



|                       |                                                                   |                |          |
|-----------------------|-------------------------------------------------------------------|----------------|----------|
| Medio de control      | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO                                        |                |          |
| Radicado              | 13-001-33-33-008-2016-00225-00                                    |                |          |
| Demandante/Accionante | SARA ALVARADO LOZADA                                              |                |          |
| Demandado/Accionado   | FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL<br>MAGISTERIO- FOMAG. |                |          |
| Fecha de audiencia    | Veintidós (22) de mayo de dos mil diecisiete (2017)               |                |          |
| Hora de inicio        | 10:30 am.                                                         | Hora de cierre | 11:00 am |

1. INSTALACION

En Cartagena, a los veintidós (22) días del mes de mayo del año dos mil diecisiete (2017), día y hora señalada para continuar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, dentro de los procesos de la referencia, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, se constituyó en audiencia pública. Se encuentra presente el titular de este Despacho, doctor ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ, Juez Octavo Administrativo, en asocio del oficial mayor JORGE MARIN DIAZ

2. ASISTENTES

Por la parte demandante  
Parte : SARA ALVARADO LOZADA  
Apoderado : JAYNE MAZA MONROY  
El Suscrito Juez reconoce personería para actuar en el presente proceso a dicho apoderado, en los términos y para los efectos del memorial poder que aporta e incorporado al expediente.

Por la parte demandada  
Parte : FOMAG  
Apoderado : YESSICA OSPINO LANDERO

Por el Ministerio Público: Dr. NESTORCASADO CALIZ, procurador # 176 Judicial I Administrativo

Inasistencias, excusas y solicitud de aplazamiento: Están presentes los apoderados de las partes y el representante del Ministerio Publico.

Las partes quedan notificadas en estrado.

3. SANEAMIENTO DEL PROCESO

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Sin embargo se encuentra pendiente una solicitud efectuada por FOMAG en la que pretende que se vincule a FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., por lo que esta judicatura considera que tal petición no es procedente como quiera que la FIDUPREVISORA solo tiene a cargo el manejo de los recursos atendiendo las ordenes que le imparta el FOMAG, por ende, quien eventualmente estaría obligada a cumplir con la orden que se imparta a través de sentencia, sería esta última.



Se le concede el uso de la palabra a los presentes para que manifiesten si tienen alguna solicitud de saneamiento.

**3.1. DEMANDANTE**

No advierte ninguna irregularidad.

**3.2. DEMANDADO**

No advierte ninguna irregularidad.

**3.3. MINISTERIO PÚBLICO**

No advierte ninguna irregularidad.

Las partes quedan notificadas en estrado.

**4. EXCEPCIONES PREVIAS**

Propone las excepciones previas de ineptitud de la demanda, no agotamiento de vía gubernativa y falta de legitimación en la causa por pasiva.

**Ineptitud de la demanda.** El demandado alega que el acto atacado no es definitivo por cuanto no habido un pronunciamiento de fondo por parte de la administración en el cual se nieguen las pretensiones del actor. Frente a esta excepción, el Despacho concluye que la misma no está dirigida a atacar la forma del procedimiento o subsanar irregularidad alguna dentro del mismo, sino que se encamina a controvertir aspectos de fondo sobre el acto administrativo atacado, por ende tal debate debe resolverse en la instancia procesal pertinente, es decir al momento de proferir sentencia.

**No agotamiento de vía gubernativa.** Alega la entidad accionada que no existe prueba en el expediente que permita establecer que se realizó una petición, ni que se han presentado los recursos de ley contra el acto acusado de nulidad. Frente a lo anterior se trae a colación la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014, emanada del Tribunal Administrativo de Bolívar, siendo Magistrado Ponente el Dr. Jorge Fandiño Gallo, en la cual se indica que la exigencia de reclamación administrativa en asuntos como el que se estudia es innecesaria, pues el literal C) del numeral 1 del artículo 164 CPACA, permite demandar en cualquier tiempo la nulidad del acto que reconozca prestaciones periódicas, por lo que se entiende agotado dicho procedimiento con la expedición del acto administrativo cuya nulidad se deprecia.

**Falta de legitimación en la causa por pasiva.** Señala el demandado que es la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL CESAR quien debe responder por los cuestionamientos formulados por la demandante conforme el artículo 56 de la ley 962 de 2005. el Despacho considera pertinente recordar que en primer lugar, que una cosa es la legitimación formal, la cual se adquiere por el hecho de ser vinculada como demandada, y otra muy distinta es la legitimación material que se define al momento de verificar que la entidad demandada si está relacionada con los hechos que motivan la acción. En consecuencia, este estrado judicial considera necesario analizar detenidamente los hechos que originaron el presente litigio y confrontarlos con el material probatorio que se recaude, a través de lo cual se determinaría una posible responsabilidad de la entidad demandada, amen que la resolución acusada de nulidad en el caso de marras fue proferida por la SECRETARIA DE EDUCACION DE CARTAGENA por tales motivos, la excepción será resuelta en la sentencia.

Las excepciones de mérito serán resueltas en la sentencia.



Las partes quedan notificadas en estrado. Sin recursos

## 5. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Se procede a indagar a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda y su contestación, con el fin de proceder a la fijación del litigio.

PARTE DEMANDANTE.

Se tienen como hechos los expuestos en el libelo demandatorio.

PARTE DEMANDADA:

Acepta los hechos No. 1 de la demanda los demás serán materia del debate probatorio.

MINISTERIO PÚBLICO:

No intervino.

PRETENSIONES:

1. Que se declare la nulidad parcial de la resolución No. 4690 del 14 de julio de 2014, expedida por la Secretaria De Educación de Cartagena, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora SARA ALVARADO LOZADA, calculada con la asignación básica y desconociendo otros factores salariales debidamente certificados.

2. Que a título de restablecimiento se condene a FOMAG a reconocer y pagar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta, además de la asignación básica, todos aquellos factores pagados y certificados en el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado, esto es, prima de navidad no inferior a \$1.974.078 a partir del 23 de noviembre de 2012. Además se liquiden los reajustes pensionales por concepto de la ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la nueva cuantía pensional de \$1.974.078.

3. Que se ordene a FOMAG pagar las diferencias de mesadas atrasadas debidas desde el 23 de noviembre de 2012 hasta que la accionante sea incluida en la nómina.

4. Que se ordene a FOMAG efectuar los ajustes de valor e indexación sobre las mesadas adeudadas, conforme el artículo 187 del CPACA.

5. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, y se paguen intereses moratorios equivalentes a la tasa del DTF durante los primeros 10 meses e intereses moratorios a la tasa comercial.

PROBLEMAS JURÍDICOS:

Determinar si a la demandante SARA ALVARADO LOZADA le asiste el derecho al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta, además de la asignación básica, todos aquellos factores pagados y certificados en el año anterior al cumplimiento de su status jurídico de pensionado, tal como es la prima de navidad en valor no inferior a \$1.974.078, a partir del 23 de noviembre de 2012.

Las partes quedan notificadas en estrado.



## **5. CONCILIACIÓN**

En esta etapa procesal se invita a las partes a conciliar sus diferencias y a que propongan fórmulas de arreglo con la venia y apoyo del señor juez.

Se concede el uso de la palabra a las partes con el fin de que manifiesten si les asiste ánimo conciliatorio.

PARTE DEMANDANTE:

PARTE DEMANDADA:

Al no existir ánimo conciliatorio de las partes se declara fallida. Las partes quedan notificadas en estrado.

## **6. MEDIDAS CAUTELARES**

La solicitud de medidas cautelares ya fue resuelta en auto de 03 de noviembre de 2016.

## **7. DECRETO DE PRUEBAS**

### **a. DE LA PARTE DEMANDANTE:**

Ténganse como tales según su mérito legal las pruebas documentales aportadas con la demanda visible a folios 12 a 238 del expediente.

### **b. DE LA PARTE DEMANDADA:**

Ténganse como tales según su mérito legal las pruebas documentales aportadas con la contestación de la demanda visible a folios 272 a 273 del expediente.

## **OFICIOS**

Respecto a la solicitud de oficiar al Ministerio De Educación Nacional para que aporte certificación en la cual se indique que no tiene competencia para allegar el expediente administrativo de la demandante, el Despacho no accede a ello como quiera que dicha certificación ya reposa en el expediente a folio 272 a 273, amen que copia del expediente administrativo ya fue aportado por la demandada.

Tampoco se accede a oficiar a la SECRETARIA DE EDUCACION DEL ATLANTICO para que allegue copia del expediente administrativo de la accionante, debido a que dicha prueba fue aportada con la presentación de la demanda, por lo tanto tal solicitud se torna inútil.

### **c. DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

No arrima ni solicita prueba.

### **d. DE OFICIO:**

No se decretan pruebas de oficio.

## **8. FECHA PARA LA AUDIENCIA DE PRUEBAS**

Como quiera que las partes no solicitaron más pruebas para practicar y que el despacho no decretara otras de oficio, se prescindirá de la audiencia de pruebas y se da por cerrado el debate probatorio.



## 9. ALEGATOS DE CONCLUSION

Conforme el inciso final del Artículo 179, 180 y 181 CPACA, se ordenará la presentación de los alegatos orales en la presente audiencia. Se le concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que aleguen de conclusión en un término de diez (10) minutos: **(Audio)**.

## 10. CONTROL DE LEGALIDAD Y SANEAMIENTO

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad; Se le concede el uso de la palabra a los presentes para que manifiesten si tienen alguna solicitud de saneamiento.

### a. DEMANDANTE

No advierte ninguna irregularidad.

### b. DEMANDADO

No advierte ninguna irregularidad.

### c. MINISTERIO PÚBLICO

No advierte ninguna irregularidad.

Las partes quedan notificadas en estrado.

## 11. SENTENCIA

Atendiendo a que los hechos, pretensiones y el problema jurídico de la demanda ya fueron fijados en la presente audiencia, procede el Despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponde.

## CONSIDERACIONES

### TESIS DEL DESPACHO

En la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley.

Como quiera que en este caso, a la actora sólo se le tuvo en cuenta para liquidar la Pensión de Vejez el Salario Básico y Prima de Vacaciones, sin incluir los demás factores que disfrutó, se deberá declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y en su lugar la entidad demandada deberá liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados, los cuales son: Salario Básico, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad, con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

### ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

En el presente asunto se resolverá como debe interpretarse el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 10 de 1993; y en consecuencia la forma como debe aplicarse la



liquidación de la pensión del accionante si es con el promedio de los salarios que sirvieron de base de cotización durante los últimos 10 años, según lo establecido en el parágrafo 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o con el promedio de los salarios devengados en último año de servicio, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Para resolver el presente caso es pertinente analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia SU-230 de 2015; y la expedida por el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 25 de febrero de 2016, que con respecto a aplicación del precedente de la sentencia de la Corte Constitucional manifestó que no era aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa en los siguientes términos:

“Quiere en esta oportunidad el Consejo de Estado señalar que, de conformidad con lo expuesto y como se expresó con anterioridad en esta providencia, el criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, “las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso”.

Quiere insistir el Consejo de Estado en las razones que sustentan su postura tradicional con respecto al ingreso base de las pensiones del régimen de transición, y que ahora reitera:

*1) La complejidad de los regímenes especiales pensionales, aplicables en virtud del régimen de transición, hace altamente razonable la interpretación que tradicionalmente ha tenido esta Corporación respecto de la expresión “monto” contenida como criterio general en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

*2) Esta interpretación ha sido compartida en múltiples sentencias de constitucionalidad y de tutela de la Corte Constitucional, por lo cual el Consejo de Estado la ha aplicado en forma reiterada y pacífica. La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. El principio constitucional de igualdad, en este caso se vería seriamente afectado en un aspecto cardinal de los derechos sociales como lo son las pensiones. Igual reflexión cabría sobre el impacto económico, que en todo caso ya se asumió para la generalidad de los pensionados, quedando muy pocos pendientes de esa decisión. Debe recordarse que el Acto Legislativo No. 1 de 2005, además de introducir el concepto de sostenibilidad financiera al sistema pensional, dispuso que el Estado “asumirá la deuda pensional que esté a su cargo”.*

*3) Los serios argumentos de desigualdad económica y social que sustentaron las decisiones de la sentencia C-258 de 2013, incluido el relativo al ingreso base de liquidación de las pensiones del régimen cuya constitucionalidad se definió en esa oportunidad, no pueden extenderse a las demás pensiones de los regímenes especiales del sector público que no tienen las características de excepcionales ni privilegiadas.*

*4) La Corte Constitucional no ha rechazado la postura del Consejo de Estado en este punto en forma expresa, en acciones de tutela en las que esta Corporación haya sido accionada, por lo cual la sentencia SU-230 de 2015 no le sería aplicable, dado que como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, debería tener derecho, como mínimo a*



defender su posición en tales acciones. Cuando tal cosa suceda, es de esperar que la Corte Constitucional examine los argumentos aquí expuestos y debata a su interior el alcance de los mismos antes de pronunciarse sobre este importante tema.

5) Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloqueo de constitucionalidad", no se predicán exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015.

En efecto, si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional y queda pendiente, en consecuencia, un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido el asunto conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera que imponga el cambio jurisprudencial que plantea la sentencia SU-230 de 2015, y en cambio si se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los principios de igualdad y de progresividad.

Recordemos que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece el régimen de transición de la siguiente manera:

*"La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.*

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE."*

De la norma transcrita, se concluye que el legislador estableció una excepción a la aplicación universal del nuevo sistema en pensiones para quienes al 1o de abril de 1994, hubieren cumplido 35 años si son mujeres o 40 años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, indicando que a ellos se les aplicaría lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión.

Por su parte el artículo 1 de la ley 33 de 1985 consagraba lo siguiente:

**"Artículo 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos o llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de**



**jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".**

"No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones." (Negrillas fuera del texto).

Así, la Ley 33 de 1985, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, establece que para acceder a la pensión ordinaria de jubilación el empleado oficial debe haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegar a la edad de cincuenta y cinco años (55), caso en el cual la respectiva Caja de Previsión le pagará una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Respecto de los factores que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo del monto de la pensión de jubilación, la norma referida fue modificada por la Ley 62 de 1985, en cuyo artículo 1º dispuso:

"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
- 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."

No obstante, los factores salariales aquí señalados, el H. Consejo - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-, en providencia de 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), reiterado en la Sentencia del 26 de Febrero de 2016 ya citada, estableció que dichos factores no son taxativos; al efecto señaló:

"(...) de acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (...)

"Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, sólo para señalar algunos



factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que sólo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

"Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales -en las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación-, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978."

Así entonces, conforme a los principios de progresividad, favorabilidad en materia laboral y, primacía de la realidad sobre las formalidades, la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, es que la misma no contiene una lista taxativa de los factores a tener en cuenta en la base de la liquidación pensional, razón por la cual, debe entenderse como salario para efectos de la liquidación pensional todo aquello que reciba el empleado como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que adopte.

En lo que tiene que ver con el período a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional previsto en el inciso 3o del artículo 36 de la ley 100 de 1993, fuere superior", el Despacho considera que esta disposición no puede aplicarse, habida cuenta que tratándose de una persona beneficiaria del régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen anterior en su integridad, esto es, la Ley 33 de 1985, en virtud del principio de inescindibilidad, que no permite que el operador jurídico utilice simultáneamente dos disposiciones tomando de cada una ellas aquello que resulte más favorable. Sin embargo, excepcionalmente, en casos que por favorabilidad resulta más beneficioso aplicar el promedio de los últimos 10 años, se podrá hacer, siempre y cuando el actor pruebe que dicha liquidación, le es más beneficiosa.

Ahora bien, esta Casa Judicial no desconoce el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, contenido en la Sentencia SU 230 de 2015, sin embargo, tampoco puede desconocer lo contemplado en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, que dispone: "Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.". Este artículo fue estudiado por la Corte Constitucional en Sentencia C-634 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la que se dijo:

*"El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Así, determina que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos tácticos y jurídicos. Hasta aquí, el precepto no hace nada distinto que reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y tácticos análogos.*

*El precepto contiene una segunda prescripción, la cual prevé que para cumplir con las obligaciones constitucionales aludidas, las autoridades deberán "tener en cuenta" las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones. A esa fuente el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, más no aplicado coactivamente".*



Dicho artículo fue declarado exequible, bajo la precisión de que no puede desconocerse en forma privilegiada las sentencias de la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad, esto es las sentencias C, habida cuenta de que hay mandato constitucional que así lo impone, artículo 243 de la Carta Política. Bajo estos razonamientos, entiende el Despacho, que ante esta circunstancia, bien se puede seguir aplicando el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, que se ha venido aplicando sistemáticamente en esta jurisdicción, habida cuenta que no estamos ante una sentencia de constitucionalidad, sino una sentencia de tutela, que así sea de unificación, en virtud de la Ley 270 de 1996, no tiene el mismo carácter que las sentencia de constitucionalidad.

Al respecto el Honorable Consejo de Estado reiteró la importancia de las Sentencias de Unificación como precedente jurisprudencial, señaló además, que se deben tener en cuenta los pronunciamiento de la unificación emitidos por dicha Corporación, pues, se trata del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, a cargo del cual se encuentran las sentencias de unificación y sus efectos en el interior de la propia jurisdicción. Así mismo, dichos precedentes jurisprudenciales generan un imperativo para las autoridades judiciales y administrativas, que están obligadas a tenerlas en cuenta para decir casos similares, para extender sus efectos a los ciudadanos que lo soliciten y se encuentren en los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

*“...Se ha señalado hasta el momento (i) que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado deriva de su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que, en tal sentido, es anterior a la ley 1437 de 2011; y (ii) que la Administración tiene el deber general de tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en que se han interpretado las normas aplicables al asunto que debe resolver en sede administrativa, lo cual reduce la litigiosidad, promueve la seguridad jurídica y asegura el principio de legalidad y la igualdad de trato a los ciudadanos.*

*En este contexto, la ley 1437 de 2011 reformó el valor de las sentencia de unificación a través de varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así: 1. Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10);... 3. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art. 256 y ss) ... 5. La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendiente de fallo en las Secciones que la componen y a estas últimas que lo hagan en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus subsecciones o en los tribunales administrativos (artículo 271). 6. Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, parágrafo) .*

*De acuerdo a los argumentos expuestos anteriormente, se continuará aplicando en su integridad la Sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010 emitida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) y la Sentencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, donde figura como Consejero ponente: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 25000234200020130154101. Referencia: 4683-2013, pues, representa un importante precedente jurisprudencial de ésta jurisdicción, por tanto, dicho pronunciamiento tiene el carácter vinculante para los operadores judiciales de esta jurisdicción, dentro del cual se encuentra esta Casa judicial. En la cual señaló:*

*De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la*



*base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.*

(...)

*Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.*

*De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.*

(...)

*Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.*

(..)

*En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.*

(...)

*Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*



*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*

*No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional."*

Por último, es necesario recordar que el principio de sostenibilidad financiera, incorporado a la Constitución Política a través del Acto Legislativo No. 01 de 2005, exige del legislador que cualquier regulación futura que se haga del régimen pensional debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones, el cual en casos como estos conllevaría la cancelación de los aportes no realizados, los cuales no solo corresponden al último año de servicio sino a toda su vida laboral porque el riesgo que ampara la pensión se construyó a lo largo de todo el tiempo de servicio prestado.

Por consiguiente, de las mesadas pensionales reliquidadas se deben deducir las sumas ya pagadas y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto, y una vez ejecutado lo anterior la administración descontará el valor de los aportes que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se dispusieron incluir y que corresponden a toda su vida laboral, pues esa es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que luego la entidad responsable pueda cumplir su obligación de pago.

En relación con este punto en específico el Consejo de Estado ha dicho:

*"... la Ley 33 de 1985 regla dos materias fundamentales, a saber: 1ª) MEDIDAS EN RELACIÓN CON LAS CAJAS DE PREVISIÓN, TENDIENTES A SU FORTALECIMIENTO y 2ª) REGULA DE MANERA "GENERAL" EL DERECHO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON RELEVANCIA EN LOS APORTES SOBRE LOS FACTORES PERTINENTES Y DEROGA LA NORMATIVIDAD "GENERAL" PENSIONAL ANTERIOR CON CITACIÓN DE LOS ARTS. 27 Y 28 DEL DL. 3135/68, por lo que se entiende que a partir de su vigencia se aplica a sus destinatarios.*

*Ahora, el Art. 3º. de esta Ley -norma "general"- determina que se deben pagar APORTES en favor de la Caja de Previsión por las retribuciones que perciben los empleados oficiales y luego señala los factores sobre los cuales se deben liquidar Aportes a los empleados oficiales nacionales, para finalmente precisar que las PENSIONES DE EMPLEADOS OFICIALES DE CUALQUIER ORDEN se deben liquidar sobre los mismos factores por los cuales se haya aportado; pero, ese artículo 3º fue MODIFICADO por el Art. 1º de la Ley 62 de sep. 16/85, que lo reemplazó totalmente (con nuevo texto) donde se determina que los empleados oficiales deben pagar aportes a las Cajas a las cuales estén afiliados, que esos aportes se pagarán sobre los factores remunerativos que allí se precisan y que las "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."*

No sobra advertir que ANTES DE LA EXPEDICIÓN DEL RÉGIMEN DE APORTES CON TRASCENDENCIA PENSIONAL (Ley 33/85) el Legislador previamente había consagrado la obligación de los servidores públicos de pagar un porcentaje de la retribución percibida en favor de la Entidad Prestacional con miras a que éstas tuvieran recursos con que cumplir sus obligaciones, aunque la norma no determinaba, en ese tiempo, que solo sobre los factores que se aportara se haría la liquidación pensional; más aún, algunos factores pensionales estaban exentos de pagar el porcentaje como la prima de navidad.



En fin, es importante que los servidores públicos paguen APORTES SOBRE LAS RETRIBUCIONES QUE PERCIBAN EN FAVOR DE LAS ENTIDADES PRESTACIONALES con el fin de que éstas tengan recursos con los cuales puedan cubrir sus obligaciones, más cuando no es posible admitir que un servidor EXIJA DERECHOS a una Entidad sin cumplir OBLIGACIONES con la Entidad por cuanto son correlativos el derecho y la obligación; aún más, la Jurisdicción en varias providencias ha determinado que si por causa de la Administración ya sea por omisión u orientación equivocada no se recauda el aporte de una retribución que tiene incidencia pensional, tal situación no puede constituirse en un OBSTACULO INSALVABLE para que se le tenga en cuenta en la liquidación pensional, pues basta ordenar en la Sentencia que se recaude dicho aporte, descontándolo de las sumas a pagar, con lo cual se da cumplimiento a la ley y no se causa un perjuicio al servidor público, ya que si así no se hace, bastaría la conducta omisiva del Pagador para causar una lesión económica al funcionario en materia pensional.”

Ahora, si bien es cierto, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó en materia pensional a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, por este hecho, no puede establecerse que dichas pensiones corresponden a un régimen especial, puesto que estas prestaciones siguen sometidas al régimen consagrado en la Ley 33 de 1985, por regla general, conforme al artículo 15 de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con esta disposición, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se rigen por las normas vigentes para los empleados públicos del orden nacional, como los Decretos 3135 de 1.968, 1848 de 1.969 y 1045 de 1.978 o los que se expidan en el futuro.

En conclusión, dado que las primas de **navidad** y de **vacaciones** se encuentran consagradas en el Decreto 1045 de 1978, en virtud de los principios de progresividad, no regresividad y favorabilidad, dichos conceptos deben estimarse como factores salariales para el reconocimiento de la pensión.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

### CASO CONCRETO

La demandante, SARA ALVARADO LOZADA, nació el 13 de noviembre de 1957 (folio 12), lo que quiere decir que para el año 1994, tenía 37 años de edad, y laboró durante más de 20 años al servicio de entidades públicas (ver folio 12); siendo su último cargo el de docente en la INSTITUCION EDUCATIVA NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN en Cartagena; lo que significa que le es aplicable, las disposiciones de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988; y al momento en que se le reconoció la pensión de vejez no se le tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicio (Folios 12 y 15).

Acorde con lo expuesto se tiene que la reliquidación de la pensión en el caso que nos ocupa, debió efectuarse acorde con lo normado en las normas citadas, es decir, teniendo en cuenta para tales efectos el promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Como quiera que en este caso, la entidad que le reconoció en ese momento la pensión de Jubilación- la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, pero a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo tuvo en cuenta para liquidar la Pensión de Vejez el Salario Básico y prima de vacaciones (ver folios 12), no incluyendo los demás factores salariales que disfrutó, se deberá declarar la nulidad del acto administrativo demandado, y en su lugar la entidad deberá liquidar la pensión con todos los factores salariales devengados, con el promedio del último año de servicio y en un porcentaje de 75%, que no se tuvieron en cuenta como son: **Salario Básico, Prima de vacaciones y Prima de Navidad** (folio 15), a partir del **05 de octubre de 2013**, habida cuenta que la demanda fue presentada el 05 de octubre de 2016 (fl 01), por lo tanto operó el fenómeno prescriptivo de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968



y el artículo 94 del CGP. Es decir, como quiera que no se efectuó reclamación administrativa, sino que se acudió a esta sede judicial directamente, la presentación de la demanda de Nulidad Y Restablecimiento del derecho tuvo virtualidad de interrumpir la prescripción.

De otro lado, se ordenará el descuento de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal. Esta tesis ha sido sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación que citamos arriba, en el sentido que la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Las sumas a favor del demandante y las deducciones por aportes se ajustarán de acuerdo a las normas legales.

### **COSTAS**

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone 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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

"....."

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

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el juzgado Octavo Administrativo del circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO-** Declarar no probadas las excepciones presentadas por la demandada FOMAG según las consideraciones de la parte motiva.

**SEGUNDO-** Declarar la NULIDAD PARCIAL de la resolución No. 4690 del 14 de julio de 2014, expedida por la Secretaria De Educación de Cartagena, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora SARA ALVARADO LOZADA.

**TERCERO-** En consecuencia, **CONDENESE** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, a efectuar una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la señora **SARA ALVARADO LOZADA**, en cuantía equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado por la accionante en el último año de servicios, esto es, Salario Básico, Prima de vacaciones y Prima de Navidad. Si frente a alguna de estas sumas no se realizaron descuentos con destino al sistema de seguridad social, la entidad descontara los aportes que por ley le correspondía



efectuar al trabajador, que no hayan sido objeto de descuento y que se haya ordenado incluir en el cómputo de la prestación, y los girará a las entidades destinatarias si hay lugar a ello.

**CUARTO: CONDENASE** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar al demandante las diferencias que resulten entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, según lo dispuesto en esta sentencia, ajustándola en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A., como se indicó en la parte motiva de esta providencia

**QUINTO-** El ajuste de valor y el pago de los mismos, respecto de las sumas causadas serán a partir del **05 de octubre de 2013**, conforme a la parte motiva de la presente providencia, en aplicación de la prescripción trienal.

**SEXTO-** Negar las demás pretensiones de la presente demanda.

**SEPTIMO-** Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.

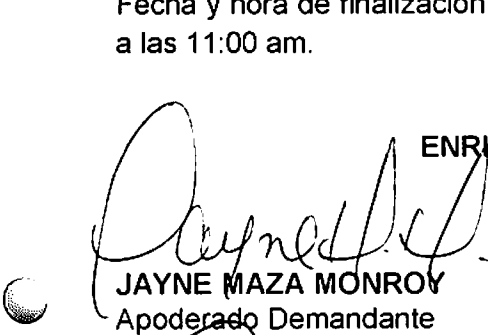
**OCTAVO-** Sin costas

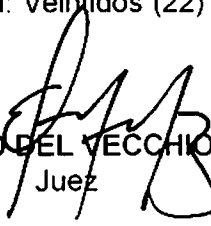
**NOVENOS-** Ejecutoriada esta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo, devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente

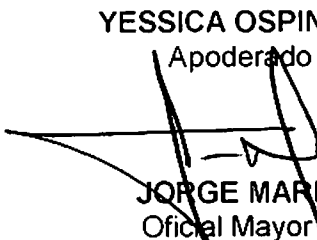
**La anterior sentencia de fondo se notifica en estrados. Sin recursos.**

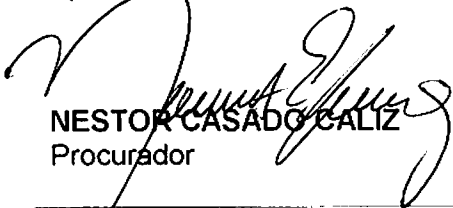
Surtido el objeto de la audiencia, se procede a ordenar la finalización de la grabación, a la revisión del acta y a su firma por quienes en ella han intervenido.

Fecha y hora de finalización de la audiencia: Veintidós (22) de mayo de dos mil diecisiete (2017), a las 11:00 am.

  
**JAYNE MAZA MONROY**  
Apoderado Demandante

  
**ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ**  
Juez

  
**YESSICA OSPINO LANDERO**  
Apoderado FOMAG

  
**NESTOR CASADO CALIZ**  
Procurador

  
**JORGE MARIN DIAZ**  
Oficial Mayor

| Autos Proferidos en Audiencia |    |
|-------------------------------|----|
| Sentencia                     | 01 |
| Auto interlocutorios          | 03 |
| Auto Sustanciación            | 01 |