



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

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

DEMANDANTE: NIRIS MARIELA ARAÚJO CORREA

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

RADICADO: 20-001-23-33-004-2018-00018-00

MAGISTRADA PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

### I. ASUNTO. -

Procede la Sala a resolver el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, promovido por la señora NIRIS MARIELA ARAÚJO CORREA, en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el objeto de que se le sea reliquidada su pensión de jubilación.

### II.- ANTECEDENTES. -

Sirven de fundamentos fácticos y jurídicos a este proceso los que se resumen a continuación:

#### 2.1.- HECHOS. -

Se manifestó en el escrito de la demanda, que a la señora NIRIS MARIELA ARAÚJO CORREA le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución No. 489 de fecha 13 de septiembre de 2005, suscrita por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, por haber reunido los requisitos establecidos en la ley.

No obstante lo anterior, se aduce que en la pensión de la demandante se omitió la inclusión de todos los factores salariales que devengó en el último año de servicios.

Finalmente, señaló que mediante derecho de petición de fecha 4 de agosto de 2017 solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de los factores salariales devengados el último año previo al retiro del servicio, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Oficio No. OFPSM – 0528 de fecha 18 de agosto del 2017, suscrito por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, argumentando que la referida prestación social se encontraba bien liquidada.

#### 2.2.- PRETENSIONES. -

En la demanda se solicita que se declare la nulidad del Oficio No. OFPSM – 0528 de fecha 18 de agosto del 2017, y la nulidad parcial de la Resolución No. No. 489 de fecha 13 de septiembre de 2005, ambos suscritos por el Secretario de Educación del Municipio de Valledupar, y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación que devenga la señora NIRIS MARIELA ARAÚJO CORREA, incluyéndole todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Aunado a lo anterior, requiere el pago de las diferencias que se causaron, así como los intereses a que haya lugar.

### 2.3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO: -

La apoderada judicial de la demandante considera que en este caso se vulneraron los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política.

Del mismo modo, considera transgredidos el inciso 2º y 3º del artículo 36, inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los literales f y k del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003 y artículo 50 del Decreto 758 de 1990.

### III. TRÁMITE PROCESAL. -

3.1.- ADMISIÓN: La demanda fue admitida por reunir los requisitos legales, mediante auto de fecha 8 de febrero de 2018, dándole el trámite del proceso ordinario, notificando dentro del término y en debida forma a las partes.

### 3.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contestó en término oponiéndose a las pretensiones invocadas en la demanda; afirma que no hay lugar a reliquidación de pensión de jubilación, toda vez que ésta fue reconocida de acuerdo a lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985, 238 de 1995, 1753 de 2015 y el Decreto 3752 de 2003.

Indica que para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir el 23 de diciembre del 2003, solo deben tenerse en cuenta los factores salariales como lo son asignación básica mensual y sobresueldo.

Destaca que de prosperar las pretensiones incoadas en la demanda, se debe aplicar el fenómeno de prescripción de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y compensación de las sumas pagadas por concepto de prestaciones pensionales.

Propuso como excepciones: i) Inexistencia de la obligación, ii) Cobro de lo no debido, iii) Prescripción, iv) Falta de legitimidad en la causa por pasiva, v) Compensación, e v) Innominada y genérica.

### 3.3. AUDIENCIA INICIAL:

Se realizó el día 2 de abril 2019, diligencia en la que se saneó el proceso, se fijó el litigio, se resolvieron las excepciones previas y se decretó la práctica de las pruebas solicitadas, fijándose fecha y hora para la recopilación de las mismas.

### 3.4. AUDIENCIA DE PRUEBAS:

El 8 de julio de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, diligencia en la que se resolvió reiterar los requerimientos de documentos, y se indicó que una vez fueran allegados, se daría por terminado el periodo probatorio, concediéndoseles a las partes el término de los 10 días siguientes para que allegaran sus alegatos de conclusión, y para que el Agente del Ministerio Público emitiera concepto de fondo, si a bien lo tenía.

3.5. PRUEBAS: Obran en el expediente los siguientes elementos probatorios:

- Fotocopia auténtica de la Resolución No. 489 de fecha 13 de septiembre de 2005, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, a través de la cual se le reconoció pensión de jubilación a la demandante. (v. fls. 2-4).
- Fotocopia simple de la Resolución No. 074 de fecha 13 de enero de 2015, expedida por la Secretaría de Talento Humano del Municipio de Valledupar, a través de la cual se retira del servicio a la señora NIRIS ARAÚJO CORREA por haber cumplido la edad de retiro forzoso. (v. fl.5).
- Derecho de petición de fecha 4 de agosto de 2017, a través del cual la demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación. (v. fl.5).
- Oficio No. OFPSM – 0528 de fecha 18 de agosto de 2017, a través del cual la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar niega a la demandante la reliquidación de su pensión. (v. fl.7).
- Fotocopia simple de hoja de liquidación de pensión de jubilación de la señora NIRIS ARAÚJO CORREA. (v. fl.8).
- Formatos Únicos para la Expedición de Certificado de Salarios expedidos por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. (v. fls.9-13).
- Oficio No. 0309 de fecha 23 de abril del 2019, a través del cual la Secretaría de Educación del Municipio de Valledupar allega copia auténtica de la Resolución No. 489 de fecha 13 de septiembre de 2005 y los antecedentes administrativos que la originaron. (v. fls.159-181).
- Oficio de fecha 29 de julio de 2019, a través del cual la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar informa los factores salariales percibidos a la fecha de retiro de la demandante, respecto a los cuales se hizo aportes para efectos prestacionales. (v. fl.213).

### 3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

3.6.1.- La parte actora reitera que la prima de antigüedad es factor salarial para el reconocimiento de pensión de jubilación tanto en el régimen de transición de la como en el régimen de la Ley 100 de 1993, lo anterior lo argumento en sentencias proferidas por el H. Consejo de Estado.

3.6.2.- La entidad demandada señala que el régimen aplicable a la demandante es el establecido en la Ley 33 de 1985.

Estima que acceder a las pretensiones de la demanda sería desconocer la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018.

Finalmente, expresa que la prima de antigüedad no deber ser tenida en cuenta como factor salarial, toda vez que las pensiones de los empleados públicos deben ser liquidadas únicamente con los factores salariales creados por el Gobierno Nacional, esto, teniendo en cuenta que los emolumentos creados por las autoridades territoriales con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo de 1968, no tienen incidencia prestacional.

### 3.7. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:

No emitió concepto en esta instancia.

## IV. CONSIDERACIONES.-

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente, para a partir de allí, a la luz de las normas legales pertinentes, de las pruebas legalmente solicitadas, decretadas y allegadas al mismo, adoptar la decisión que en derecho corresponda.

### 4.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer en primera instancia el asunto de la referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante CPACA-<sup>1</sup>.

### 4.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

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 de la demandante, 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.

### 4.3.- CASO CONCRETO.-

En primera medida, esta Sala de Decisión expondrá la tesis según la cual la pensión de jubilación de la demandante debe incluir 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 680012333000201500569-01n en la que plasmó las reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes, en el siguiente sentido:

<sup>1</sup> "ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA: Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]".

- De acuerdo con el párrafo 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 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.
- 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.

Según el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios obrante a folio 10 del plenario, la demandante devengó en el último año de servicios los siguientes factores salariales: asignación básica, sueldo de vacaciones, primas de antigüedad, alimentación, navidad y servicios.

Así mismo, según consta en el certificado visible a folio 213 del expediente, la señora ARAÚJO CORREA registró descuentos para pensión sobre los siguientes factores: sueldo básico, bonificación mensual, primas de antigüedad y alimentación.

Ahora bien, en el acto administrativo acusado, se constató que los factores que sirvieron como base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora NIRIS MARIELA ARAÚJO CORREA fue el sueldo básico.

Así las cosas, correspondería reconocer el factor denominado prima de antigüedad, sin embargo tal factor no puede ser incluido en la base de su liquidación prestacional, como se explicará a continuación:

Esta Corporación, al resolver la demanda de nulidad presentada por el Ministerio de Educación Nacional, en contra del ACUERDO MUNICIPAL No. 13 DE 1983

PROFERIDO POR EL CONCEJO MUNICIPAL DE VALLEDUPAR "POR MEDIO DEL CUAL SE CREA LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD PARA LOS EMPLEADOS MUNICIPALES", emitió la sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, en la que se indicó que el Concejo Municipal de Valledupar no contaba en el año 1983 con la competencia para expedir el referido acuerdo, dado que la creación de dicha prima, por constituir un factor salarial, era de competencia exclusiva del Legislador.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la 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 de la señora NIRIS MARIELA ARAÚJO CORREA, con sujeción a las normas aplicables, atendiendo que su vinculación como docente (15 de junio de 1976), 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.

Debe precisarse, que si bien se advierte que en el reconocimiento pensional de la actora fueron incluidos emolumentos que no están previstos en la Ley 62 de 1985 como integrantes del IBL, como lo precisó el Honorable Consejo de estado en la SU citada en esta decisión, esos actos administrativos deben conservar su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido, por cuanto lo pretendido con la demanda estaba encaminado a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad, por ello el acto no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

#### 4.4.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-

De conformidad con lo expuesto, esta Corporación negará las súplicas incoadas en la demanda de la referencia.

#### 4.5.- 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>2</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>3</sup>.

<sup>2</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>3</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.
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.

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: DECLARAR PROBADA la excepción de "inexistencia de la obligación" propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

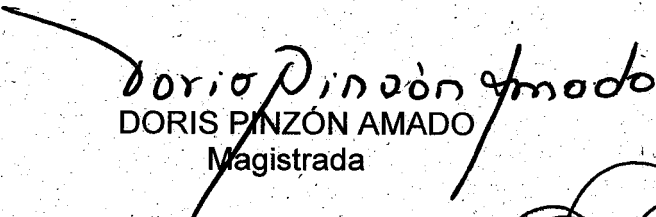
SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente, dejando las constancias del caso y archívese el expediente.

Anótese, Notifíquese y Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 136.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

  
OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
Presidente

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.» (Subrayado fuera del texto original).