

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2019-00043-01
Accionante	ADALMENIA CASTRO MARÍN cartagenagiraldoylopez@gmail.com
Accionado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co procesosjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co notjudicial@fiduprevisora.com.co
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha primero (1) de octubre de 2019¹, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA²

3.1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- La señora Adalmenia María Castro Marín prestó sus servicios como docente y cumplió con los requisitos de Ley establecidos para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por la entidad demandada.
- Mediante Resolución No. 4429 del 5 de septiembre de 2012, le fue reconocida pensión de jubilación, incluyendo únicamente la

¹ Folios 46-50 cdr.1

² Folios 1-26 cdr.1

asignación básica, dejando por fuera la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 4429 de fecha 5 de septiembre de 2012, por medio de la cual se reconoció a la demandante una reliquidación de pensión vitalicia de jubilación, pero no se incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año de servicios inmediatamente anterior al que la demandante adquirió su status pensional.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- (i) Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, a que reconozca y pague la pensión de jubilación a partir del 16 de enero de 2012 equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales que devengó la accionante durante el año anterior en que adquirió el status de pensionada;
- (ii) Que sobre la mesada resultante se hagan los reajustes pensionales de ley;
- (iii) Que se efectúe el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado, y que dicho pago decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño;
- (iv) Que se reconozca y paguen los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas;
- (v) Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar los intereses de mora a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla la totalidad de la comenda de conformidad con el inciso 3 del artículo 192 del CPACA;
- (vi) Se condene en costas a la demandada.

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Ley 91 de 1989, artículo 15; Ley 33 de 1985, artículo 1; Ley 62 de 1985; Decreto 1045 de 1978.

Concluye que en la resolución que se reconoció la pensión de jubilación se omitió el deber legal de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios al momento de adquirir el status de pensionado, vulnerando las disposiciones legales referidas y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte demandada no contestó la demanda.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.³

Mediante sentencia de fecha primero (1) de octubre de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó el A-quo que, en virtud de lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia de 25 de abril de 2019), no hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año al haber adquirido el status pensional, toda vez que los factores aplicables para la liquidación de la pensión de los docentes oficiales son los previstos en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN.⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se reliquide la pensión de jubilación de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la obtención del status de pensionada, teniendo en cuenta que la sentencia de unificación de 2019 no deja taxativamente sin efectos la sentencia de unificación de 2010, proferida por el Consejo de Estado y aplicada por el Juez de primera instancia en el caso en concreto.

³ Folio 54-58 cdr.2

⁴ Folio 75-85 cdr.2

3.5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA.

Con auto de fecha veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020)⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. ALEGACIONES.

La parte demandada presentó alegatos de conclusión.⁷

3.5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

⁵ Folio 4 cdr.2

⁶ Folio 8 cdr.2

⁷ Folios 12-14 cdr. 2

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Le asiste a la parte actora el derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el estatus pensional?

5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, puesto que a la luz de la ley y la jurisprudencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Honorable Consejo de Estado⁸, la parte demandante no tiene derecho a que los factores salariales discutidos conformen su IBL.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Regulación de la pensión ordinaria de los docentes oficiales.

El régimen prestacional aplicable, actualmente a los educadores oficiales es el establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el parágrafo transitorio primero del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, 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.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. Veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003⁹, 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 115¹⁰, dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en esa ley y en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 6 de la Ley 60 de 1993¹¹, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas, serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneración; se dispuso además en esta norma que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Así las cosas, se tiene que el régimen pensional de los docentes estatales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es el contenido en la **Ley 91 de 1989**¹², por lo tanto el

⁹ Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006, hacia un Estado comunitario"

¹⁰ 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.

* 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.

(..)"

¹² 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

régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la **Ley 33 de 1995**.

5.4.2. Posición del Consejo de Estado en materia de liquidación pensional docente. (Sentencia de unificación)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en su función unificadora, en reciente fallo¹³ 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, y sentó jurisprudencia frente a los factores a incluir 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.

Al respecto, fijó como regla jurisprudencial que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación que los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, se tendrán en cuenta sólo los factores salariales sobre los que se hayan hecho los respectivos **aportes** de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se podrá incluir ningún factor diferente a los establecidos en dicho artículo.

Así entonces queda decantada una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual, "*en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales **devengados** durante el último año de servicios*".

Se precisó en orden a lo analizado que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se deben tener en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las **cotizaciones**" y se subrayó que "*los docentes no están exceptuados de*

(Sentencia del 6 de abril de 2011, CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, radicado con 11001-03-25-000-2004-00220-01 (4582-04))

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente; César Palomino Cortés. Sentencia de unificación Su-014 -CE-s2 -2019 del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

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 1° de la Ley 62 de 1985.

5.5. CASO EN CONCRETO.

5.5.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Por medio de la Resolución No. 4429 del 5 de septiembre de 2012, se reconoce y ordena el pago de la reliquidación de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante.¹⁴
- La demandante adquirió su estatus pensional el día 16 de enero de 2012, tal como se observa del contenido de la resolución demandada.
- Por medio del certificado de salarios devengados, se acredita que, durante el último año de servicios, el demandante percibió como factores salariales los siguientes: asignación básica, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de vacaciones docentes.¹⁵

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Descendiendo al asunto objeto de estudio, se tiene que de cara al marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia, la sentencia de Unificación del Consejo de Estado¹⁶, previó que en el caso de los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, los factores salariales que se tendrán en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación **serán sólo aquellos sobre los cuales se hayan hecho aportes, conforme a lo consagrado en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.**

En ese orden, conforme a las circunstancias fácticas probadas, dentro del presente asunto, la Sala evidencia que la accionante se vinculó al sistema educativo oficial con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la

¹⁴ Folios 18-20 cdr 1

¹⁵ Folios 24 cdr 1

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019, CP Cesar Palomino Cortes. 25 de abril de 2009

Ley 812 de 2003, esto es, **22 de marzo de 1985** como docente oficial en el Distrito de Cartagena de Indias, según se corrobora en la Resolución No. 4429 del 5 de septiembre de 2012.

En efecto, se encuentra acreditado que la accionante prestó sus servicios como docente nacionalizado-vinculada desde el **22 de marzo de 1985** y adquirió el status de jubilada el **16 de enero de 2012**, tal y como se observa en la Resolución No. 4429 del 5 de septiembre de 2012 (acto cuestionado), de la que también se desprende que se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De acuerdo a los supuestos fácticos antes relacionados y el recuento normativo aludido, se tiene que el régimen pensional aplicable a la accionante es el contenido en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que indica lo siguiente:

ARTÍCULO 1º. *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.*

Así mismo, debido al carácter vinculante de las Sentencias del Consejo de Estado, esta Magistratura debe seguirse por la siguiente regla jurisprudencial:

*“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”.*

A su vez, luego de analizar las pruebas allegadas al presente proceso, no es posible determinar que los factores solicitados por concepto de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, hayan sido debidamente **cotizados** por la accionante porque no existe prueba en favor de la señora **Adalmenia María Castro Marín** que lo compruebe, toda vez que, el Certificado de Salarios de la demandante no es la forma idónea de acreditar qué factores salariales cotizó la actora porque allí solo se indican los factores “devengados” en el último año de servicio. De igual forma, observa esta Sala, que la prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación no se encuentran dentro del listado previsto por el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Por consiguiente, la Sala advierte que debe mantenerse la legalidad del acto acusado y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de primera instancia por las consideraciones aquí anotadas.

5.6. CONDENA EN COSTAS.

Si bien habría lugar a condenar en costas a la parte demandante por haber resultado vencida en el presente proceso, la Sala no le impondrá tal condena, teniendo en cuenta que para la fecha en que presentó su demanda, la tesis que adoptaba este Tribunal era la inescindibilidad del régimen de transición, criterio en cuyo marco se entiende actuó la parte accionante bajo el convencimiento de que era necesaria la puesta en funcionamiento de la jurisdicción y que sus pretensiones podrían ser prósperas. En tal sentido, al resultar vencida la parte demandante, por revocarse la sentencia de primera instancia con ocasión del cambio de criterio de esta Corporación, resulta inequitativo imponer condena en costas en su contra.

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas en esta instancia

V.I. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el primero (1) de octubre de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

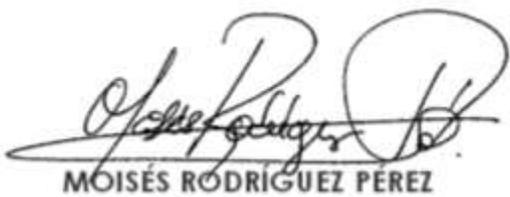
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas hacen parte del proceso de radicado No. 13001-33-33-008-2019-00043-01.

Firmado Por:

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE
CARTAGENA-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:

d77a357028a45f2641a0be2c7e27205bf9d597a2a18d467a0cdd9260198057b
c

Documento generado en 13/07/2021 12:25:25 PM

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