

198^f/20



Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2017-00118-01
Demandante	HIDALGO TORRES GÓMEZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	Reliquidación de pensión de docente vinculado al servicio público educativo oficial, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que le corresponde, en consideración a que se trata de proceso testigo.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

1.1. Pretensiones. Se sintetizan así:

- 1.1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2531 del 24 de agosto de 2016, por medio de la cual se le denegó la revisión y ajuste de su pensión.
- 1.1.2. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 06 de septiembre de 2016, el cual se presentó recurso de apelación contra la Resolución No. 2531 del 24 de agosto de 2016.
- 1.1.3. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la demanda a reconocer y pagar la pensión de jubilación a partir del día siguiente al haber cumplido (20) años de servicios a la educación y (55) de edad, cuyas mesadas iniciales deben ser liquidadas en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado, por concepto de sueldo y demás salarios en el último año de servicios inmediatamente anterior al

¹ Folios 1-32.





Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios, junto con los reajustes legales correspondientes.

- 1.1.4. Que se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme al artículo 187 del CPACA con base en el IPC.
- 1.1.5. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 ibídem.
- 1.1.6. Condenar en costas.

1.2. Hechos relevantes planteados

1.2.1. Laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial.

1.2.2. Mediante la Resolución No. 04-1573 del 03 de septiembre de 2013, el Fondo Nacional de Prestaciones, le reconoció una pensión de jubilación, tomando como factor para determinar la base de liquidación la asignación básica, desconociendo la totalidad de factores salariales a que tenía derecho.

1.2.3 el día 3 de marzo de 2016 solicitó que se le reconociera y pagara el reajuste de su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales, tal como lo establecen las leyes 4 de 1966, 71 de 1988, 91 de 1989, 100 de 1993, 962 de 2005, Ley 1122 de 2007 y Decreto 2821 de 2005. Dicha petición fue resuelta de forma negativa mediante Resolución No. 2531 del 24 de agosto de 2016, el cual presentó recurso de apelación el 6 de septiembre de 2016 y no fue resuelto por la entidad demandada.

1.3. Normas violadas y cargos de nulidad.

- Constitución Política: Artículos 2º., 6º., 13º., 25º., 53º., 58º y 84º.
- Ley 4 de 1966 artículo 4.
- Decreto 1848 de 1969 artículo 73.
- Ley 91 de 1981 artículo 15 numeral 1 parágrafo 1.
- Ley 115 de 1994 artículo 115.
- Ley 812 de 2003, artículo 81.
- Ley 489 de 1998 artículo 3.
- Decreto 2831 de 2005 artículo 5
- Código sustantivo del trabajo artículo 21
- Acto legislativo 01 de 2005.

Precisa que el acto administrativo demandado desconoce las normas antes transcritas y los principios de igualdad, favorabilidad y de la condición más beneficiosa en materia laboral, toda vez que, al estar los docentes oficiales cobijados por un régimen pensional especial, son beneficiarios de la excepción contenida en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1958, por lo que la base para liquidar sus pensiones debe incluir todos los factores



Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

salariales reconocidos durante el último año de servicios y no solo aquellos que sirvieron de base para liquidar sus aportes, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 4º de 1966, situación que no se presenta en el caso concreto.

2. Contestación de la demanda

Nación – Ministerio de Educación - FOMAG²

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por carecer de sustento factico y jurídico.

Sostuvo que, los derechos pensionales de la docente se encuentran debidamente satisfechos puesto que mediante el acto administrativo censurado se le reconoció una pensión con arreglo a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.

En cuanto a la inclusión de los factores salariales, manifestó que la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con la Ley 33 de 1985- artículo 3º, modificado por la Ley 62 de 1985, mediante la cual se establecieron los factores a tener en cuenta para efectos de liquidar la base pensional.

3. Sentencia de Primera Instancia³

Se negaron las pretensiones de la demanda, en razón a que al demandante se le debe aplicar la Ley 33 de 1985 en su artículo 1, esto es, tomando como base el 75% del salario devengado el año anterior a la adquisición del estatus pensional y el demandante no tiene derecho a que se le modifique la base de liquidación pensional, pues si bien acreditó que durante el año anterior a la adquisición del status devengó la prima de navidad y que esta no fue tomada en cuenta para determinar su mesada pensional, tal factor no figura dentro de los taxativamente enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, como tampoco se acreditó que sobre éste se hubiese cotizado.

4. Recurso de apelación⁴

La parte actora presentó recurso de apelación contra la citada sentencia, solicitando que sea revocada, toda vez que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Consejo de Estado es inaplicable, porque los docentes no hacen parte del Sistema General de Pensiones, tal como lo indico el Acto Legislativo No. 001 de 2005 en su párrafo transitorio.

Así las cosas, al estar el actor vinculado al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y al serle aplicable el régimen pensional previsto en las leyes 33 de 1985, solicita la liquidación de su pensión

² Folios 50-62.

³ Folios 153-160

⁴ Folios 163-165.





Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

con la inclusión de todos los factores salariales como la prima de navidad que fue devengada en el último año, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

5. Trámite procesal de segunda instancia

En auto de fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)⁵ se admitió el recurso de apelación, mediante el cual se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto de fondo.

6. Alegaciones

6.1. Parte demandante⁶

Señala que la característica para que un factor constituya salario es su habitualidad y periodicidad, toda vez que la prima de navidad, fue pagada por todo el tiempo que laboró como docente, es decir que fueron percibidas durante el último año antes de adquirir el status de pensionado y no puede ser excluida como lo hizo el ente territorial al momento de reconocer y pagar la pensión de jubilación.

6.2. Parte Demandada⁷

Recalcó que, se debe dar aplicación a la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018 y SUJ 014 -CE -S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019 por medio de la cual, el Consejo de Estado señaló que solo se deben incluir los factores salariales sobre los cuales se hubiesen realizado aportes a pensiones.

6.3. Concepto del Ministerio Público

Guardó silencio.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA.

Con respecto al trámite de la segunda instancia, se cumplió lo de Ley por lo que se procede a decidir la alzada.

⁵ Folio 173 del cuaderno No. 2

⁶ Folios 177-179 del cuaderno No. 2

⁷ Folios 182-196 del cuaderno No. 2





III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Cuestión previa

En el presente caso el demandante procura que en esta instancia, se revoque la sentencia dictada por la a-quo y en su lugar se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En aras de delimitar el objeto de estudio en esta instancia, se advierte que el recurso de apelación se resolverá teniendo como parámetros las reglas jurisprudenciales establecidas por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019, por medio de la cual se definió la forma como se debe liquidar la pensión de los docentes que se vincularon con antelación y posterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

3. Problemas jurídicos

La Sala pasa a formular los siguientes problemas jurídicos principales y asociados.

¿Se debe confirmar, revocar o modificar la sentencia recurrida?

Para resolver este interrogante, se deben dilucidar los siguientes problemas jurídicos asociados:

¿El señor HIDALGO TORRES GÓMEZ se vinculó como docente con antelación o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

Con fundamento en la respuesta al anterior interrogante:

¿Cuáles son los factores de salario que se deben incluir para calcular el IBL de su pensión de jubilación?

4. Tesis

La Sala confirmará la sentencia apelada, porque el actor se vinculó con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que para la



Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

liquidación de la pensión ordinaria de jubilación se debe concluir que, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los demás servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985. Los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos 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.

Conforme esta regla, la Sala confirmará la sentencia recurrida, puesto que la prima de navidad no está incluida dentro de los factores enlistados y tampoco probó que sobre el mismo hubiese efectuado los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

5. Marco normativo y jurisprudencial.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, en esta providencia, se tendrá en cuenta la sentencia de Unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019.

5.1. Fijación de la Regla Jurisprudencial en torno a los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial.

Determinó la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, que de acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia SUJ-014-CE-S2-19 del 25 de abril de 2019, radicado: 68001-23-33-000-2015-00569-01 (0935-17).





Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

En lo atinente a 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, fijó 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 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.***

En resumen, se estableció en la citada sentencia de unificación que el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ 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: **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.**

5.2. Efectos de la sentencia de unificación.

Estableció la Sala Plena del Consejo de Estado que las reglas jurisprudenciales fijadas en dicho pronunciamiento se deben acoger de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

6. El caso concreto.

6.1. Hechos relevantes probados.

Del acto demandado y de los demás documentos obrantes en el expediente se determina⁹:

⁹ Folios 7- 32.





Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

- a. El demandante nació el 8 de septiembre de 1957. Se incorporó al servicio docente desde **el 4 de febrero de 1980** hasta el 8 de septiembre de 2012, fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la pensión.
- b. Mediante la Resolución No. 04-1573 del 3 de septiembre de 2013, se le reconoció al señor Hidalgo Torres Gómez, una pensión vitalicia de jubilación, a partir del 9 de septiembre de 2012, por prestar sus servicios como docente de vinculación nacional.

En el mismo acto, se señaló que la mesada pensional "corresponde al 75% del promedio de factores salariales devengados en el último año de servicio anterior al status".

Igualmente que: "Que de acuerdo con los certificados de tiempo de servicio allegados por la Secretaria de Educación y Cultura de Bolívar (...) los factores salariales Utilizados que sirvieron de base para esta liquidación son":

- Asignación básica
- Prima de escalafón
- Prima de grado
- Prima de vacaciones

El valor de la pensión se calculó en \$ 1.957.824.

- c. Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente, según consta a folio 29 del expediente:
 - Asignación básica
 - Prima de escalafón
 - Prima navidad
 - Prima de vacaciones
 - Prima de grado
- d. Mediante Resolución No. 2531 del 24 de agosto de 2016(fl.s.17-18), el cual niega la reliquidación de la pensión de jubilación.
- e. De la anterior decisión, el 6 septiembre de 2016 (fls. 20-21) presentó recurso de apelación el cual se configuró un acto administrativo ficto.

6.2. Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Teniendo en cuenta que el demandante se vinculó al servicio oficial docente, el 4 de febrero de 1980, es decir con anterioridad a la Ley 812 de 2003, la Sala concluye que tendría derecho a una pensión ordinaria de



Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985¹⁰, de acuerdo con el literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Por lo precedente y de conformidad con la regla fijada en la sentencia de Unificación del H Consejo de Estado que se citó en el marco jurídico de esta providencia, para el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los factores que debían tenerse en cuenta son los consagrados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y siempre que sobre los mismos hubiese efectuado los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social.

Estos factores corresponden a los siguientes:

- asignación básica mensual
- gastos de representación
- prima técnica, cuando sea factor de salario
- primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario
- remuneración por trabajo dominical o festivo
- bonificación por servicios prestados
- remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

Pese a lo anterior, al demandante se le reconoció la pensión de jubilación con la inclusión de lo devengado en el último año de servicio incluyendo lo devengado por asignación básica, prima de escalafón, prima vacaciones y prima de grado, siendo que solo la asignación básica está prevista en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985. Pese a ello, en sede judicial, también reclama, se le reconozca la prima de navidad.

Al respecto y de acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación citada, la Sala concluye que el señor Hidalgo Torres Gómez, no tiene derecho a la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación tomando como ingreso base de liquidación lo devengado por concepto de prima de navidad, toda vez que no está enlistada dentro de los factores que prevé la Ley 62 de 1985 como factor que sirva de base para calcular los aportes.

Por otro lado y siguiendo los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019, se precisa que si bien en el acto de reconocimiento pensional la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, la prima de vacaciones, prima de grado y prima de escalafón factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985, para integrar la base de liquidación de la pensión, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. Es decir, el

¹⁰ El actor consolidó su estatus el 18 de diciembre de 2012, fecha para la cual cumplió 55 años de edad.



Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control; máxime cuando la misma entidad dejó expresa constancia en la Resolución No. 04-1573 del 3 de septiembre de 2013, que el reconocimiento pensional se efectuó incluyendo los factores devengados en el último año de servicio anterior al status y que corresponden a la asignación básica, prima de escalafón, prima de grado y prima de vacaciones.

Además, la Sala debe precisar que, el control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

En conclusión, se confirmará la decisión adoptada por la a-quo, pero conforme a la regla jurisprudencial establecida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, la cual es atinente a la forma como se debe liquidar la pensión de los docentes.

6.3 Condena en costas en segunda instancia

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Con base en la integración normativa que dispone el citado artículo 188 del CPACA, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida en el proceso, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 02
SENTENCIA No. 03/2020

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-001-2017-00118-01

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, pero conforme la regla jurisprudencial establecida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 25 de abril de 2019.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia, con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: 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 estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2017-00118-01
Demandante	HIDALGO TORREA GÓMEZ
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	Reliquidación de pensión de docente vinculado al servicio público educativo oficial, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

