatuto superior y en consecuencia pasar negar las pretensiones de la demanda, dado que a la luz de la ley, la jurisprudencia de unificación y la Constitución, el actor no tiene derecho a que los factores salariales que pide conformen su IBL.

La decisión se toma entendiendo que en el asunto, los principios de jurisdicción rogada y congruencia deben ceder ante el de supremacía constitucional y por ello se impone la aplicación de la doctrina vigente en torno al tema del IBL pensional de los docentes.

3.4. Argumentación normativa y jurisprudencial.

3.4.1. Del principio de rogatividad en materia contenciosa administrativa.

La Sala pone de presente que en el estudio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debe regir el principio de justicia rogada.

Principio que tiene su fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos y en el derecho de defensa o de contradicción, lo que impone

13-001-33-33-013-2015-00038-01

al demandante la carga de exponer en la demanda los argumentos en los que sustenta la pretensión de nulidad de los actos acusados¹.

Dicho principio obliga a que el Juez, resuelva solo sobre los argumentos expuesto en la pretensión y con base en los hechos que la sustentan; no obstante, por excepción, con fundamento en el principio de **supremacía constitucional**², este límite a la competencia del juez administrativo no opera cuando exista una **flagrante vulneración de un derecho fundamental o la contradicción de una norma constitucional**³.

Uno de los tantos fallos que comportan la regla excepcional, indicó:

*“4.3. Además, la Sala pone de presente que en el estudio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho rige el principio de justicia rogada. Este principio tiene su fundamento en la presunción de legalidad de los actos administrativos y en el derecho de defensa o de contradicción, lo que impone al demandante la carga de exponer en la demanda los argumentos en los que sustenta la pretensión de nulidad de los actos acusados. 4.4. Por excepción, con fundamento en el principio de supremacía constitucional, este límite a la competencia del juez administrativo no opera cuando exista una flagrante vulneración de un derecho fundamental **o la contradicción de una norma constitucional**.”*

3.4.2. 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.

Comienzase por 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

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 25000-23-27-000-2009-00206-01 (19456). Sentencia del 13 de octubre de 2016. C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

² Cfr. Constitución Política. Artículo 4.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 13001-23-31-000-2010-00395-01 (19531). Sentencia del 15 de septiembre de 2016. C.P.: Marta Teresa Briceño de Valencia (E).

13-001-33-33-013-2015-00038-01

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 2005⁴, 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 2003⁵, 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 115⁶, 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.

⁴ "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.

(...)"

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

⁶ 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.

13-001-33-33-013-2015-00038-01

Por su parte, el inciso 3° del artículo 6° de la ley 60 de 1993⁷, 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 1989⁸.

Al respecto la Ley 91 de 1989 (por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del 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 vigentes⁹.

⁷ 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.

(...)"

⁸ 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))

⁹ "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:

13-001-33-33-013-2015-00038-01

A su vez, el numeral 2º literal b)¹⁰ 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.

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

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."

¹⁰ "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."

13-001-33-33-013-2015-00038-01

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.

Por demás, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo¹¹ 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

¹¹ 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).

13-001-33-33-013-2015-00038-01

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.**"*

3.5. Caso concreto.

Se inicia precisando que no es de recibo la queja en virtud de la cual se asegura la nulidad (de pleno derecho) del expediente prestacional requerido al Distrito de Cartagena y agregado como prueba documental, dado que no es cierto el supuesto de hecho con base en el cual pretende erigir la exclusión de dichas probanzas.

Se dice que no se recorrió el traslado de esos documentos en la audiencia inicial, y como además se prescindió de audiencia de pruebas, nunca se pusieron de presente tales documentos para la contradicción, sin poder desconocerlos o tacharlos de falso.

Nadas más alejado de la realidad que esa afirmación, pues el expediente enseña que dichos documentos arribaron al proceso con posterioridad a la fecha del auto que fijó fecha y hora para la audiencia inicial, y previo a la celebración de la misma.

Se tuvo por incorporada en la audiencia inicial y nada dijo al respecto al apoderado que hoy sostiene la alzada, cuando al juez decidió que, por hallarse todas las pruebas en el expediente, incluidos esos antecedentes, se debía prescindir de la audiencia de pruebas. Decisión que fue notificada y que actuaron sin reproche alguno las partes, entre ellas quien hoy funge como

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



13-001-33-33-013-2015-00038-01

censor, luego no se acepta que se dude del debido proceso probatorio siendo que ya tenían conocimiento las partes de los documentos que reposaban en el expediente, y aun así, nada se cuestionó frente a ellos en la audiencia en que se ordenó tenerlos como prueba, acatando incluso la decisión de prescindir de la subsiguiente audiencia.

De manera pues que, si tenía el actor algún reparo frente a los documentos que ya reposaban en el expediente porque se aportaron anticipadamente, debió tacharlos de falso, o desconocerlos en la audiencia inicial, según se desprende del contenido de las reglas 269 y 272 de la ley 1564 del 2011; para ser más específicos, debió alzar la voz en la etapa correspondiente a pruebas de la aludida audiencia inicial, en la que, como bien se constata, se les permitió a las partes interponer los recursos correspondientes.

Así pues que, la incorporación si se hizo con citación y audiencia del demandante, es decir, se respetó el principio de bilateralidad en su recepción.

Descendiendo a lo demás, es claro que es este un asunto en los que el principio de justicia rogada y, por su transversalidad el de congruencia, deben ceder ante el de **supremacía constitucional** que impone aplicar **directamente** las normas de ese rango normativo cuando se evidencia su vulneración, a pesar de que sea asunto que la parte interesada no haya considerado en la demanda, o no lo haya alegado oportunamente, y aun a pesar de que no se haya puesto en evidencia en la contestación de la demanda, como en efecto ocurrió en el *sub lite* (no se contestó demanda).

Aun así, si fue asunto considerado en la fijación del litigio y en ese entendimiento bien puede interpretarse que por tratarse de la aplicación directa de la constitución le era posible al *a quo* apartarse de los extremos que enmarcan la pretensión y la causa petendi, para resolver asuntos no sometidos a consideración o que van más allá de la pretensión, si de reivindicar el estatuto superior se trataba.

Y es que, se acreditó que el actor recibe dos pensiones de jubilación del tesoro público que no son compatibles y en contravienen el artículo 128 de la Constitución Política.

Ahora bien, no obstante lo anterior, para la Sala en esta oportunidad, por razón de la preeminencia que debe tener el principio constitucional aludido, huelga reevaluar la pretensión y su resolución, pues como se dejó senado arriba, la

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



13-001-33-33-013-2015-00038-01

tesis que de antaño existía basada en el concepto amplio de salario para efectos del IBL pensional, ha sido revaluada por el nuevo precedente de unificación del Consejo de Estado, basado en la tesis constante de la Corte Constitucional, construida a partir de la interpretación realizada a la propia texto superior. Por ello se pasara al análisis del caso a la luz de la normativa ampliamente esbozada en el acápite citado supra.

Así pues, se tiene que conforme a las circunstancias fácticas probadas, el accionante se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia de la ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio de 2003, según se corrobora de certificado de historia laboral (véanse folios 12 a 13 Cdo No. 1).

En efecto, se encuentra acreditado que el actor prestó sus servicios como docente nacional vinculado desde 11 de febrero de 1977 (ídem) y adquirió el status de jubilado el 28 de noviembre de 2005, tal y como se observa de la resolución 0809 de 2006 (acto cuestionado), de la que también se desprende que se encontraba afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo a los supuestos fácticos antes relacionados y el recuento normativo expuesto, se tiene que el régimen pensional aplicable al accionante es el contenido en la ley 33 de 1985, habida cuenta que no se encuentra cobijado por la transición consagrada en tal normatividad.

Lo anterior por cuanto, a la entrada en vigencia de la ley 33 de 1985 (el 13 de febrero de 1985), el actor contaba con no más de **8 años y 4 días** de servicio, aproximadamente.

Por lo anterior, se concluye que el demandante no reunía el requisito de los 15 años de servicio exigidos para estar cobijado por la transición prevista en la ley 33 de 1985, y en consecuencia, le resulta aplicable **íntegramente** el régimen general contenido en esta, con sus respectivas modificaciones introducidas por la ley 62 de 1985.

Así las cosas, la pensión de jubilación del actor debió liquidarse conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985¹², que consagró una pensión de

¹² **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

13-001-33-33-013-2015-00038-01

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 3¹³ de la mencionada ley (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.*”

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) 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.

¹³ **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.

13-001-33-33-013-2015-00038-01

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.

Aplicando lo hasta ahora expuesto al caso que nos ocupa, fuerza colegir 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 – se itera -: **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.**

Al respecto, de acuerdo a lo certificado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 11 Cdno. 1), el actor durante el año anterior al **28 de noviembre de 2005**, fecha en la que adquirió el estatus de pensionado, devengó además de la asignación básica, **prima de alimentación especial** (no aplica), **prima de exclusividad** (no aplica), **prima de navidad** (no aplica) y **prima de vacaciones** (no aplica), luego entonces fuerza colegir que el acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación del demandante, contenido en la resolución 0809 del 05 de junio del 2006, no deviene ilegal por no incluir estos factores dado que los mismos no deben hacer parte del IBL pensional a la luz de la normativa aplicable.

En virtud de las anteriores consideraciones, lo que impera es la revocatoria de la de la sentencia apelada para en su lugar denegar las suplicas de la demanda.

3.6. Condena en 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 previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

13-001-33-33-013-2015-00038-01

“(…) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, se condenara en costas a la parte **demandante**, como quiera que, dada la revocatoria que opera por este proveído, finalmente fue la que resultó vencida en el proceso (entendiendo por tal ambas instancias), ordenando al juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN.

13-001-33-33-013-2015-00038-01

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 la sentencia apelada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: En consecuencia, **NIÉGANSE** las suplicas de la demanda, dado que pervive la presunción de legalidad del acto.

TERCERO: CONDÉNASE en costas a la parte **demandante**, liquídense en primera instancia, de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: EXHÓRATSE a la parte demanda para que de tramite a la actuación pertinente, en orden a reivindicar el artículo 128 de la Constitución Política de 1991 y dado que el accionante se encuentra incurso en el supuesto de hecho previsto en dicha norma (doble asignación del tesoro público).

QUINTO: 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 -

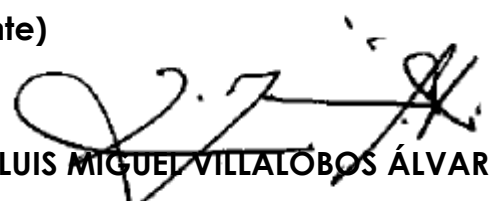
LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Firmado Por:

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017



SC5780-1-9



13-001-33-33-013-2015-00038-01

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:

e9cbd4d2a8caf211c1c2ccd495c875e10e607d1c8249ae98c8922063d0db37a9

Documento generado en 06/08/2020 07:34:08 a.m.