



Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

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 | 13001-33-33-008-2018-00149-01 |
| Demandante | LETICIA CARDENAS CHÁVEZ |
| 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 17 de junio de 2019, dictada por el Juzgado Octavo 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.

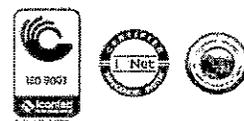
I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

1.1. Pretensiones. Se sintetizan así:

- 1.1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5880 del 05 de septiembre de 2014, por medio de la cual se le reconoció una pensión de jubilación.
- 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 17 de mayo de 2014 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales que devengó durante los 12 meses anteriores a la adquisición del estatus de pensionado.
- 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 Folios 1-13 reverso





Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

- 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. Laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial.
- 1.2.2. Mediante la Resolución No. 5880 del 05 de septiembre de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones, le reconoció una pensión 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 y prima de vacaciones, omitiendo la prima de navidad 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

2.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG

No contesto la demanda FOMAG.





Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

2.2. Distrito de Cartagena²

El Distrito de Cartagena contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos al considerar que el actor no tiene derecho a la reliquidación de su pensión con la no inclusión de otros factores salariales diferentes de la asignación básica por cuanto la misma se reconoció atendiendo a lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003, normatividad aplicable para su situación pensional.

En igual sentido, precisa que en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda, no tendría que asumir ninguna responsabilidad respecto al pago ya que esté le corresponde al FOMAG de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2831 del 2005.

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, y porque en la liquidación de la pensión de jubilación de la docente 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 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto no se debe incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

En consecuencia, concluyó que la liquidación efectuada a favor de la accionante se encuentra ajustada a derecho, ya que al revisar las pruebas obrantes en el expediente, no se evidencia la existencia de alguna que acredite o certifique que el empleador de la señora Leticia Cárdenas Chávez, efectuó el pago de aportes sobre otros factores salariales diferentes a los descritos en la Resolución No. 5880 del 05 de septiembre de 2014, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena.

4. Recurso de apelación⁴

La parte actora presentó recurso de apelación contra la citada sentencia, pues estima que tiene derecho a la inclusión de la totalidad de factores devengados durante el último año anterior a la adquisición del status pensional en la liquidación de su mesada, conforme lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985 y en la sentencia del 04 de agosto de 2010 del H. Consejo de Estado.

² Folios 88-92

³ Folios 189-193

⁴ Folios 196-206.





Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

Por lo anterior, indica que, la omisión de la administración de no realizar las deducciones sobre los factores devengados no impide el reconocimiento de los mismos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados al momento de hacer el reconocimiento prestacional.

Concluye que, insiste en el reconocimiento de los factores salariales de la pensión de jubilación de la accionante, en razón que la sentencia del año 2019 no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del año 2010.

5. Trámite procesal de segunda instancia

Con auto de fecha 25 de noviembre de 2019⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto, si a bien lo consideraba.

6. Alegaciones

6.1. Parte demandante

Guardó silencio.

6.2. Parte Demandada

Visible a folios 220-229 del tercer cuaderno del expediente, recalcando que, se debe dar aplicación a la sentencia de unificación 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.

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 213





Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

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 el 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:

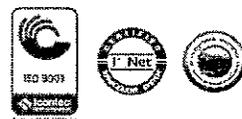
¿La señora LETICIA CÁRDENAS CHÁVEZ, se vinculó como docente con antelación o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

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 la actora se vinculó con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que para la 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 1º de la





Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

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 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:

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).





- **“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 determina:





Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

- La demandante nació el 20 de diciembre de 1948. Se incorporó al servicio docente desde **el 17 de mayo de 1994** hasta el 16 de mayo de 2014, fecha en que cumplió los requisitos para acceder a la pensión.
- Mediante la Resolución No. 5880 del 05 de septiembre de 2014, se le reconoció a la señora Leticia Cárdenas Chávez, una pensión vitalicia de jubilación, a partir del 17 de mayo de 2014 en cuantía de \$1.826.448.

En el mismo acto, se señaló que la mesada pensional "*corresponde al 75% del promedio de los factores salariales sobre los cuales realizó aportes el docente durante el último año de servicio anterior al status*".

Igualmente que: "*Que de acuerdo con los certificados de tiempo de servicio expedidos por la coordinadora de la oficina de atención al ciudadano (certificaciones)...en la cual se establece que el educador prestó y ha venido prestando sus servicios y que los Factores Salariales Utilizados para la Liquidación son*":

- Sueldo básico
- Prima de vacaciones

El valor de la pensión se calculó en \$ 1.826.448.

- Los factores salariales devengados durante el último año de servicios como docente, según consta a folio 140-141) del expediente:
 - Sueldo básico
 - Prima navidad
 - Prima de servicios
 - Prima de vacaciones

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 17 de mayo de 1994, 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 1° 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

⁸ La actora consolidó su estatus el 27 de junio de 2016, fecha para la cual cumplió 55 años de edad.





Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

- 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, 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 y prima de vacaciones, siendo que este último factor, no está previsto 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 y demás factores salariales.

Al respecto y de acuerdo con la regla fijada en la sentencia de unificación citada, la Sala concluye que la señora Leticia Cárdenas Chávez, 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 por no estar enlistada dentro de los factores que prevé la Ley 62 de 1985 como factor que sirva de base para calcular los aportes y además tampoco probó que allá devengado factores salariales distinto al reconocido en la Resolución No. 5880 del 5 de septiembre de 2014, tal y como lo señaló el juez de primera instancia.

De 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 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. 5880 del 05 de septiembre de 2014, que el reconocimiento pensional 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 y la 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





Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

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 el a-quo, 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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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. 06/2020

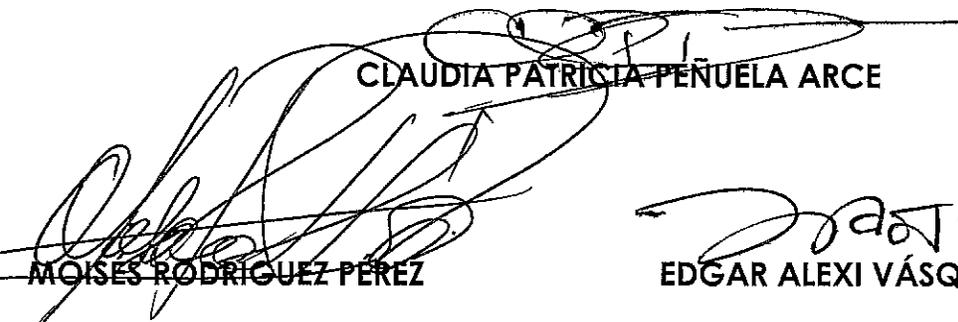
SIGCMA

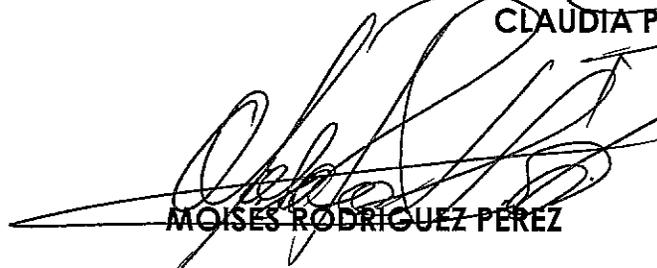
Rad. 13001-33-33-008-2018-00149-01

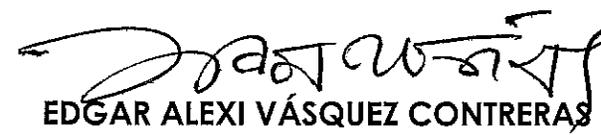
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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 | 13001-33-33-008-2018-00149-01 |
| Demandante | LETICIA CARDENAS CHÁVEZ |
| 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 |

