



Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

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	13001-33-33-001-2018-00145-01
Demandante	MARÍA DEL SOCORRO RODRÍGUEZ DE BONFANTE
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA
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 11 de junio de 2019, proferida 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 parcial de la Resolución No. 9269 del 15 de diciembre de 2017, por medio de la cual se reliquidó por retiro definitivo la pensión de jubilación docente.

1.1.2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA a reconocer y pagar la pensión de jubilación a partir del 05 de febrero de 2017 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales que devengó durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del retiro definitivo, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

¹ Folios 1-11





Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

- 1.1.3. Que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley por cada año como lo ordena la Constitución y la Ley.
- 1.1.4. Pagar las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina y que el incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
- 1.1.5. Que se hagan los reajustes pensionales de ley, conforme al artículo 187 del CPACA con base en el IPC.
- 1.1.6. Reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme lo dispone el artículo 192 del CPACA.
- 1.1.7. Condenar en costa.

1.2. Hechos relevantes planteados

1.2.1. Mediante la Resolución No. 9269 del 15 de diciembre de 2017, el Fondo Nacional de Prestaciones, se reliquidó por retiro definitivo la pensión vitalicia de jubilación.

1.2.3 Para la pensión de jubilación únicamente se tuvo en cuenta lo devengado en el último año por concepto de asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, omitiendo la prima de servicios y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado.

1.3. Normas violadas y cargos de nulidad

- Ley 91 de 1989, art. 15
- Ley 33 de 1985, Art. 1
- Ley 62 de 1985
- Decreto 1045 de 1978

Se vulneraron las normas referidas, porque a la demandante se le debe reconocer la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional. Además, aplicando la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se señaló que se deben incluir todos los conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios, porque no deben considerarse taxativos sino meramente enunciativos.





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, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales esbozados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado en la sentencia de fecha del 25 de abril de 2019, en razón a que a la demandante se le debe aplicar la Ley 33 de 1985- modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, esto es, tomando como base el 75% del salario devengado durante el año anterior al retiro del servicio, además de los factores salariales tenidos en cuenta por la entidad demandada al momento de liquidar su pensión, estos son, asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación.

Concluye que la demandante, si bien devengo la prima se servicios, no obstante, este concepto, según la regla jurisprudencial en comento, no forma parte de la base para liquidar la mesada pensional por no encontrarse enlistada en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

4. Recurso de apelación⁴

La parte actora presentó recurso de apelación contra la citada sentencia, pues estima que se está desconociendo la sentencia del 4 de agosto de 2010 y los derechos que la misma otorgó, la cual se traduce en una vulneración al principio de igualdad, confianza legítima, seguridad jurídica, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

² Folios 85-97.

³ Folios 136-140.

⁴ Folios 157-167.





Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

De lo anterior, señala que el ad quem debe analizar cuál es la jurisprudencia aplicable al caso presente, toda vez que al momento de radicación de la respectiva demanda estaba claro y así lo estaban fallando tanto en juzgado como en tribunal y dado que se tenía la confianza legítima de una sentencia de unificación al respecto.

Concluye que, la sentencia de fecha 25 de abril de 2019, no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del año 2010, es por esta razón que insiste en el derecho que le asiste al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales.

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 demandante

Guardó silencio.

6.2. Parte Demandada

Guardó silencio.

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.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de

⁵ Folio 176 del cuaderno No. 2





Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

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 la 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:

¿La señora MARÍA DEL SOCORRO RODRÍGUEZ DE BONFANTE, 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 de primera instancia, porque la actora al vincularse con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tiene derecho a que se liquide la pensión ordinaria de jubilación de conformidad con la Ley 33 de 1985, como a los demás servidores públicos de orden nacional. Los factores que se deben tener en cuenta serán solo aquellos sobre los que se hayan efectuados los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y, por lo tanto, no se puede incluir otro factor diferente a los enlistados en dicha norma.





Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

Conforme esta regla, la Sala confirmará la sentencia recurrida, puesto que la prima de servicios 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, 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 Estado⁶, que de acuerdo con el parágrafo 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.

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***

⁶ 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. 13001-33-33-001-2018-00145-01

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".

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 determina⁷:

- a. La demandante nació el 5 de septiembre de 1951. Se incorporó al servicio docente desde el **1 de febrero de 1977** hasta el 05 de febrero de 2017, fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la pensión.
- b. Mediante la Resolución No. 9269 de 15 de diciembre de 2017, se le reliquidó a la señora María del Socorro Rodríguez Bonfante, la pensión

⁷ Folios 1-22



Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

vitalicia de jubilación, a partir del 5 de febrero de 2017, por prestar los servicios como docente nacional por más de 20 años.

En el mismo acto, se señaló que la mesada pensional corresponde al *"75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status"*

Igualmente que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación son:

- Sueldo básico
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones
- Prima de alimentación

El valor de la pensión se calculó en \$ 2.707.307.

c. Los factores salariales devengados en el último año de servicios como docente, según consta a folio 17 del expediente fueron:

- Asignación básica
- Prima de alimentación
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones
- Prima de servicios

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

Teniendo en cuenta que la demandante se vinculó al servicio oficial docente, el 1 de febrero de 1977, es decir con anterioridad a la Ley 812 de 2003, la Sala concluye que tendría derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985⁸, 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

⁸ La actora consolidó su estatus el 03 de julio de 2012, fecha para la cual cumplió 55 años de edad.



Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

- 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, a la 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 alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, siendo que solo la asignación básica se encuentra prevista en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y los demás no. Pese a ello, en sede judicial, también reclama, se le reconozca la prima de servicios y demás factores salariales percibidos.

Al respecto y de acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación citada, la Sala concluye que la señora María del Socorro Rodríguez de Bonfante, 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 servicios, porque no están enlistadas dentro de los factores que prevé la Ley 62 de 1985 como factores que sirvan de base para calcular los aporte.

De otro lado siguiendo los parámetros establecidos en la citada 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 factor salarial en la base de liquidación, la prima de vacaciones; factor que no está incluido 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 a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. Es decir, el 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. 9269 del 15 de diciembre de 2017, que el reliquidó la pensión se efectuó incluyendo los factores sobre los cuales *"realizó aportes el docente durante el último año de servicio anterior al status"* *"...de acuerdo con los certificados de tiempo de servicio expedidos por la coordinadora de la oficina de atención al ciudadano (certificaciones)..."* y que corresponden a la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación.

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





Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

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, de conformidad con 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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con 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.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 02
SENTENCIA No. 04/2020

SIGCMA

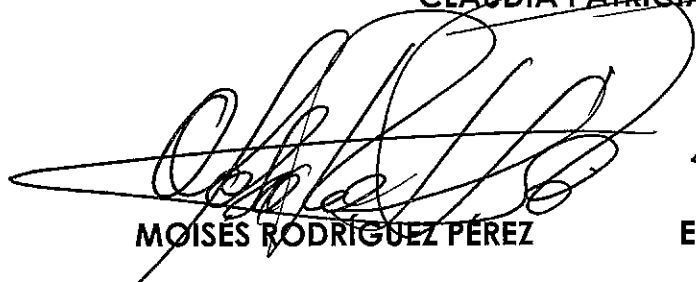
Rad. 13001-33-33-001-2018-00145-01

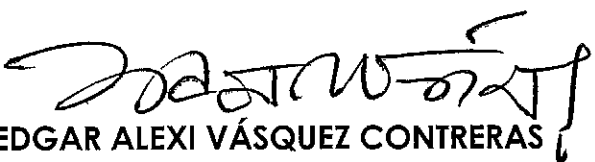
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2018-00145-01
Demandante	MARÍA DEL SOCORRO RODRÍGUEZ DE BONFANTE
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA
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

10051200