



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
(SEGUNDA INSTANCIA – ORALIDAD)

DEMANDANTE: HERNANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FRAGOZO

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO

RADICADO: 20-001-33-33-002-2017-00345-01

MAGISTRADA PONENTE. DORIS PINZÓN AMADO

### I.- ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 22 de febrero de 2019, en la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES. -

Sirven de antecedentes fácticos y jurídicos a la decisión adoptada en primera instancia, los siguientes:

#### 2.1.- HECHOS. -

Se manifestó en la demanda que al señor HERNANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FRAGOZO le fue reconocida pensión de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por tener los requisitos de edad y tiempo de servicio.

Indicó que al momento del retiro definitivo del cargo de docente, la entidad en su base de liquidación pensional, omitió incluir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

#### 2.2.- PRETENSIONES. -

En primera medida, en el proceso que nos ocupa se solicitó que se declarara la nulidad parcial del acto administrativo a través del cual se reconoció la pensión de jubilación al demandante.

Así mismo, se requirió que se declarara la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales se negó la reliquidación de la pensión mencionada previamente. A título de restablecimiento del derecho, pide que se condene a la NACIÓN –

MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que incluya en la liquidación de la pensión del demandante, los factores salariales devengados en el año anterior a aquel en el cual adquirió su estatus.

De otro lado, que se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta que se cumpla la condena.

### 2.3.- ACTUACIÓN PROCESAL. -

2.3.1.- ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 17 de abril de 2018<sup>1</sup>, siendo debidamente notificada a las partes intervinientes y al Ministerio Público.

#### 2.3.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La apoderada judicial de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contestó la demanda manifestando que se opone a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico, debido a que los actos administrativos se encuentran cobijados por la presunción de legalidad y la parte accionante no prueba que estos hayan infringido las normas de forma irregular o sin ajustarse a derecho.

Arguye que la liquidación de la pensión en las resoluciones que son objeto de controversia se ajustan a la Ley 33 de 1985, en concordancia con el Decreto 3752 de 2003, razón por la que su petición de incluir los demás factores salariales no se encuentra fundada en derecho; resalta que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, así lo expuso el H. Consejo de Estado en Sentencia No. 2328-2013, M.P. Gustavo Gómez.

Propuso como excepciones; A. Inexistencia de la obligación. Debido a que el monto de la mesada pensional reconocida ha sido liquidada con arreglo a la normatividad legal aplicable al caso y atendiendo a las reiteraciones jurisprudenciales aplicables al mismo, por lo que no corresponde una reliquidación; B. Cobro de lo no debido. Como quiera que al no existir sustento de justifique la reliquidación solicitada en el presente caso no es posible ordenar el pago de la misma; C. Falta de legitimación en la causa por pasiva. Debido a que es la Secretaría de Educación Departamental del Cesar a quien corresponde comparecer al presente proceso con el fin de responder los cuestionamientos al acto administrativo en el cual se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación al actor; D. Compensación. Sin que la presente implique el reconocimiento, solicita que se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por el FOMAG a la parte demandante por concepto de prestaciones pensionales; y, E. Excepción genérica o innominada.

2.3.3.- AUDIENCIA INICIAL CON FALLO: El 13 de febrero de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el numeral 1° del artículo 180 del C.P.A.C.A., fecha en la cual se adelantaron todas las actuaciones respectivas hasta emitir sentencia de primera instancia.

2.3.4.- PRUEBAS: Con el objeto de establecer los hechos y la presunta responsabilidad que recae sobre la entidad demandada, al proceso fueron allegados los elementos probatorios que se describen a continuación.

<sup>1</sup> Folio 44

- Fotocopia simple de los actos administrativos demandados junto con sus antecedentes (v.fls.1-16)

### 2.3.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Las partes presentaron alegatos de conclusión, ratificando los argumentos expuestos en el transcurso del proceso.

### 2.3.6- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

En esta oportunidad procesal, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

### III. SENTENCIA APELADA.-

El JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR, en sentencia de fecha 13 de febrero de 2019, desestimó las peticiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Aseguró que el régimen aplicable en este caso, era el establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y en la Ley 62 de 1985, que enlistan los factores salariales, lo que permite concluir que la liquidación reconocida se ajusta a esos parámetros mencionados.

En vista de lo anterior, se concluyó que no había lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación solicitada por la parte actora.

Cabe destacar, que en la providencia apelada no se impuso condena en costas en contra de la parte vencida.

### IV. RECURSO INTERPUESTO.-

El apoderado judicial de la parte demandante manifestó su desacuerdo con la providencia recurrida, señalando los supuestos fácticos del caso bajo estudio y el trámite que se ha surtido hasta el momento.

Resalta que la decisión adoptada por el A quo se basa en la sentencia SU proferida el 28 de agosto de 2018, Rad. 2012-00143-01, en la que el H. Consejo de Estado determina que la Ley 33 de 1985 no cobija a los docentes, configurándose una inaplicación frente al presente caso.

Reitera el concepto emitido por el H. Consejo de Estado el 27 de septiembre de 2018 en el proceso No. 11001-03-15-000-2018-03012-00, en el cual se estableció que a los docentes se les aplica la Ley 33 de 1985; adicionalmente realiza un recuento jurisprudencial de las situaciones en que los operadores judiciales exceptúan a los docentes oficiales de la Ley 100 de 1993, realizando un llamado a la aplicación de la confianza legítima en la administración de la justicia, conforme al precedente jurisprudencial esbozado.

Argumenta que se deben tener en cuenta las calidades especiales del demandante, y que se está buscando la protección de los derechos de igualdad y el principio de favorabilidad que se considera vulnerado, por lo que solicita que se revoque el fallo de primera instancia; además que se atienda al precedente judicial que sobre el tema edificó el H. Consejo de Estado mediante la sentencia de unificación.

Concluye solicitando que se revoque la sentencia recurrida que negó las súplicas de la demanda, y en su lugar se acceda a las mismas.

#### V.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.-

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, mediante auto de fecha 16 de mayo de 2019, admitió el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR de fecha 13 de febrero de 2019, y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Por medio de auto de fecha 6 de junio de 2019, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para alegar de conclusión y una vez vencido el término anterior, por 10 días al Ministerio Público que emitiera su concepto.

##### 5.1.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

Únicamente la parte demandante presentó alegatos de conclusión, ratificando los argumentos expuestos en el transcurrir del proceso.

##### 5.2.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia.

#### VI. CONSIDERACIONES.-

Surtidas las etapas procesales previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la instancia, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 13 de febrero de 2019, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

##### 6.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer el recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, es decir, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.<sup>2</sup>

##### 6.2.- FIJACIÓN DEL LITIGIO.-

De acuerdo con los hechos expuestos en el escrito de apelación y las alegaciones presentadas en esta instancia, corresponde a esta Corporación determinar si en el presente caso resulta procedente o no la reliquidación de la pensión de jubilación del señor HERNANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FRAGOZO, incluyéndose dentro del ingreso base de liquidación la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios, independientemente de que éstos hayan servido de base para la cotización en pensiones, o que se encuentren incluidos taxativamente en la ley.

<sup>2</sup> Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia. Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

Lo expuesto, con el fin de concluir si la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, debe ser confirmada o revocada.

### 6.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.

Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público, en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

Atendiendo entonces la naturaleza de este caso, en el que se discuten asuntos relativos a seguridad social en pensiones, se procederá a emitir la sentencia correspondiente, modificando el orden de los procesos que se encuentran en turno para fallo.

### 6.4.- CASO CONCRETO.-

En primera medida, esta Sala de Decisión confirmará la providencia recurrida, ya que comparte la tesis expuesta por el A quo, conforme a la cual la entidad demandada liquidó correctamente la pensión de jubilación del señor HERNANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FRAGOZO, incluyéndosele dentro del ingreso base de liquidación únicamente los factores salariales devengados durante el último año de servicios, que sirvieron de base para la cotización en pensiones, y que se encuentren incluidos taxativamente en la ley.

Al respecto, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, emitió la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, de fecha 25 de abril de 2019, dentro del expediente 680012333000201500569-01 en la que plasmó las reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes, en el siguiente sentido:

- De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos 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. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:
- 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 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 puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

- Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, 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. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Al pronunciarse respecto a los efectos de la aludida decisión, se indicó:

- La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.
- Se acudió al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan 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.
- Los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.
- No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

De lo anterior, resulta factible realizar las siguientes conclusiones:

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 estableció que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y 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 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, definió que 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, se indicó que 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.

Esta posición fue ratificada por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019, de fecha 25 de abril de 2019, enunciada previamente, en la que se concluyó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los docentes son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Cabe destacar, que lo expuesto tuvo como fundamento que la posición adoptada el 4 de agosto de 2010 por el H. Consejo de Estado, iba en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión del demandante, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios; ya que no resulta procedente incluirle factores que se encuentran por fuera de los establecidos legalmente, y respecto de los que no acreditó que se hubieran realizado cotizaciones.

Lo expuesto, permite concluir que el acto administrativo acusado no se encuentra viciado de nulidad, ya que se liquidó la prestación social del demandante, con sujeción a las normas aplicables, atendiendo que su vinculación como docente (8 de abril de 1985), fue antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Tal como lo indicó el H. Consejo de Estado, esta tesis se debe acatar obligatoriamente.

#### 6.5.- DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.-

De conformidad con lo expuesto, esta Corporación CONFIRMARÁ la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 13 de febrero de 2019, en la que se negaron las súplicas incoadas en la demanda de la referencia.

#### 6.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.-

Al respecto, la Sala de Decisión acudirá al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>3</sup>, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> «Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. 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.»

<sup>4</sup> «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en este proceso.

**DECISIÓN.-**

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

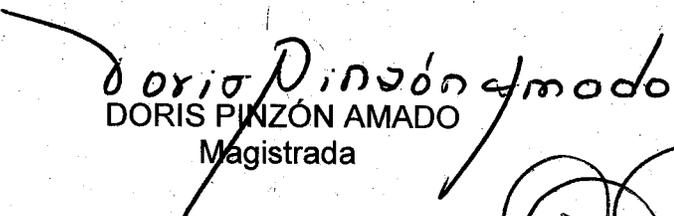
**PRIMERO:** CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 13 de febrero de 2019, en la que se negaron las súplicas incoadas en la demanda de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Éste proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 100.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

  
OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
Presidente

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Negritas y subrayado fuera del texto original).